

В. Д. Мочульскій.

У 200
387

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ИСКОВЪ О НАРУШЕНІИ ПРАВА УЧАСТІЯ ЧАСТНАГО.

Историко-критическое изслѣдованіе происхожденія текста
пункта 3 статьи 29 Устава гражданскаго судопроизводства.

„Неясно выражено: въ чемъ участіе?
и какіе именно иски по этой категоріи
подлежатъ Мировому Судью?“. — Изъ
замѣчаній сенатора, дѣйст. тайн. сов.
А. М. Безобразова на Проектъ Устава
гражданскаго судопроизводства (Библ.
Госуд. Совѣта. — „Матеріалы по судеб-
ному преобразованію 1864 г.“ т. LV).

ПЕТРОГРАДЪ.

Типографія „ПРАВДА“, Разъѣзжая, 16—18.

1916.

Государственная
Библиотека
СССР
им. В. И. Ленина

12146-52

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Профессоръ Левъ Іосифовичъ Петражицкій въ 1897 г., т.-е. 18 лѣтъ тому назадъ, въ слѣдующихъ словахъ характеризовалъ тогдашнее состояніе нашей цивилистической юриспруденціи: „Въ Россіи состояніе юриспруденціи представляется въ особенно печальномъ видѣ. Незамѣтно силы и радости научнаго творческаго труда; вмѣсто согрѣвающей и одушевляющей вѣры въ свою миссію и свои культурно-этическія задачи и сообразной съ этимъ кипучей и воодушевленной дѣятельности, русская цивилистическая юриспруденція проявляетъ апатію, безсиліе и мрачный скептицизмъ. Сколь печаленъ путь на такомъ поприщѣ, подѣ которымъ не чувствуется животворной нравственной почвы и предѣ которымъ не видно идеала!“ *).

*Измѣнилось ли съ того времени это общее положеніе вещей въ области отечественной цивилистической юриспруденціи? Можно-ли сказать, что *нынѣшнее* состояніе юриспруденціи въ Россіи *не* представляется уже въ особенно печальномъ видѣ,—что въ ней теперь замѣтны *сила и радость* научнаго творческаго труда, что она согрѣта и одушевлена *вѣрою* въ свою миссію и т. д.?*

Несомнѣнно, прежде всего, что за эти 18 лѣтъ случились уже какія то перемѣны въ области русской цивилистической юриспруденціи. Но *какія именно*,—это и есть главный сейчасъ вопросъ!

Проф. В. И. Синайскаго, въ предисловіи къ своему труду: „Русское гражданское право“, вып. I (1914 г.), прямо констатируетъ „большое оживленіе“, замѣчаемое теперь „въ нашей новѣйшей *научной* **) литературѣ“. Названный авторъ

*) См. въ его книгѣ: „Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы“, 1897 г., стр. 423, Приложение II: „Обязанности юриспруденціи въ Россіи“.

**) Курсивъ нашъ.

высказывается болѣе подробно по этому предмету на стр. 7 того же труда: „Господство историческаго направленія (подр. въ русской цивилистикѣ) было неблагоприятно (говорить оны) для догматической разработки русскаго гражданскаго права. Лишь со времени судебной реформы 1864 года *догматическое* *) направленіе стало завоевывать себѣ болѣе определенное мѣсто въ русской цивилистикѣ. Это направленіе особенно укрѣпилось въ послѣднее время *съ усиленіемъ дѣятельности нашихъ законодательныхъ учрежденій и созданіемъ проекта гражданскаго уложенія* (**). Новое законодательство, какъ и проектъ, требуютъ отъ русскихъ цивилистовъ прежде всего догматической разработки. Цѣлый рядъ юридическихъ журналовъ служить тому лучшимъ доказательствомъ“. Проф. Синайскій перечисляетъ при этомъ: „Вѣстникъ гражданскаго права, Юридическій Вѣстникъ, Право, Вѣстникъ права, Юридическія записки, Журналъ Министерства Юстиціи и др.“.

Такимъ образомъ, проф. Синайскій находитъ, очевидно, что *научная* цивилистическая мысль уже сдѣлала въ Россіи—за послѣднее время—замѣтные успѣхи и *научныя* завоеванія. Къ сожалѣнію, однако, это пока похоже, по нашему убѣжденію, скорѣе лишь на идеаль, котораго надобно еще достигнуть, чѣмъ на самую дѣйствительность!

Правда, въ настоящее время—въ противоположность тому, что было, на примѣръ, 18-ть лѣтъ тому назадъ—во-истину замѣчается какое-то *оживленіе* въ нашей цивилистической юриспруденціи. Но *дѣйствительно ли это имѣетъ мѣсто въ научной именно литературѣ*, какъ утверждаетъ проф. Синайскій?

Наше мнѣніе по затронутымъ вопросамъ сводится приблизительно къ слѣдующему.

Правильно различать, прежде всего, практическую (цивилистическую) юриспруденцію отъ теоретической (цивилистической) юриспруденціи, или науки гражданскаго права (и процесса), подраздѣляя первую, въ свою очередь, на: судебную (кассационную) практику, законодательство, комментаторскую литературу и т. п.

*) Курсивъ автора.

**) Курсивъ нашъ.

Что касается затѣмъ специально судебной (кассационной) практики, то не приходится, какъ кажется, говорить о какомъ либо особенномъ оживленіи ея *собственно лишь за послѣднее время*. Подъ воздѣйствіемъ настойчивыхъ и повседневныхъ требованій и запросовъ жизни, наша судебная (кассационная) практика *всегда и неизмѣнно была, въ достаточной мѣрѣ, активной*, а во всякомъ случаѣ, *наиболѣе активной* изъ всѣхъ отраслей какъ практической, такъ и теоретической юриспруденціи. *Напротивъ, дѣйствительно, очень дѣятельнымъ стало—только за послѣдніе годы—наше законодательство по гражданскому праву (и процессу)*. Чтобы признать это, достаточно только вспомнить, какое изрядное количество новеллъ, относящихся къ области матеріальнаго и процессуальнаго гражданскаго права, было издано у насъ въ теченіе указанныхъ лѣтъ!

Равнымъ образомъ, большое оживленіе наблюдается, въ послѣднее время, также въ нашей специально-комментаторской, „практической“ и справочной литературѣ. На книжномъ юридическомъ рынкѣ сейчасъ имѣются цѣлыя массы всевозможныхъ комментированныхъ изданій дѣйствующаго гражданскаго права—гражданскихъ законовъ (Св. зак. т. X ч. 1), Устава гражд. суд., а равно и отдѣльныхъ новеллъ гражд. права (и процесса). Не только юристы-практики, но и ученые юристы отдали уже извѣстную дань этой отрасли юридической литературной дѣятельности.

Это въ свою очередь свидѣтельствуетъ о томъ, что у насъ, несомнѣнно, существуетъ въ настоящее время *большой спросъ* на подобную „практическую“, справочную и т. п. литературу. О немъ говорить, между прочимъ, издатель „Вѣстника Гражд. Права“—М. М. Винаверъ. „У насъ... есть *огромная потребность*“ (читаемъ въ названномъ журналѣ за 1914 г., февраль—въ принадлежащей его перу: Гражданской хроникѣ, стр. 111) въ научномъ (!) освѣщеніи несовершеннаго закона, но освѣщеніе это допускается, лишь поскольку оно не пахнетъ научнымъ кабинетомъ (sic), не ударяется въ педантизмъ, не прибѣгаетъ къ авторитету науки, какъ таковой (sic!), а умѣетъ преподать самыя трудныя и тонкія научныя обобщенія, какъ простое велѣніе простаго здраваго смысла (?!)“.

*) Курсивъ нашъ.

Весь смысл (и цѣнность) приведенной цитаты заключается, на нашъ взглядъ, вовсе не въ содержащемся въ немъ про- тивопоставленіи науки какому то „простому здравому смыслу“, и при томъ съ извѣстнымъ оттѣнкомъ восхваленія этого по- слѣдняго, а лишь въ признаніи и удостовѣреніи того, что у насъ въ Россіи пока *нѣтъ* еще особенной потребности *именно „въ научномъ освѣщеніи“* несовершеннаго закона“, но что, напротивъ, наблюдается и у насъ уже „огромная потребность“ собственно въ „*ненаучномъ*“ освѣщеніи такого закона, т. е. какъ разъ въ тѣхъ самыхъ комментаріяхъ и, вообще, „практиче- скихъ“ изданіяхъ всякаго рода, кои имѣются уже въ боль- шомъ, какъ мы сказали, количествѣ на книжномъ юридиче- скомъ рынкѣ.

То же самое констатируетъ—также на страницахъ „Вѣст- ника Гражд. Права“ — С. І. Добринъ. „Судебная практика и, прежде всего, рѣшенія правительствующаго сената, остава- лись и въ истекшемъ *) году все еще главнымъ источникомъ нашего юридического познанія... на книжномъ рынкѣ прак- тика господствуетъ надъ теоріей. На 41 названіе (имѣющихся въ каталогѣ книжнаго склада „Право“) справочныхъ изданій, пособій, и руководствъ по гражданскому праву и процессу имѣется всего 33 названія „теоретическихъ изданій“ по тѣмъ же предметамъ. Но было бы ошибочно думать, что отно- шеніе между теоріей и практикой равно у насъ хотя бы 33:41. *Цѣлая половина теоретическихъ изданій представляетъ со- бою не больше, какъ отдѣльные оттиски журнальных ста- тей, цѣною отъ 20 до 50 коп. **).* Между тѣмъ, большинство изданій практическихъ — все толстыя, иногда многотомныя дорогия книги“ (***)).

На основаніи сказаннаго можно пока заключить лишь о томъ, что въ нашей *практической* юриспруденціи, дѣйстви- тельно, наблюдается—за послѣднее время — „большое ожи- вленіе“. Однако, проф. Синайскій относитъ послѣднее, какъ мы видѣли, собственно не къ практической, а—напротивъ— къ „новѣйшей научной литературѣ“.

*) Т. е. въ 1914 году.

**) Курсивъ нашъ.

***) Вѣстн. Гражд. Права за 1915 г., январь, статья С. І. Добринъ: „Оче- редные вопросы въ литературѣ гражд. права“, стр. 113—114.

Можно ли согласиться, *и въ этомъ отношеніи*, съ проф. Синайскимъ? Мы этого не думаемъ.

Должно, дѣйствительно, сознаться, что современное со- стояніе науки гражданского права въ Россіи *не измѣнилось особенно замѣтнымъ образомъ къ лучшему* за послѣдніе 18 лѣтъ, истекшіе съ того времени, какъ проф. Петражицкій далъ ту самую характеристику состоянія этой науки въ 1897 г., которую мы привели въ самомъ началѣ на- стоящаго предисловія. Пусть даже *нынѣшняя* русская наука гражданского права и не проявляетъ уже болѣе (какъ тогда— въ 1897 г.) „апатіи и мрачнаго скептицизма“! Все-таки должно констатировать, что еще *и сейчасъ незамѣтно въ ней* *вовсе:* ни „силы и радости научнаго творческаго труда“, ни „согрѣ- вающей и одушевляющей *впры* въ свою миссію и свои куль- турно-этическія задачи“, ни, наконецъ, „*кипучей и воодуше- вленной дѣятельности*“!

Проф. Синайскій доказываетъ фактъ „большого оживле- нія“ „въ нашей новѣйшей научной литературѣ“, между про- чимъ, ссылкой на то обстоятельство, что у насъ сейчасъ из- дается „цѣлый рядъ юридическихъ журналовъ“. Однако, въ дѣйствительности, указанное обстоятельство *само по себѣ* еще не говоритъ о томъ, поднялся ли вообще, и насколько под- нялся, въ связи съ этимъ, *собственно научный уровень* нашей цивилистической юриспруденціи. Юридическіе журналы мо- гутъ быть, вообще говоря, *разныхъ* направленій (и характе- ровъ): а) строго-научнаго, б) опредѣленно „практическаго“, комментаторскаго и т. п. и, наконецъ, в) смѣшаннаго. Поэтому, для того, чтобы приписать появленію у насъ извѣстнаго ко- личества новыхъ юридическихъ журналовъ серьезное зна- ченіе въ дѣлѣ *спеціально-научнаго* строительства нашей юри- спруденціи, слѣдовало бы еще предварительно доказать, что сами то они уже встали у насъ въ уровень *научныхъ* тре- бованій.

Но можно ли это сейчасъ, съ увѣренностью, констатиро- вать въ отношеніи нашей журнальной юридической литера- туры? Развѣ она носить у насъ уже сколько нибудь опредѣ- ленный (методичный, а не случайный) характеръ? И не пре- слѣдуетъ ли она, напротивъ, не ясно сознанныя научныя по преимуществу тре-

Въ настоящемъ мѣстѣ мы не станемъ, конечно, входить въ болѣе подробное обсужденіе этихъ вопросовъ, но ограничимся сейчасъ лишь приведеніемъ нѣкоторыхъ (относящихся къ ихъ области) фактовъ и соображеній.

Укажемъ, прежде всего, на *самохарактеристику* выходящаго въ Москвѣ „Вѣстника Права“. Онъ самъ себя называетъ „органомъ адвокатуры, нотаріата, суда“, *но не—органомъ науки*. Не служить ли *это признаніе* „Вѣстника Права“ однимъ изъ доказательствъ *господствованія* въ нашей журнальной литературѣ *спеціально практическаго и комментаторскаго направленія*,—и не является ли, болѣе или менѣе, пригоднымъ и для другихъ нашихъ юридическихъ журналовъ этотъ девизъ: „органъ суда, адвокатуры... нотаріата“, *но не науки!*

Сошлемся, затѣмъ, на слѣдующее мнѣніе проф. бар. А. Л. Фрейтагъ-Лоринговена, высказанное имъ недавно—при обзорѣ литературы о правѣ застройки *): „За послѣднее время замѣчается нѣкоторое оживленіе въ русской цивилистической литературѣ. Особенно благоприятную судьбу имѣлъ въ этомъ отношеніи законъ о правѣ застройки. Появившіеся до сихъ поръ труды, посвященные ему, разумѣется, немногочисленны съ точки зрѣнія иностранной. Но, при нашихъ условіяхъ, слѣдуетъ признать необычнымъ и отраднымъ явленіемъ также и выходъ въ теченіе не многимъ болѣе двухъ лѣтъ послѣ изданія гражданско-правовой новеллы одной монографіи, двухъ комментаріевъ и нѣсколькихъ сравнительно обширныхъ статей, не говоря объ учебникахъ, излагающихъ содержаніе новаго закона. *Впрочемъ **)*, всѣ появившіеся до сихъ поръ работы о правѣ застройки отличаются, въ извѣстномъ смыслѣ, *одинаковымъ характеромъ **)*. Дѣло въ томъ, что, въ сущности, *всѣ онѣ являются комментаріями къ новому закону, хотя бы онѣ, съ внѣшней стороны, имѣли видъ монографіи или журнальной статьи **)*. Текстъ закона въ нихъ не приводится, изслѣдованіе ведется не въ легальномъ порядкѣ. Но цѣлью ихъ является не столько систематическое изложеніе всего института, сколько выясненіе смысла отдѣльныхъ нормъ. Само

*) См. „Вѣстн. Гражд. Права“ за 1915 г., февраль, стр. 121—122.

**) Курсивъ нашъ.

собою разумѣется, что *преобладаніе подобной комментаторской литературы *)* представляетъ собой неизбежное явленіе въ первое время послѣ выхода новаго закона—безъ предварительнаго анализа немислимъ синтезъ. *Но казалось бы, что нынѣ уже могъ бы наступить конецъ этому исключительно комментаторскому періоду“ *)*.

Мы думаемъ, что приведенныя сужденія проф. Фрейтагъ-Лоринговена на счетъ характера и направленія литературы спеціально о правѣ застройки могутъ быть, съ полнымъ основаніемъ, *даже обобщены* и, слѣд., отнесены—въ значительной степени—*вообще* къ нашей журнальной и иной юридической литературѣ.

По крайней мѣрѣ, по преимуществу, *такой* характеръ и *такое* направленіе *свойственны*, какъ увидимъ, нашей спеціальной (журнальной) литературѣ, *посвященной* искамъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго.

Настоящая книга, предлагаемая теперь вниманію читателя, *стремится*, напротивъ, (насколько удачно—другой вопросъ), дать *строго-научное* изслѣдованіе юридической природы исковъ о нарушеніи права участія частнаго, а равно и соотвѣтственное, т. е. также *строго-научное* толкованіе (*interpretatio doctrinalis*) п. 3 ст. 29 Устава гражданскаго судопроизводства, упоминающаго объ этихъ искахъ.

До сихъ поръ, указанные вопросы ученія объ искахъ о нарушеніи права участія частнаго обсуждались у насъ *только на страницахъ юридическихъ журналовъ*. Такимъ образомъ, эта книга является первою (и пока единственною) *монографією*, посвященною настоящимъ вопросамъ.

Потребность въ такой, монографической, ихъ обработкѣ находится сейчасъ внѣ всякаго сомнѣнія. Дѣло въ томъ, что тема, которой посвящена эта книга, является *пока все еще не разрѣшенною*,—трудною и сложною (хотя и интересною, одновременно) проблемою, вообще плохо укладываемуюся въ рамкахъ журнальныхъ статей.

Къ тому же, существующія въ нашей журнальной литературѣ статьи объ юридической природѣ исковъ о наруше-

*) Курсивъ нашъ.

ни права участія частнаго не удовлетворяютъ, откровенно говоря, требованіямъ строго-научныхъ изслѣдованій. А между тѣмъ, настоящая проблема *такого именно свойства*, что она *совершенно не разрѣшима* посредствомъ одного лишь „простого, здраваго смысла“, — *безъ примѣненія подлинныхъ научныхъ методовъ*.

Послѣдніе пока *не были еще осуществлены* въ названныхъ журнальныхъ статьяхъ, посвященныхъ искамъ о нарушеніи права участія частнаго.

Такимъ образомъ, эти статьи являютъ собою *превосходные примѣры скорѣе комментаторскихъ, чѣмъ научныхъ, опытовъ*, — примѣры, лишь подтверждающіе (лишній разъ) *правильность нашего утвержденія (см. выше) объ общемъ „практическомъ“, комментаторскомъ и т. п., а не научномъ направленіи нынѣшней журнальной юридической литературы*.

Тѣ общія соображенія, кои даютъ намъ основаніе для подобной (можетъ быть, и нѣсколько неожиданной) характеристики указанныхъ журнальныхъ статей, трактующихъ объ искахъ о нарушеніи права участія частнаго, суть слѣдующія.

Во-первыхъ. Въ этихъ статьяхъ не соблюдено одно изъ главнѣйшихъ требованій всякой вообще *науки* — *принципъ самостоятельности (и независимости) научной мысли и непризнанія иныхъ авторитетовъ, кромѣ авторитета истины*. Дѣло въ томъ, что авторы указанныхъ статей, изыясняя юридическую сущность исковъ о нарушеніи права участія частнаго и юридическій смыслъ и значеніе п. 3 ст. 29 Уст. гражд. суд., *широко пользуются* относящимися сюда *выводами сенатской (кассационной) практики*. Къ сожалѣнію, они не проявляютъ при этомъ *достаточнаго (съ научной точки зрѣнія) критическаго отношенія* къ указаннымъ выводамъ, но ограничиваются, въ сущности говоря, лишь ихъ *воспроизведеніемъ (повтореніемъ)*. Такое отношеніе къ сенатской (кассац.) практикѣ, кстати сказать, въ данномъ случаѣ, *весьма далекой отъ истины*, еще дозволено юристу-практику, но не юристу-теоретику *).

*) „Судебная практика, — говоритъ проф. Шершеневичъ, — рабски ловитъ каждое замѣчаніе кассационнаго департамента, старается согласовать свою дѣятельность со взглядомъ сената. Эта масса рѣшеній, нарастающая съ

Во-вторыхъ. Въ указанныхъ статьяхъ не соблюдено также *другое*, не менѣе важное, *научное* требованіе: въ нихъ не установлено надлежащаго (необходимаго, съ научной точки зрѣнія) *контакта*: ни 1) между исками о нарушеніи права участія частнаго и *системою тѣхъ цивилильно-правовыхъ идей*, въ кругъ коихъ входитъ, по-праву, понятіе этихъ исковъ; ни 2) между указанными же исками и *тѣми западно-европейскими процессуальными системами*, откуда они собственно и были заимствованы составителями нашего Устава гражд. суд.

Въ связи съ этимъ, въ настоящихъ статьяхъ, посвященныхъ искамъ о нарушеніи права участія частнаго, остались, между прочимъ, еще до сихъ поръ *) *вовсе не использованными матеріалы по судебному преобразованію 1864 г.*, относящіеся къ исторіи и процессу образованія этихъ исковъ, вошедшихъ въ систему дѣйствующаго у насъ процессуальнаго законодательства. А между тѣмъ, названные матеріалы, несомнѣнно, способны пролить яркій свѣтъ какъ на юридическій смыслъ и значеніе п. 3 (прежде 5) ст. 29 Уст. гражд. суд., такъ и на юридическую сущность упоминаемыхъ имъ исковъ.

По нашему убѣжденію, *несоблюденіе* въ процессѣ изученія исковъ о нарушеніи права участія частнаго этихъ научныхъ (методологическихъ) требованій (подробнѣе скажемъ о нихъ въ самой книгѣ) *какъ бы заранѣе обрекаетъ, непременно*

каждымъ годомъ, все крѣпче и крѣпче опутываетъ нашъ судъ, который, какъ левъ, запутавшійся въ сѣтяхъ, безсильно подчиняется своей участи, отказывается отъ борьбы и *живетъ разумомъ высшей судебной инстанціи* (курсивъ нашъ). Въ настоящее время вся задача практики заключается въ томъ, чтобы подыскать кассационное рѣшеніе на данный случай. Борьба передъ судомъ ведется *не силою логики, не знаніемъ соотношенія конструкции института и системы права, не искусствомъ тонкаго толкованія законовъ* (курсивъ нашъ), а ссылкой на кассационныя рѣшенія. Печальную картину представляютъ теперь судебныя засѣданія, гдѣ мы видимъ, какъ адвокаты поражаютъ другъ друга кассационными рѣшеніями, и гдѣ торжествуетъ тотъ, кто нашелъ наиболѣе подходящее и при томъ позднѣйшее“ (цитировано у Е. В. Васильковскаго. Курсъ гражд. процесса, т. I, стр. 216—217).

Проф. Шершеневичъ вполне справедливо называетъ эту картину печальною. Но *во сколько разъ еще печальнѣе* та картина, когда и *теоретическая* юриспруденція — въ лицѣ ея представителей, *ученыхъ* — обнаруживаетъ *ту же склонность... зажить разумомъ высшей судебной инстанціи*.

*) На протяженіи 50-ти лѣтъ (со времени изданія Судебныхъ Уставовъ).

на неудачу всякое вообще стремление постичь, надлежащим образом, юридическую природу названных исковъ.

По объясненной причинѣ, мы, съ своей стороны, во всякомъ случаѣ, попытаемся въ точности осуществить (при изслѣдованіи юридической природы исковъ о нарушеніи права участія частнаго) эти, намѣченные сейчасъ нами, въ общихъ чертахъ, научные методы...

Думается, что сказаннымъ читатель подготовленъ къ тому, что онъ найдетъ въ настоящей книгѣ *принципіальное несогласіе* ея автора съ господствующею доктриною объ юридической природѣ исковъ о нарушеніи права участія частнаго и опытъ построения *совершенно новаго ученія* объ этихъ искахъ.

В. М.

Петроградъ.
Октябрь 1915 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	СТР.
Глава I. Критическій обзоръ сужденій литературы и—судебной и законодательной—практики объ юридической природѣ исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго	1—54
§ 1. Общий обзоръ литературы. Планъ изложения	1—5
§ 2. Учебная литература и прежняя (до изданія закона 15-го іюня 1912 г.) специальная журнальная литература объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго.—„Опытъ комментарія къ уст. гражд. судопр.“ К. Анненкова объ этихъ искахъ	5—16
§ 3. Ученіе Гражданскаго Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената объ искахъ о правѣ участія частнаго, и критика этого ученія	16—30
§ 4. Сужденія нашей законодательной практики объ юридической природѣ исковъ о правѣ или о нарушеніи права участія частнаго,—и критика этихъ сужденій	30—44
§ 5. Новѣйшая журнальная литература объ юридической природѣ исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго (мнѣнія по настоящему предмету сен. В. Л. Исаченко и проф. В. Б. Ельяшевича и критика этихъ мнѣній)	44—54
Глава II. Изслѣдованіе юридической природы исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго (конструкція этихъ исковъ)	55—109
§ 6. Предварительное методологическое замѣчаніе (методологическій планъ)	55—61
§ 7. Юридическая природа правъ участія частнаго, предусмотрѣнныхъ статьями 442, 445—451 т. X ч. 1	61—77
§ 8. Ученіе римскаго права о защитѣ правъ сосѣдства—въ примѣненіи къ нашимъ искамъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго	77—95
§ 9. Ученіе римскаго права о защитѣ правъ сосѣдства—въ примѣненіи къ нашимъ искамъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго (продолженіе)	95—104
§ 10. Годичный срокъ для предъявленія исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго. Существующія	

	СТР.
сужденія о немъ и ихъ критика.—Необходимость историко-критическаго изслѣдованія происхожденія текста п. 3 ст. 29 Уст. гражд. суд.	104—109
Глава III. Историческіе источники происхожденія текста п. 5 (нынѣ п. 3) ст. 29 Устава гражданскаго судопроизводства и ихъ критическая оцѣнка	110—204
§ 11. Матеріалы по судебному преобразованію 1864 года.—Отечественные и западно-европейскіе источники происхожденія текста п. 5 (нынѣ—п. 3) ст. 29 Уст. гражд. суд.	110—123
§ 12. Критическая оцѣнка ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ. Анализъ и подробная интерпретація ст. 6 ¹ этого закона	123—141
§ 13. Критическая оцѣнка ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ (продолженіе). Анализъ и подробная интерпретація ст. 6 ²⁻³ этого закона	141—155
§ 14. Рецепція ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ уставами гражданскаго судопроизводства: сардинскимъ (1854 г.) и итальянскимъ (1859 г.).—Измѣненія, коимъ подверглась эта статья въ названномъ процессѣ рецепціи; ихъ критическая оцѣнка	155—171
§ 15. Рецепція ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ.—Первая стадія рецепціи („Проектъ правилъ о порядкѣ производства спорныхъ гражд. дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ“). Дальнѣйшія ея стадіи (Уставъ гражд. судопр. 20-го Ноября 1864 г.).	171—180
§ 16. Результаты рецепціи ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ.—Ст. ст. 6—7 „Проекта правилъ о порядкѣ производства гражд. дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ“	180—195
§ 17. Результаты рецепціи ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ (продолженіе).—Ст. 29, п. 5 Устава гражд. суд. 20 ноября 1864 г.	196—204
Глава IV. Основныя начала ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго по Уставу гражданскаго судопроизводства.	205—312
§ 18. Цѣли, преслѣдуемыя нами въ настоящей главѣ.—I. Юридическая природа исковъ о правѣ участія частнаго. Существующія сужденія. Наше мнѣніе по этому предмету.	205—235
§ 19. II. Стороны въ судебныхъ процессахъ о правахъ участія частнаго (legitimatіo ad causam въ названныхъ процессахъ). Сужденія по этому предмету проф. Гуляева и гражд. кассац. практики. Наше мнѣніе по настоящему вопросу	235—259

	СТР.
§ 20. III. Случаи осложненія исковъ о правѣ участія частнаго пограничными спорами.—Принятая Проектомъ посессорно-петиторная система урегулированія сосѣдскихъ споровъ въ указанныхъ случаяхъ. Примѣнима ли она и въ настоящее время, при дѣйствиіи Устава гражд. судопр.?	260—269
§ 21. III. Случаи осложненія исковъ о правѣ участія частнаго пограничными спорами (продолженіе).—Компетентность мировыхъ судей въ изысканіи уже „положенныхъ“ межей (ст. 11 Прил. I къ ст. 1400, прим. Уст. гражд. суд.).—Примѣры судебной практики	269—297
§ 22. IV. О годичномъ срокѣ, установленномъ п. 3 (прежде 5) ст. 29 Уст. гражд. суд. для предъявленія исковъ о правѣ участія частнаго въ мировомъ судѣ. Сужденія нашихъ юристовъ объ этомъ срокѣ. Его историческое происхожденіе. Оцѣнка правила п. 3 (прежде 5) ст. 29 Уст. гражд. суд. о соблюденіи годичнаго срока.—О „посессорномъ“ срокѣ, установленномъ также ст. 11 Прил. I къ ст. 1400, прим. Уст. гр. суд. для предъявленія въ мировомъ судѣ споровъ о нарушеніи земельныхъ границъ	297—312
Заключеніе	313—317

ГЛАВА I.

Критическій обзоръ сужденій литературы и—судебной и законодательной—практики объ юридической природѣ исковъ о нарушеніи права (или: о правѣ) участія частнаго.

§ 1. Общій обзоръ литературы. Планъ изложенія.

Въ „Систематическомъ указателѣ русской литературы по гражданскому судопроизводству“ А. Поворинскаго, изданномъ въ 1896 г. (т. I), имѣется лишь одно названіе (подъ № 4839) статьи, посвященной интересующей насъ темѣ. Это—„Иски о правѣ участія частнаго (п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд.)“. Недостатки устава гражданского судопроизводства“,—статья Е. Васьковскаго въ Журналѣ Пг. Юридическаго Общества за 1894 г. кн. IX, стр. 6—11.

Въ т. II-мъ того же Указателя А. Поворинскаго, вышедшемъ въ свѣтъ въ 1905 г., мы находимъ уже цѣлыхъ четыре названія *) статей, посвященныхъ искамъ о правѣ участія частнаго. Впрочемъ, это—скорѣе даже не статьи, а лишь небольшія юридическія замѣтки, напечатанныя: двѣ—въ „Юридической газетѣ“ за 1896 г. (№№ 28 и 73), одна—въ „Судебной газетѣ“ за 1898 г. (№ 52) и одна—въ „Юридической газетѣ“ за 1902 г. (№ 5).

Но мало того, что эти статьи или замѣтки не велики по объему. По крайней мѣрѣ, три изъ нихъ (тѣ—кои помѣщены въ „Юридической газетѣ“) незначительны, также по своему содержанію,—хотя бы уже по одному тому, что онѣ посвящены исключительно лишь вопросу (второстепеннаго, въ сущности, значенія): о подсудности исковъ о правѣ участія частнаго волостному суду. Только статья Ал. Гедда, подъ заглавіемъ: „Неразрѣшенные вопросы“ (Судебная газета за 1898 г. № 52), обсуждающая нѣкоторые общіе (и основныя) вопросы ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго, имѣетъ извѣстный теоретическій интересъ.

*) №№ по Указателю: 2871, 4138, 4139 и 2788.

Если же принять еще во внимание, что оба тома названного „Указателя“ Поворинского содержат в себя, как известно, богатейший библиографический материал (перечисляя не только книги, брошюры, но и журнальные и даже газетные статьи), то и в данном случае—при ознакомлении с русскою литературою об исках о правѣ участія частного—нельзя лишній разъ не прийти къ заключенію, успѣвшему уже стать общимъ мѣстомъ, что „русская монографическая литература по гражданскому процессу крайне бѣдна“ *).

„Указатели“ Поворинского обнимаютъ литературу за время по сентябрь 1904 г. (см. Предисловіе ко II-му тому); слѣдовательно—въ нихъ не вошелъ библиографическій материалъ за послѣднее десятилѣтіе. Между тѣмъ, литература объ искахъ о правѣ участія частного за это *одно* десятилѣтіе уже не столь бѣдна,—она даже богаче (говоря, конечно, совершенно относительно), чѣмъ литература объ этихъ искахъ за *всю* предыдущія (взятыя вмѣстѣ) десятилѣтія.

Правда—и въ новое время, какъ и въ прежнее, „въ нашей юридической литературѣ вопросъ о правѣ участія частного не вызвалъ *монографической* **) обработки“ ***). Но за то въ *спеціальной журнальной литературѣ*—вопросъ объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частного подвергался, въ теченіе послѣднихъ лѣтъ, уже довольно оживленному обсужденію.

Внѣшнимъ толчкомъ къ возбужденію особаго интереса къ искамъ о правѣ участія частного и къ ихъ изученію явилось—въ новѣйшее время—изданіе закона 15-го іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда, а точнѣе говоря, установленіе этимъ закономъ *новой* редакціи того пункта ст. 29 Уст. гражд. суд., который упоминаетъ объ интересующихъ насъ искахъ. Согласно этой новой редакціи, вѣдомству мировыхъ судей подлежатъ неки уже не о правѣ участія частного (какъ значилось въ п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд. прежней редакціи), но о *нарушеніи* права участія частного (п. 3 ст. 29 Уст. гр. суд. новой редакціи).

Указанное, повидимому, столь незначительное, нововведеніе въ текстѣ этой статьи, произведенное, какъ мы уже сказали, зако-

*) Е. В. Васьковскій, Учебникъ гражданского процесса, 1914 г., стр. 20.

**) Курсивъ нашъ.

***) Проф. А. М. Гуляевъ, „Право участія частного въ практикѣ Гражд. Кассац. Д-та Пр. Сената“, изд. 2-ое 1914 г., стр. 15.

номъ 15-го іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда, вызвало обсужденіе нашими юристами смысла и значенія этого нововведенія. Въ связи съ этимъ, среди нихъ возросъ также интересъ къ вопросу объ юридической природѣ исковъ о правѣ (или, по новой терминологіи закона: о нарушении права) участія частного. Сказаннымъ и надо объяснить появленіе въ нашей литературѣ статей, посвященныхъ названной темѣ, уже въ томъ самомъ (1912) году, когда былъ изданъ законъ о преобразованіи мѣстнаго суда *).

Но особенно оживленный обмѣнъ мнѣній о сущности защиты права участія частного произошелъ въ слѣдующемъ 1913 г. (и отчасти въ 1914 г.) между двумя нашими цивилистами—сен. В. Л. Исаченко и проф. В. Б. Ельшевичемъ. Названные юристы, каждый по два раза, возвращались къ обсужденію этой темы—на страницахъ „Вѣстника гражданского права“ **). При этомъ, они сразу же встали на диаметрально-противоположныя точки зрѣнія на юридическую природу и существо исковъ о правѣ (или: о нарушении права) участія частного,—но, повидимому, не достигли, въ результатѣ этой полемики какого либо согласія во взглядахъ на названные иски.

Само собою разумѣется, что при отсутствіи въ нашей юридической литературѣ монографической обработки названныхъ исковъ, особенный интересъ должны имѣть для насъ тѣ сужденія о нихъ, кои высказываются какъ въ *другихъ* областяхъ *теоретической* юриспруденціи (*спеціальной журнальной*, а также *учебной* литературѣ), такъ и въ практической юриспруденціи, — *т. е. въ области судебной и законодательной практики*.

Въ частности же, нельзя не удѣлить, въ виду сказаннаго, вниманія и нашей *комментаторской* литературѣ. Поэтому, въ послѣдующемъ изложеніи мы ближе ознакомимся также съ основными положеніями объ искахъ о правѣ уч. ч.,—по „Опыту комментарія къ уставу гражданского судопроизводства“ К. Анненкова.

Что касается теперь значенія этихъ разныхъ факторовъ: *спеціальной журнальной и учебной литературы, судебной и законодательной практики и проч.*,—факторовъ, созидающихъ и наса-

*) См. статьи В. Догадова — „Право“ за 1912 г. № 52 и проф. Гуляева — „Вопросы Права“ за 1912 г., кн. X.

**) См. „Вѣстникъ гражданского права“ за 1913 г. №№ 1, 3 и 8 и за 1914 г. № 2. См. также статьи проф. Б. В. Полова о правѣ участія частного и его защитѣ—въ „Правѣ“ за 1914 г. №№ 12 и 13 и въ „Вѣстн. гражд. права“ за 1914 г. № 3.

ждающихъ среди нашихъ юристовъ ученіе о защитѣ права участія частнаго,—то ихъ значеніе у насъ—въ Россіи—далеко не одинаковое. Наибольшее вліяніе *на всю рѣшительно сферы* нашей юриспруденціи (не только практической, но и теоретической) имѣютъ у насъ, должно сознаться, *отнюдь не выводы науки гражд. процесса, а тѣ кассац. рѣшенія* Гражд. Д-та Правительствующаго Сената, кои устанавливають основныя положенія ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго.

Такимъ образомъ, кассационныя рѣшенія Гражд. Д-та Прав. Сената, изъясняющія смыслъ п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд., не только *доминируютъ*, въ соответственныхъ случаяхъ—въ отведенной нашимъ законодательствомъ подъ ихъ господствованіе сферѣ: въ судахъ,—но и сильнѣйшимъ образомъ вліяютъ *и на самое наше (послѣдующее) законодательство о защитѣ права уч. ч. и, наконецъ, даже на ученіе о немъ самой науки гражд. процесса.*

Между тѣмъ, сужденія кассационной практики объ юридической природѣ исковъ о правѣ уч. ч. *глубоко ошибочны*, какъ увидимъ ниже; въ виду этого, нельзя не пожалѣть, конечно, о столь незаслуженномъ, казалось бы, ея преобладаніи во всей нашей юриспруденціи, не исключая и научной цивилистической области.

Мы надѣемся, что послѣдующее изложеніе вполне докажетъ справедливость приведенныхъ утвержденій.

Въ заключеніе же этого § скажемъ еще лишь нѣсколько словъ о порядкѣ (планѣ) предстоящаго теперь намъ изложенія настоящей главы.

Такимъ образомъ:

Въ слѣдующемъ § 2 этой главы мы ознакомимся съ тѣми сужденіями объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго, кои высказывались (и еще высказываются) въ учебной литературѣ, а также—въ специальной журнальной литературѣ за прежній періодъ времени, т. е. до изданія закона 15-го іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда. Въ заключеніе же этого § 2, мы приведемъ основныя положенія о настоящихъ искахъ „Опыта комментарія къ уставу гражд. судопроизводства“ К. Анненкова.

Затѣмъ, въ §§ 3 и 4 мы рассмотримъ ученіе объ этихъ искахъ кассационной практики, а равно и сужденія о нихъ нашей законодательной практики; въ частности же, мы остановимся также на законодательныхъ мотивахъ къ закону 15-го іюня 1912 г. о пре-

образованіи мѣстнаго суда, поскольку эти мотивы касаются интересующихъ насъ исковъ.

Наконецъ,—въ § 5 мы познакомимся съ сужденіями *новѣйшей* журнальной литературы объ юридической природѣ исковъ о нарушеніи права (или: о правѣ) участія частнаго,—при чемъ остановимся болѣе подробно на мнѣніяхъ по этому вопросу сен. В. Л. Исаченко и проф. В. Б. Ельяшевича.

Таково—въ самыхъ общихъ чертахъ—содержаніе слѣдующихъ страницъ этой главы.

§ 2. Учебная литература и прежняя (до изданія закона 15-го іюня 1912 г.) специальная журнальная литература объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго. — „Опытъ комментарія къ уст. гражд. судопр.“ К. Анненкова объ этихъ искахъ.

Отношеніе учебниковъ русскаго гражданского процесса къ п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гражд. судопр. — *различно*. Прежде всего, одни учебники (напр. проф. Энгельмана, проф. Яблочкова) ограничиваются лишь *буквальнымъ воспроизведеніемъ* текста названнаго пункта, — что вѣдомству мирового судьи подлежатъ иски о правѣ (или о нарушеніи права) участія частнаго, когда со времени нарушенія прошло не болѣе года. Другіе учебники, правда, не ограничиваются однимъ только цитированіемъ п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гражд. суд., но стремятся также выяснить его истинный смыслъ и содержаніе. Однако, они даютъ, къ сожалѣнію, *слишкомъ краткія интерпретаціи* этого пункта и вмѣстѣ съ тѣмъ *далеко неодинаковыя объясненія* юридической природы исковъ о правѣ участія частнаго.

Такъ, напр., проф. Гольмстенъ *), указавъ, что вѣдомству мирового судьи подлежатъ также „иски о правѣ уч. ч., когда со времени нарушенія прошло не болѣе года“, поясняетъ,—что „подъ правомъ участія частнаго понимаются *сервитуты* **), о которыхъ говорится въ ст. 442, 445—451 X тома“. Совсѣмъ иное объясненіе юридической природы этихъ исковъ мы находимъ въ Учебникѣ проф. Васьковскаго. На стр. 206 указаннаго учебника читаемъ: „Подъ исками о правѣ участія частнаго слѣдуетъ понимать, со-

*) Учебникъ, 5 изд., стр. 66.

**) Курсивъ нашъ.

гласно сдѣланной въ 5 пунктѣ 29 ст. ссылокъ на 442, 445—451 ст. гражд. зак., *иски, вытекающіе изъ сосѣдскаго права или изъ законныхъ ограниченій права собственности (легальныхъ сервитутовъ)* *) . Мы видимъ, так. обр., что оба приведенныя опредѣленія исковъ о правѣ участія частнаго похожи—одно на другое—развѣ только въ отношеніи присущей имъ обоемъ краткости, такъ какъ, по своему содержанію, они—*совершенно различны*. Ибо, само собою разумѣется, что иски, основанные на сервитутномъ правѣ (проф. Гольмстенъ), и иски, вытекающіе изъ сосѣдскаго права или изъ законныхъ ограниченій права собственности (проф. Васьковскій) никакъ не могутъ быть признаны тождественными исками **).

Почти столь же кратко, какъ и въ названныхъ учебникахъ, изложеніе ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго, въ *трехтомномъ* Куреѣ гражданского судопроизводства Малышева. Принимая во вниманіе *обширность* указаннаго Курса, нельзя, конечно, не пожалѣть объ этомъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, приходится отмѣтить значительную неясность (даже сбивчивость) изложенія настоящаго ученія въ названномъ Куреѣ.

Въ самомъ дѣлѣ. Посвятить „вѣдомству мировыхъ судей“ (т. I § 26)—16 стр. (отъ 138—154 стр.) и удѣливъ изъ этого числа страницъ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (о защитѣ владѣнія)—цѣлыхъ 10 стр. (отъ 144—154 стр.),—Малышевъ, по поводу исковъ о правѣ уч. ч., ограничился собственно однимъ лишь указаніемъ на подвѣдомственность также этихъ исковъ мировому судѣ. Впрочемъ на стр. 149—150 Курса, отмѣтивъ, что „искъ о защитѣ или возстановленіи владѣнія примѣняется аналогически и къ владѣнію правами на чужую вещь“, Малышевъ добавилъ къ этому тексту, — *но уже не въ самомъ текстѣ, а только въ выноскахъ* къ нему,—еще слѣдующее: „Впрочемъ по дѣламъ о правѣ участія частнаго, если со времени нарушения прошло не болѣе года

*) Курсивъ нашъ.

***) Выраженіе „легальные сервитуты“, встрѣчающееся въ опредѣленіи проф. Васьковскаго, конечно, нисколько не сближаетъ его съ опредѣленіемъ проф. Гольмстена, потому, что, какъ извѣстно, *такъ называемые* легальные сервитуты суть сервитуты, единственно, лишь по названію. — Такъ же, какъ проф. Васьковскій, опредѣляетъ иски о правѣ уч. ч. проф. Цитовичъ (Гражданскій процессъ; 5 изд. 1910 г. стр. 99): „иски, возникающіе изъ сосѣдскихъ отношеній по недвижимой собственности (права участія частнаго, ст. 442, 445—451 1 ч. X т.; п. 5 ст. 29)“.

и самое право не основано на формальномъ актѣ (Уст. ст. 31, п. 1), мировой судъ разрѣшаетъ не только вопросъ о владѣніи, *но и о самомъ правѣ* *) (Уст. ст. 29, п. 5)“. Въ результатѣ однако такого изложенія ученія объ искахъ о правѣ уч. ч. получается впечатлѣніе, если такъ можно выразиться, *двойственности*: съ одной стороны—иски о правѣ уч. ч. явно примыкаютъ (если не относятся прямо) къ *поссessorнымъ* (точнѣе же—къ квази—поссessorнымъ) **) искамъ, а съ другой стороны, эти иски оказываются какъ будто бы и не *поссessorными*, а *петиторными* (о самомъ правѣ). Во всякомъ же случаѣ, нельзя не признать, что также въ Куреѣ Малышева юридическая природа исковъ о правѣ участія частнаго отнюдь не выяснена съ достаточною подробностью и полною.

Близка къ приведенной конструкціи Малышева этихъ исковъ, конструкція проф. Нефедьева ***). „Отличіе ихъ (исковъ о правѣ уч. ч.)—говоритъ названный авторъ—отъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія состоитъ въ томъ, что Мировой Судья, разрѣшая споръ о правѣ участія частнаго, *обязанъ входить въ разсмотрѣніе самого права на участіе* *), а потому можетъ разсматривать документы, на которыхъ оно основано ****). Иски эти подсудны мировымъ учрежденіямъ на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и Окружному Суду. Подсудность ихъ Мировому Судѣ и Окружному Суду разграничена лишь срокомъ предъявленія иска: если со времени нарушения прошло не болѣе года, то искъ подсуденъ Мировому Судѣ, если же со времени нарушения прошло болѣе года—то Окружному Суду“.

Таковы—сужденія нашей учебной литературы объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго.

Закончивъ обзоръ этой литературы, переходимъ теперь къ спеціальной журнальной литературѣ.

Содержаніе названной выше (§ 1) статьи проф. Васьковскаго: „Недостатки устава гражданского судопроизводства. Иски о правѣ участія частнаго“ *****)—таково:

„Во избѣжаніе недоразумѣній нужно позаботиться (справедливо указываетъ въ этой статьѣ проф. Васьковскій) о точной термино-

*) Курсивъ нашъ.

***) Т. е. къ искамъ о защитѣ владѣнія *правами* на чужую вещь.

****) Учебникъ, 3 изд. стр. 103.

*****) Ср., однако, спеціально по этому вопросу Малышева (см. выше).

*****) Журналъ ПГ. Юрич. Общества за 1894 г., кн. IX, стр. 6—11.

логія". Дѣло въ томъ (поясняетъ онъ), что ученіе о сервитутахъ крайне мало развито въ X томѣ, и даже слово „сервитутъ“ не встрѣчается въ немъ ни разу. Для обозначенія сервитутныхъ правъ законъ употребляетъ термины „угодье“ и „право участія частнаго“ (X, 442, п. 2—444, 446). Но въ большинствѣ случаевъ послѣдній терминъ примѣняется также къ законнымъ ограниченіямъ права собственности (X, 442, п. 1, 447—451), извѣстнымъ въ наукѣ подъ именемъ *сосѣдскаго права* или легальныхъ сервитутовъ. Между тѣмъ, это совершенно особый родъ отношеній, представляющій только внѣшнее сходство съ правами на чужую вещь. Нося чисто отрицательный характеръ и основываясь на специальномъ постановленіи закона, *сосѣдское право не допускаетъ квази-посессорной защиты*: истецъ не можетъ ссылаться на одно фактическое состояніе, а долженъ привести законъ, которымъ оно установлено. Такъ, напр., если сосѣдъ пристроитъ печь къ стѣнѣ моего дома, то, требуя снесенія ея, я не могу ссылаться на то, что въ теченіе многихъ лѣтъ сосѣдъ этого не дѣлалъ, а долженъ указать на 1 п. 445 ст. X т., который даетъ мнѣ право требовать, чтобы сосѣдъ не примыкалъ печи къ моей стѣнѣ. Въ виду такой разницы въ способахъ защиты уставъ гражданского судопроизводства долженъ провести границу между исками, вытекающими изъ *сосѣдскаго права* и исками о защитѣ сервитутовъ“ (стр. 10—11) *).

Эти мысли проф. Васьковскаго кажутся намъ правильными и дѣльными, потому что они проводятъ строгое и принципиальное различіе между сервитутами, съ одной стороны, и законными ограниченіями права собственности (сосѣдскимъ правомъ), съ другой. Особенно удачнымъ мы находимъ его указаніе какъ того, что сосѣдское право имѣетъ „только внѣшнее сходство съ правами на чужую вещь“, такъ и того, въ особенности, что оно „не допускаетъ квази-посессорной защиты“.

Къ сожалѣнію, сужденія проф. Васьковскаго о правѣ участія частнаго и его защитѣ—*чрезмѣрно кратки, неполны*. Въ частности, мы не находимъ въ нихъ совсѣмъ отвѣта на слѣдующіе основные вопросы ученія объ этомъ предметѣ: 1) къ какому именно отдѣлу гражданскихъ правъ (вещныхъ-ли, или обязательственныхъ) надо отнести „сосѣдское право“; 2) если сосѣдское право не допускаетъ квази-посессорной защиты, то означаетъ-ли это, (или же

*) Курсивъ вездѣ нашъ.

еще не означаетъ), что иски, направленные на ихъ защиту, не суть вещные иски, и 3) какъ надлежитъ вообще правильно конструировать иски о правѣ участія частнаго.

Содержательна также—отмѣченная нами выше (§ 1)—юридическая замѣтка Ал. Гедда, подъ заглавіемъ: „Неразрѣшенные вопросы“ *),—посвященная, равнымъ образомъ, искамъ о правѣ участія частнаго.

„Право участія частнаго—говоритъ г. Гедда въ этой замѣткѣ—есть ограниченіе права собственности.... установленное въ интересѣ опредѣленныхъ лицъ и не дающее послѣднимъ никакихъ самостоятельныхъ правъ въ чужой собственности, а лишь стѣсняющее собственника въ осуществленіи своего права“. „Это опредѣленіе права участія частнаго—продолжаетъ названный авторъ—указываетъ намъ тѣ существенные признаки, которые съ одной стороны отличаютъ его отъ права участія общаго, такого же ограниченія права собственности, но установленнаго для всѣхъ и каждаго,—а съ другой—отъ права угодій или сервитута. Послѣднее, т.-е. право угодій или просто угодье, есть вещное право пользования чужою собственностью, установленное также въ интересахъ опредѣленнаго лица, но въ то же время дающее ему самостоятельное право, выгоду въ чужой собственности **).

Право участія частнаго и право угодій—констатируетъ далѣе г. Гедда—„и въ жизни, и въ практикѣ нерѣдко смѣшиваются,—право угодій принимается за право участія частнаго, и наоборотъ“. Г. Гедда объясняетъ происхожденіе этого смѣшенія права участія частнаго съ правомъ угодій слѣдующими причинами: 1) тѣмъ—что „оба эти института весьма близки другъ другу“; 2) тѣмъ—что наше законодательство даетъ „не совсѣмъ точное“, „едва-ли правильное“ опредѣленіе понятія права участія частнаго (ст. 433 ч. I т. X св. зак. опредѣляетъ право участія частнаго, какъ участіе въ выгодахъ чужого имущества, что, однако, совершенно противорѣчитъ конкретному содержанію ст. ст. 442—451 ч. I т. X св. зак. перечисляющихъ отнюдь не права участія въ выгодахъ чужого имущества, но—ограниченія права собственности); и, наконецъ, 3) тѣмъ—что самое названіе института: „право участія частнаго“ болѣе соответствовало-бы понятію сервитута, нежели понятію ограниченія права собственности.

*) Судебная газета за 1898 г., № 52.

**) Курсивъ вездѣ нашъ.

„Установивъ разграниченіе между понятіями права участія частнаго и права угодій, которое въ законѣ особаго спеціального опредѣленія не имѣетъ (452 ст. ч. I т. X св. зак.), мы должны сказать — продолжаетъ затѣмъ г. Гедда —, что насколько различны эти два института по содержанию своему, *настолько различна и защита ихъ путемъ иска*, причемъ, если иски о правѣ участія частнаго, при извѣстныхъ условіяхъ, подсудны мировымъ учрежденіямъ, то *иски о правѣ угодій безусловно имѣ не подсудны*. Это явствуетъ уже изъ прямого смысла 29 ст. уст. гр. суд., а также изъ того соображенія, что наше гражданское законодательство, не давая никакого опредѣленія праву угодій, знаетъ его однако, какъ нѣчто совершенно отдѣльное, не имѣющее ничего общаго съ правомъ участія частнаго, какъ институтъ самостоятельный (452—466 ст. ч. I т. X св. зак.)“. Между тѣмъ, *„въ практикѣ иски эти постоянно смѣшиваются*, и мы можемъ указать — утверждаетъ авторъ настоящей статьи — *массу *)* примѣровъ въ дѣлахъ извѣстныхъ намъ мировыхъ учреждений, гдѣ иски о правѣ угодій разрѣшались мировыми судьями **).

Замѣтка г. Гедда — въ дальнѣйшемъ своемъ изложеніи — затрагиваетъ нѣкоторые (частные) вопросы, „возникающіе при разрѣшеніи исковъ о правѣ участія частнаго“, — какъ, напр.: всѣ ли такіе иски, т. е. иски о правѣ уч. ч., подсудны мировымъ учрежденіямъ (при условіи, конечно, вчиненія ихъ въ годичный срокъ), или же имѣ подсудны *исключительно лишь иски*, вытекающіе изъ правъ, предусмотрѣнныхъ въ 442, 445—451 ст. ч. I т. X св. зак.? „о какомъ нарушеніи права участія частнаго можетъ быть возбужденъ искъ“ на основаніи ст. ст. 450 и 451 ч. I т. X св. зак., „когда онъ скорѣе всего трактуютъ о порядкѣ установленія не существовавшего прежде права участія частнаго?“ и друг.

*) Курсивъ вездѣ нашъ.

***) Какъ на „наиболѣе замѣчательный“ примѣръ такого смѣшенія, г. Гедда ссылается на рѣшеніе Прав. Сената 1872 г. № 800, „гдѣ споръ о томъ, имѣли ли право собственникъ окопать канавами землю, на которой и другія лица имѣли право пастбы скота, съ цѣлью воспрепятствовать имъ пользоваться этимъ правомъ, — признанъ споромъ о правѣ участія частнаго относящимся къ вѣдомству мировыхъ судей. Между тѣмъ, право пастбы скота на чужой землѣ есть несомнѣнно *право угодья, а не право участія частнаго и не можетъ быть защищено искомъ на осн. 5 п. 29 ст. уст. гр. суд.*“ (Курсивъ нашъ).

„Всѣ вышензложенные вопросы остаются — говоритъ г. Гедда —, насколько намъ извѣстно, неразрѣшенными“. Но и самъ авторъ настоящей статьи не разрѣшаетъ этихъ вопросовъ, вѣдствие чего нельзя не признать, что содержаніе названной статьи вполне соответствуетъ въ этомъ отношеніи ея заглавію („Неразрѣшенные вопросы“).

Изъ всего приведеннаго содержанія юридической замѣтки Ал. Гедда мы считаемъ болѣе цѣнную высказанную въ ней мысль (см. выше), что подобно тому, какъ право участія частнаго отлично отъ права угодій, *отлична также защита того и другого права — путемъ иска*. Къ сожалѣнію, однако, это положеніе настоящей статьи означаетъ (какъ усматривается изъ ея содержанія) всего лишь то, что, въ противоположность искамъ о правѣ участія частнаго, иски о правѣ угодій ни въ коемъ случаѣ неподсудны мировымъ судьямъ и что, въ виду этого, для избѣжанія нарушенія компетенціи судебныхъ установленій, оба вида исковъ не должны быть смѣшиваемы.

Напротивъ, Ал. Гедда не указываетъ, въ чемъ именно заключается *собственно догматическое (и конструктивное) различіе* между исками обѣихъ категорій; въ частности, онъ также — какъ и проф. Васьковскій — *не выясняетъ самой юридической природы защиты права участія частнаго*. Вѣдь, если иски о правѣ участія частнаго отличны отъ исковъ о правѣ угодій, — то означаетъ ли это, на примѣръ, что первые иски, въ противоположность вторымъ, *не суть вещные иски и т. п.*? Въ статьѣ г. Гедда мы просто не находимъ отвѣта на указанный вопросъ (какъ и на многіе еще другіе вопросы касательно конструкціи исковъ о правѣ участія частнаго), несмотря на то, что этотъ вопросъ является, на самомъ дѣлѣ, основнымъ (какъ увидимъ ниже) — для всего вообще ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго.

Къ сказанному нельзя не добавить еще слѣдующаго.

Въ настоящей статьѣ Ал. Гедда коснулся, какъ мы видѣли, нѣсколькихъ „неразрѣшенных“ (но требующихъ, по его мнѣнію, разрѣшенія) вопросовъ, относящихся къ области ученія объ искахъ о правѣ уч. ч. Но онъ, (какъ и другіе, впрочемъ, наши юристы) даже не затронулъ *одного* вопроса, являющагося, тѣмъ не менѣе *весьма существеннымъ*, по нашему, по крайней мѣрѣ, убѣжденію. Этотъ вопросъ гласитъ: какой собственно смыслъ имѣетъ требованіе п. 5 ст. 29 уст. гр. суд., чтобы иски о правѣ участія частнаго

предъявлялись (у мирового судьи), непременно, не позже года, со времени нарушения названного права?

Въ послѣдующемъ изложеніи намъ придется подробно высказаться по поводу значенія этого годичнаго срока, предусмотрѣннаго п. 5 ст. 29 уст. гр. суд., а въ особенности, — по вопросу объ его историческомъ происхожденіи.

Сказаннымъ мы, въ общемъ, исчерпали содержаніе нашей прежней журнальной литературы объ искахъ о правѣ участія частнаго. Переходимъ поэтому теперь къ „Комментарію“ К. Анненкова.

Въ обширномъ „Опытѣ комментарія къ уставу гражданскаго судопроизводства“ К. Анненкова—искамы о правѣ участія частнаго отведено до семи страницъ (т. I, стр. 78 — 85, по 2-му изданію) убористаго текста.

Вотъ содержаніе этихъ страницъ:

Согласно п. 5 ст. 29 У. Г. С., мировымъ установленіямъ подсудны иски о правѣ уч. ч., когда со времени нарушения его прошло не болѣе года, а изъ ссылки этого пункта на ст. ст. 442, 445—451 т. X. ч. I, надлежитъ заключить, что иски о правѣ уч. ч. суть иски о „тѣхъ правоотношеніяхъ, по поводу которыхъ въ законодательствахъ Западной Европы имѣется уже болѣе или менѣе развитое и цѣлое ученіе о *реальныхъ сервитутахъ*“ *) (стр. 78). Исходя изъ этой предпосылки, что права у. ч.—реальные сервитуты **), Анненковъ далѣе (на стр. 80) дѣлаетъ (и вполнѣ послѣдовательно) такое утвержденіе: „иски о тѣхъ правахъ участія частнаго, которые законъ относитъ къ вѣдомству мировыхъ учреждений, по характеру своему, суть иски *вещные*“ *). „Но въ чемъ же отличаются эти иски — спрашиваетъ вслѣдъ затѣмъ Анненковъ—отъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія?“ и отвѣчаетъ на этотъ вопросъ такимъ образомъ: „въ искахъ о правѣ уч. ч. мировымъ учреждениямъ подлежитъ разборъ споровъ о самомъ правѣ участія, а не только о фактѣ частнаго участія“, — причемъ, „мировыя установленія при разрѣшеніи этихъ споровъ могутъ принимать къ разсмотрѣнію всякіе документы, служащіе доказательствомъ существованія самого права участія частнаго, какъ, напр., планы въ спорахъ о дорогахъ, а также и другіе документы: судебныя рѣшенія, договоры объ уста-

*) Курсивъ нашъ.

**) Ту же мысль, и еще категоричнѣе, Анненковъ вновь повторяетъ на стр. 81: „Я уже сказалъ, что права у. ч. суть реальные сервитуты“.

повленія права участія частнаго“ *). Напротивъ, „иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія отнесены къ вѣдомству мировыхъ учреждений исключительно въ видѣ *поссессорнаго иска*, и ст. 73 воспрещаетъ входить мировымъ установленіямъ въ разсмотрѣніе документовъ, служащихъ доказательствомъ права собственности на недвижимое имущество“ (стр. 80). Иски о правѣ участія ч.—продолжаетъ далѣе Анненковъ—предъявляются въ мировомъ судѣ лишь до истеченія годичнаго срока со времени нарушения права частнаго участія. По истеченіи же указаннаго срока—„эти иски могутъ подлежать вѣдомству окружныхъ судовъ“ (стр. 81): ибо въ ст. 212 Уст. гр. суд. говорится о подсудности окружнымъ судамъ споровъ о всякомъ вещномъ правѣ на недвижимое имущество, вслѣдствіе чего „иски о правѣ ч. у., какъ *споры о вещномъ правѣ* **), должны быть признаны подсудными также и окружному суду“.

Таково, въ общихъ чертахъ, ученіе К. Анненкова объ искахъ о правѣ уч. ч.

На первый взглядъ, это ученіе выгодно отличается отъ сужденій объ искахъ о правѣ участія частнаго какъ проф. Васьяковскаго, такъ и Ал. Гедда,—въ томъ отношеніи, что *въ немъ нѣтъ, какъ въ тѣхъ сужденіяхъ, какой либо вообще недоговоренности или незаконченности*. Напротивъ того, въ приведенномъ ученіи К. Анненкова содержится, повидимому, *вполнѣ законченная конструкція* исковъ о правѣ участія частнаго. Ибо названный авторъ сравнительно подробно описываетъ эти иски,—какъ: 1) *вещные* иски; 2) иски о *сервитутахъ* и 3) *петиторные* (о самомъ правѣ)—а не квази-поссессорные,—сервитутные иски.

Но, къ сожалѣнію, предложенная К. Анненковымъ конструкція исковъ о правѣ участія частнаго, на самомъ дѣлѣ,—*глубоко—въ самомъ корнѣ своемъ — ошибочна, а потому и абсолютно неприемлема*. Ибо *неверна* уже самая основная мысль нашего автора, изъ которой онъ, однако, послѣдовательно исходитъ при построеніи этой конструкціи, *будто бы „права участія частнаго суть реальные сервитуты“*.

*) Та же мысль высказана Анненковымъ еще разъ на стр. 82: „иски эти подсудны мировымъ учреждениямъ въ точно такомъ же видѣ и на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ случаяхъ подсудности ихъ общимъ судебнымъ установленіямъ“, каковая подсудность предполагаетъ вчиненіе иска о правѣ уч. ч. уже по истеченіи года со дня нарушения этого права.

**) Курсивъ нашъ.

Смѣшивая и отождествляя, такимъ образомъ, эти, въ дѣйствительности, столь разные институты: право угодій (сервитуты) и его судебную защиту съ правомъ участія частнаго и исками о немъ, и конструируя иски о правѣ участія частнаго, въ качествѣ подлинныхъ сервитутныхъ исковъ *),—К. Анненковъ не только *не даетъ*, что само собою разумѣется, *надлежащей* конструкции названныхъ исковъ о правѣ уч. ч., но и *вообще—даже какой либо конструкции именно этихъ исковъ*. вмѣстѣ съ тѣмъ, вполне очевидно, что конструируя *столь неправильно* иски о правѣ уч. ч., онъ самъ себя удаляетъ отъ познанія истинной юридической природы поименованныхъ исковъ—еще на большее разстояніе, нежели тотъ, кто (какъ, напр., проф. Васьковскій, или Ал. Гедда) ихъ вовсе никакъ не конструируетъ.

Мы видѣли уже выше, какъ отчасти проф. Васьковскій, а въ особенности Ал. Гедда предупреждали отъ смѣшенія (а тѣмъ болѣе—отождествленія) права угодій и его судебной защиты съ правомъ участія частнаго и исками объ этомъ правѣ. Это ихъ предупрежденіе имѣетъ тѣмъ большее значеніе, что оба названные института—какъ правильно свидѣтельствовалъ Ал. Гедда—на практикѣ постоянно смѣшиваются. Въ самомъ дѣлѣ. Указанное смѣшеніе (и отождествленіе) этихъ институтовъ всегда было весьма замѣтно въ нашей юриспруденціи, и даже нынѣ еще отнюдь въ ней не исчезло,—какъ мы убѣдимся въ этомъ изъ послѣдующаго изложенія.

Слѣдовательно, настоящее заблужденіе свойственно—справедливость требуетъ сказать—отнюдь не одному только К. Анненкову, но и другимъ нашимъ юристамъ. Въ частности же,—изъ числа уже названныхъ нами выше юристовъ, въ качествѣ также смѣшивающихъ (или даже отождествляющихъ) сервитутные иски съ исками

*) К. Анненковъ, говоря объ искахъ о правѣ участія частнаго, неоднократно (на стр. 80—85 назван. сочиненія) ссылается, между прочимъ, на „Исслѣдованіе о сервитутахъ“ Горюновича. Казалось бы, что можетъ быть общаго между исслѣдованіемъ сервитутовъ (и сервитутныхъ исковъ) и исслѣдованіемъ исковъ о правѣ участія частнаго (въ смыслѣ ст. 29 У. Г. С.)! Однако же, точка соприкосновенія и элементъ общности для обоихъ названныхъ авторовъ нашлись... въ видѣ смѣшенія (и отождествленія) какъ тѣмъ, такъ и другимъ авторомъ,—права участія частнаго съ правомъ угодій!—Въ подтвержденіе сказаннаго, см. еще самого Горюновича—„Журн. гражд. и угол. права“ за 1883 г.,—а въ особенности, кн. X, стр. 99 и слѣд., гдѣ рѣчь идетъ о судебной защитѣ *сервитутовъ*, а дѣлается ссылка на п. 5 ст. 29 У. Г. С.

о правѣ уч. ч., слѣдуетъ привести, едва ли можно въ этомъ сомнѣваться, Малышева, проф. Нефедьева и—во всякомъ случаѣ—проф. Гольмстена.

Но интересно теперь отмѣтить, что и самъ Ал. Гедда, столь категорически требующій, какъ мы видѣли, чтобы право участія частнаго не было смѣшиваемо съ правомъ угодій, въ дѣйствительности, смѣшалъ все-таки оба эти института,—*когда коснулся вопроса объ основаніяхъ возникновенія права участія частнаго*. Именно. Въ цитированной нами выше статьѣ—онъ говоритъ: „право участія частнаго, *какъ известно* *), не можетъ быть подразумѣваемо, но въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно быть обосновано *на законъ, или на договоръ, или на вошедшемъ въ законную силу судебномъ рѣшеніи*“ *). Конечно, это совершенно невѣрно, потому что право участія частнаго, какъ *законное* ограниченіе права собственности, основывается на самомъ дѣлѣ, *исключительно лишь на законъ*, но отнюдь не на договорѣ или судебномъ рѣшеніи. Законъ, договоръ и судебное рѣшеніе дѣйствительно являются основаніями возникновенія, но только не права участія частнаго, какъ такового, а лишь—*права угодій (сервитутовъ)*.

Так. обр., мы видимъ что и Ал. Гедда дѣйствительно *не избѣгъ* (въ данномъ вопросѣ) смѣшенія (и отождествленія) права участія частнаго съ правомъ угодій.

Кстати отмѣтимъ еще, что, по словамъ нашего автора, мнѣніе, будто бы основанія возникновенія права участія частнаго суть законъ, договоръ и судебное рѣшеніе,—„известно“ (= общезвѣстно). Но если это (неправильное) мнѣніе, дѣйствительно, получило столь широкое распространеніе среди нашихъ юристовъ, что сдѣлалось общезвѣстнымъ, то оно обязано этимъ, конечно, главн. образомъ, гражд. кассацион. практикѣ, которая именно учитъ, какъ убѣдимся ниже,—что право участія частнаго основывается либо на законѣ, либо на договорѣ, либо на судебномъ рѣшеніи (см. слѣдующій §).

Поэтому, болѣе чѣмъ вѣроятно, что и Ал. Гедда заимствовали настоящее сужденіе изъ ученія Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената объ основаніяхъ возникновенія права участія частнаго.

Но въ такомъ случаѣ, это превосходный, какъ намъ кажется, примѣръ того (отмѣченнаго нами выше—§ 1) вліянія, которое оказываетъ на нашихъ юристовъ гражд. кассационная практика: даже

*) Курсивъ нашъ.

тогда, когда они пишутъ полемическія теоретическія статьи, явно направленные противъ самой этой практики, они всетаки оказываются не въ состояніи совершенно выйдти изъ сферы ея обаянія и господствованія надъ ихъ умами.

§ 3. Ученіе Гражданскаго Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената объ искахъ о правѣ участія частнаго, и критика этого ученія.

Проф. А. М. Гуляевъ, въ своей брошюрѣ: „Право участія частнаго въ практикѣ Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената“, изд. 2 (1914 г.) приводитъ большое количество рѣшеній Сената, касающихся права участія частнаго и его защиты.

Къ сожалѣнію, однако, этотъ обширный матеріалъ, собранный въ указанной брошюрѣ, не подвергся въ ней „достаточной критической обработкѣ“, *)—въ виду чего настоящій § этой книги и имѣетъ своею ближайшею цѣлью восполнить отмѣченный недочетъ названной работы проф. Гуляева.

Воспользовавшись съ указанною цѣлью имѣющеюся въ брошюрѣ проф. Гуляева коллекціею кассацион. рѣшеній и критически ознакомившись съ содержаніемъ большинства изъ нихъ, мы пришли къ заключенію, что наша гражд. кассационная практика по вопросамъ, касающимся права участія частнаго и его защиты, высказываетъ нижеслѣдующія сужденія:

1. По вопросу о томъ, что есть права участія частнаго—кассацион. рѣшенія проводятъ не одинъ взглядъ, какъ слѣдовало бы ожидать, а два, и притомъ, совершенно различныхъ, по своему содержанію, взгляда: первый,—что права уч. ч. суть „сосѣдскія права“, и второй, что названные права—„сервитутныя“ права.

Такимъ образомъ:

1) Правительствующій Сенатъ характеризуетъ права уч. ч., какъ „сосѣдскія права“ въ слѣдующихъ, напр., кассац. рѣшеніяхъ: 1870 г. № 1793, 1871 г. № 236, 1873 г. № 780, 1902 г. № 126.

а) Рѣш. 1870 г. № 1793 (д. Мельникова съ Ивановымъ): „наши законы допускаютъ извѣстнаго рода ограниченіе правъ пользованія въ видахъ огражденія интересовъ частныхъ или общественныхъ.

*) Слова В. Догадова (см. его статью: „Къ вопросу о защитѣ правъ уч. ч.“ въ „Правѣ“ за 1912 г., № 52, стр. 2867), по поводу статьи проф. Гуляева: „Право участія частнаго въ практикѣ гражд. кас. деп. прав. сената“, напечатанной въ „Вопросахъ Права“ за 1912 г., кн. X.

Къ числу такихъ ограниченій *), установленныхъ съ цѣлью огражденія хозяйственныхъ интересовъ сосѣдей *), относится воспрепятствованіе прирѣчнымъ поземельнымъ владѣльцамъ затоплять мельничными запрудами рѣчной воды въ верху рѣки лежащіе сосѣдніе пашни, луга, и не останавливать дѣйствія ихъ мельницъ (ст. 442 т. X ч. 1)“.

б) Рѣш. 1871 г. № 236 (д. Обрѣзкова съ Яковлевымъ): „на основаніи дѣйствующихъ постановленій гражданскаго права,—право собственности на недвижимое имущество сопровождается извѣстными, опредѣленными закономъ, ограниченіями *). Эти ограниченія права собственности *) правами участія установлены, между прочимъ, съ цѣлью устраненія нарушеній чужой сосѣдней собственности и огражденія ея отъ пожара или отъ стѣсненій въ хозяйственныхъ распоряженіяхъ *). Такимъ образомъ, законъ представляетъ владѣльцу земель, въ верху рѣки лежащихъ, требовать, чтобы сосѣдъ поднятіемъ или запрудою рѣчной воды не затоплялъ его поля, луговъ и не приостанавливалъ дѣйствіе его мельницы, чтобы сосѣдъ не пристраивалъ къ стѣнѣ его дома поварни и печей, не дѣлалъ оконъ и дверей въ брандмаурѣ, отдѣляющемъ кровли смежныхъ зданій и т. п. (ст. 442, 444—451 т. X ч. 1)“.

в) Рѣш. 1873 г. № 780 (д. Лапудева съ Инсарскимъ): „изъ смысла ст. ст. 442—451 т. X ч. 1 оказывается, что законъ ограничиваетъ *) право собственности правами участія частнаго, устанавливая ихъ въ пользу сосѣдей *) недвижимыхъ имуществъ, ибо въ нѣкоторыхъ случаяхъ собственникъ недвижимаго участка не иначе можетъ извлекать изъ него пользу, осуществлять свое право собственности, какъ съ ограниченіемъ права собственности сосѣда, такъ, напр.: если дача окружена поземельными участками, принадлежащими другимъ лицамъ, и нѣтъ возможности проѣхать на дачу, какъ только чрезъ чужіе участки, то хозяева поземельныхъ участковъ, на основ. ст. 448, 449, 450 и 451 т. X ч. 1, обязаны допустить проходъ, проѣздъ и прогонъ скота на водопой чрезъ свои дачи, а гдѣ нѣтъ для этого дорогъ, то законъ (ст. 450) требуетъ отводить таковыя вновѣ“.

г) Рѣш. 1902 г. № 126 (д. Гусева съ городомъ Ростовомъ на Дону): „правило, что никто не отвѣчаетъ за дѣйствія, совершенныя въ предѣлахъ своего права, не можетъ быть понимаемо въ

*) Курсивъ нашъ.

томъ смыслѣ, будто смежныя и вообще сосѣдніе владѣльцы земель-ныхъ участковъ вольны располагать ими, какъ заблагоразсудятъ, не принимая ни въ какое вниманіе интересовъ другъ друга. *Немыслимо было бы общежитіе безъ права сосѣдства, — безъ обязанности сосѣдей взаимно поступаться неограниченностью своего обладанія* *). На этомъ зиждятся и законы, а именно нѣкоторыя изъ постановленій о правѣ участія частнаго. Такъ, и на своей землѣ нельзя поднимать рѣчную воду, если этимъ причиняется вредъ сосѣду (зак. гр. ст. 442 п. 1), нельзя пристраивать поварню и печь къ стѣнѣ дома сосѣда, обращать на сосѣдній дворъ скать своей кровли (ст. 445) и т. д. Законъ далеко не исчерпываетъ всѣхъ ограниченій, налагаемыхъ сосѣдскимъ правомъ, но существующія постановленія *обобщаются* ихъ общимъ *основаніемъ*, которое слѣдуетъ выразить такимъ положеніемъ: никто не свободенъ пользоваться своимъ правомъ такъ, чтобы лишать другого возможности пользоваться *его* правомъ" и т. д. и т. д.

Прав. Сенатъ, излагая въ приведенныхъ рѣшеніяхъ конкретное содержаніе отдѣльныхъ правъ участія частнаго, вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣляетъ ихъ, какъ „извѣстныя, опредѣленныя закономъ, ограниченія“, какъ „ограниченія, установленныя съ цѣлью огражденія хозяйственныхъ интересовъ сосѣдей“ и т. п. и т. п.

Но, какъ мы уже упоминали, онъ высказываетъ въ нѣкоторыхъ своихъ кассацион. рѣшеніяхъ также совершенно *другой* взглядъ на существо правъ уч. частнаго. А именно:

2) Прав. Сенатъ характеризуетъ права участія частнаго, какъ „сервитутныя права“ въ нижеслѣдующихъ, напр., кассацион. рѣшеніяхъ: 1871 г. № 660, 1873 г. № 604, 1899 г. № 74, 1910 г. № 8.

а) Рѣш. 1871 г. № 660 (д. Яковлева съ Максимовымъ): „искковое требованіе Яковлева, имѣвшее своимъ предметомъ ходатайство о возстановленіи его права на *пользованіе водою изъ криницы* *), находящейся на чужой землѣ *), составляло не искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія недвижимою собственностью, а искъ о возстановленіи его права на *участіе въ выгодахъ чужого имущества; иски же сего рода, т. е. о правѣ участія частнаго, по 5 п. 29 ст. Уст. Гражд. Судопр.* *), подлежать вѣдомству мировыхъ судебныхъ установленій, когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года“. Прав. Сенатъ называетъ упоминаемый въ этомъ рѣшеніи *водный сервитутъ—s. aquaeductus*

*) Курсивъ нашъ.

tus—правомъ участія частнаго, искъ же объ этомъ (сервитутномъ) правѣ—искомъ о правѣ участія частнаго—„по 5 п. 29 ст. Уст. Гражд. Судопр.“. Сказанное даетъ основаніе заключить, что Прав. Сенатъ не въ достаточной мѣрѣ различаетъ право участія частнаго и иски объ этомъ правѣ отъ права угодій и исковъ о немъ.

б) Рѣш. 1873 г. № 604 (д. крестьянъ сельца Обуховки съ Апраксинными): „право берегового владѣльца прудить воду *въ мельничной плотинѣ, примкнутой къ чужому берегу* *), составляетъ право участія частнаго, о коемъ упоминается въ 442, 443 и 444 ст. т. X ч. 1, а споры о нарушеніи этого права, по 5 п. 29 ст. Уст. Гр. Суд., подвѣдомы мировымъ судьямъ во всѣхъ случаяхъ, когда со времени нарушенія его прошло не болѣе года“. Право примычки плотины, упоминаемое ст. ст. 443 и 444 т. X ч. I, есть, очевидно, сервитутъ (изъ категорій сервитутовъ „*встройки*“); споры о нарушеніи этого сервитутнаго права *какъ разъ неподвѣдомы мировымъ судьямъ — по 5 п. 29 ст. Уст. Гражд. Суд.*, ибо п. 5 ст. 29 этого Устава ссылается лишь на 442 ст. и 445—451 ст. ст. т. X ч. 1, *но именно не на ст. ст. 443 и 444.* Уже одно это обстоятельство, казалось бы, могло до извѣстной степени предостеречь отъ отождествленія сервитутныхъ исковъ съ тѣми исками о правѣ уч. ч., кои имѣютъ въ виду п. 5 ст. 29 Уст. Гр. Суд. *Но Сенатъ, какъ видимъ, допустилъ указанное отождествленіе.*

в) Рѣш. 1899 г. № 74 (д. Бѣльской съ Федоровичъ): „въ искахъ о правѣ участія частнаго истецъ защищаетъ... принадлежащее ему право пользованія въ выгодахъ чужого имѣнія. Здѣсь истецъ обвиняетъ отвѣтчика... въ томъ, что отвѣтчикъ не подчиняется установленнымъ въ самомъ законѣ или договорѣ въ пользу истца ограниченіямъ въ принадлежащемъ отвѣтчику правѣ собственности на его имѣніе; что будучи обязанъ въ силу этихъ ограниченій терпѣть и допускать чужое участіе въ пользованіи выгодами его имѣнія, или не совершать извѣстныхъ дѣйствій, не совмѣстныхъ съ *правомъ сосѣдства* *), отвѣтчикъ не подчиняется этимъ ограниченіямъ. Требованіе истца въ этихъ случаяхъ должно заключаться... въ понужденіи отвѣтчика воздержаться отъ нѣкоторыхъ дѣйствій въ распоряженіи принадлежащимъ ему имѣніемъ, или допускать извѣстныя дѣйствія со стороны хозяина того имѣнія,

*) Курсивъ нашъ.

относительно кого имѣніе отвѣтчика находится въ служебномъ положеніи,—обременено *сервитутомъ* *) (442, 445—448 ст. 1 ч. X т.). *Итакъ, съ т. зр. Сената, права участія частнаго (= права сосѣдства) и сервитуты суть, очевидно, понятія равнозначущія.*

г) Рѣш. 1910 г. № 8 (д. Солтанова съ крестьянами с. Иодегальве): „буквальный смыслъ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд., опредѣляющаго подвѣдомственность мировому судѣ „исковъ о правѣ участія частнаго (зак. гражд. ст. 442, 445—451), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года“, не возбуждаетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что подвѣдомственность исковъ о правѣ участія частнаго обусловливается наличностью нарушения этого права и предъявленія иска до истечения года со времени нарушенія. Въ примѣненіи къ *сервитуту* *), установленному въ ст. 448 и слѣд. т. X ч. 1 о правѣ прохода и проѣзда владѣльца чрезъ постороннія дачи къ своему угодию, нарушение права участія частнаго предполагаетъ, что до нарушения владѣлецъ пользовался правомъ прохода и проѣзда“ и т. д. и т. д. И въ этомъ рѣшеніи—*Сенатъ называетъ право участія частнаго, предусмотрѣнное ст. 448 и слѣд. т. X ч. 1, сервитутомъ и безъ достаточнаго основанія отождествляетъ право на „необходимую дорогу“, являющееся видомъ сосѣдскаго права, съ дорожнымъ сервитутомъ.*

Таковы сужденія (противорѣчивыя, какъ мы видѣли, по своему содержанію) Прав. Сената объ юридической природѣ правъ участія частнаго и ихъ защитѣ.

II. По вопросу о томъ,—каковы основанія возникновенія правъ участія частнаго, Прав. Сенатъ даетъ, напротивъ, вполне опредѣленный отвѣтъ: основаніями возникновенія правъ участія частнаго являются (говоритъ онъ) *законъ или договоръ, или судебное рѣшеніе.* Такъ, напр., въ рѣш. 1910 г. № 9 (д. Смирновой съ Христофоровой) имъ было высказано слѣдующее: „подъ понятіемъ права участія частнаго въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества законъ, какъ показываютъ статьи 433 и 442—451 т. X ч. 1, разумѣетъ извѣстныя ограниченія права собственности, установленныя исключительно въ пользу сосѣдей. Право это, по *неоднократнымъ* *) разъясненіямъ Правительствующаго Сената устанавливается *или закономъ, или договорнымъ соглашеніемъ,*

*) Курсивъ нашъ.

или силою судебного рѣшенія *) (рѣш. 1876 г. № 503, 1887 г. № 30, 1893 г. № 90 и др.)“. Ср. рѣш. 1910 г. № 81 (д. Петрова съ обществомъ Рязанско-Уральской желѣзной дороги): „относительно ограниченій права собственности и стѣсненія его правомъ постоянного участія въ выгодахъ имѣнія, Правительствующимъ Сенатомъ въ *многочисленныхъ рѣшеніяхъ* *) разъяснялось, что такія ограниченія, являясь изъятіемъ изъ общаго правила о полнотѣ права собственности, должны быть основаны на точномъ смыслѣ закона *или договорнаго соглашенія* *) и подразумѣваемы быть не могутъ (рѣш. Сен. 1876 г. № 152, 1885 г. № 125, 1887 г. 107, 1890 г. № 76, 1893 г. № 90, 1894 г. № 107, 1905 г. № 38 и др.)“.

Эти свидѣтельства Прав. Сената (объ основаніяхъ возникновенія правъ участія частнаго) имѣютъ весьма существенное значеніе для *окончательнаго* установленія его взгляда на названныя права,—или, говоря другими словами,—для выясненія того, который взглядъ (изъ двухъ разсмотрѣнныхъ нами выше) на существо правъ уч. ч. и ихъ защиты всетаки преобладаетъ и по преимуществу проводится въ кассацион. рѣшеніяхъ. Дѣло въ томъ, что если Прав. Сенатъ по вопросу о томъ, *что есть права у. ч.* (п. I), какъ бы колеблется (какъ мы видѣли) въ выборѣ между *двумя* теоріями о правахъ участія частнаго: теоріею сосѣдскихъ правъ и сервитутною теоріею, то по настоящему вопросу (объ основаніяхъ возникновенія правъ у. ч.) онъ, напротивъ, какихъ либо колебаній уже не обнаруживаетъ, категорически и опредѣленно высказываясь *въ духъ одной теоріи, а не двухъ: сервитутной теоріи, но отнюдь не теоріи сосѣдскихъ правъ.*

По этому поводу нельзя не прійти къ такому заключенію:

Кто во-истину исповѣдуетъ взглядъ, что права участія частнаго суть *законныя* ограниченія (въ пользу сосѣдей), тотъ—оставаясь вѣрнымъ этой своей *profession de foi*—на вопросъ: каковы основанія возникновенія правъ у. ч.,—можетъ (и долженъ) отвѣтить *только* въ томъ смыслѣ, что основаніе возникновенія этихъ правъ есть *единственное:* законъ. Если же Прав. Сенатъ находитъ, напротивъ, что права у. ч. устанавливаются или закономъ, или силою договора и т. п., то изъ этого явствуетъ съ очевидностью только одно, что онъ *въ своихъ выводахъ изъ основныхъ положеній о правѣ уч. ч. и его защитѣ, во всякомъ случаѣ, оконча-*

*) Курсивъ нашъ.

тельно порываетъ съ теорією сосѣдскихъ правъ и слѣд. вполне опредѣленнымъ образомъ становится, въ концѣ концовъ, на сторону именно сервитутной теоріи. И если далѣе проф. А. М. Гуляевъ въ названной выше брошюрѣ, примкнувъ (надо думать) къ мнѣнію Прав. Сената объ основаніяхъ возникновенія правъ уч. ч. *), находитъ, что „право участія частнаго возникаетъ не только изъ договора, но и вообще изъ юридическаго волеизъявленія, устанавливающаго отношенія права участія частнаго“, а значитъ—и изъ сдѣлки на случай смерти, т. е. *духовнаго завѣщанія*,—то въ этомъ сужденіи проф. Гуляева надлежитъ видѣть, само собою разумѣется, лишь дальнѣйшее развитіе и укрѣпленіе сервитутной теоріи Прав. Сената о правахъ участія частнаго. Ибо, какъ извѣстно изъ учебниковъ пандектнаго права, сервитуты устанавливаются: а) закономъ, б) договоромъ, в) *духовнымъ завѣщаніемъ*, г) судебнымъ рѣшеніемъ и, наконецъ, д) давностью.

Правда, Прав. Сенатъ (а за нимъ и проф. Гуляевъ, назван. брошюра, стр. 44—45 **) не только не признаетъ того, чтобы права уч. ч. могли устанавливаться также *давностью*, но, наоборотъ, даже прямо исключаетъ ее (давность) изъ числа основаній возникновенія этихъ правъ! Но замѣтимъ, что именно по *русскому праву* (въ противоположность римскому праву), „по давности сервитуты не возникаютъ“ ***—****). Слѣд., и это исключеніе Прав. Сенатомъ давности изъ числа основаній возникновенія правъ участія частнаго отнюдь нельзя истолковывать въ смыслѣ какого-либо расхожденія его (въ ученіи объ этихъ правахъ) съ сервитутной теоріей, но, наоборотъ, это неуказаніе Прав. Сенатомъ давности среди осно-

*) Только ссылку Сената „на судебное рѣшеніе, какъ на основаніе права участія частнаго“, проф. Гуляевъ признаетъ неудачною: „такъ какъ судебное рѣшеніе вообще не можетъ быть признано за самостоятельное основаніе матеріальнаго права“ (назван. брошюра, стр. 42).

**) На этихъ страницахъ брошюры проф. Гуляева цитируются относящіяся сюда рѣшенія Прав. Сената (о томъ, что возникновеніе правъ участія частнаго въ силу давности—невозможно).

***). Проф. В. И. Синайскій, Русское гражд. право. Вып. I, 1914 г. стр. 286.

****) Ср. проф. Щершеневичъ, Учебникъ русскаго гражд. права, 10-ое изд. 1912 г. стр. 365: „наше законодательство считаетъ важнѣйшимъ основаніемъ установленія сервитутовъ давность—не въ видѣ опредѣленнаго срока пользованія, за истеченіемъ котораго фактъ превращается въ право, а въ видѣ признанія незапамятной продолжительности отношенія“.

ваній возникновенія правъ уч. ч. является скорѣе даже подтвержденіемъ того, насколько онъ послѣдователенъ въ своемъ обсужденіи этихъ правъ, съ т. зр. именно догмы русскаго права о сервитутныхъ правахъ.

Признаніе (и даже, можно сказать, торжество) сервитутной теоріи усматривается въ сужденіяхъ Прав. Сената не только по вопросу объ основаніяхъ возникновенія правъ участія частнаго, но и по другимъ еще вопросамъ, относящимся къ ученію объ этихъ правахъ. Напр., также,—

III. По вопросу о томъ, *тождественны-ли (или не тождественны) права участія частнаго правамъ угодій*.

Терминъ: „права угодій“ обозначаетъ, какъ извѣстно, въ нашемъ законодательствѣ „сервитуты“.

А такъ какъ Прав. Сенатъ обнаруживаетъ въ своихъ рѣшеніяхъ, какъ мы убѣдились, *очевидную тенденцію* къ смѣшенію (и даже къ отождествленію) правъ участія частнаго съ сервитутами, то нисколько неудивительно, что сужденія его по настоящему вопросу—также *явно сбивчивы*.

Конечно, было бы *наивно ожидать*, чтобы Прав. Сенатъ провозгласилъ принципъ тождества правъ участія частнаго правамъ угодій (сервитутамъ)—совершенно прямо и безусловно; само собою разумѣется, что онъ никакъ не могъ бы допустить, чтобы это явное заблужденіе было бы выражено имъ въ столь откровенномъ видѣ!

Ибо, несомнѣнно,—одно: опредѣлять либо характеризовать только права участія частнаго, какъ сервитутныя права или даже примѣнять въ отношеніи къ нимъ нѣкоторыя (только нѣкоторыя) положенія (выводы), заимствованныя изъ ученія о сервитутахъ. И совершенно другое: просто признать тождественность этихъ правъ! Первое происходитъ какъ бы само собою, дѣлается болѣе или менѣе случайно, несознательно и безотчетно. Но сказать то же о второмъ—нельзя: для простого признанія тождественности правъ уч. ч. правамъ угодій требовалось бы уже наличіе и полного непониманія существа тѣхъ и другихъ правъ, и крайней прямолинейности, и большей „злой воли“, направленной къ смѣшенію (и отождествленію) этихъ разныхъ правовыхъ понятій.

Ничего, поэтому, нѣтъ удивительнаго въ томъ, что Прав. Сенатъ, несмотря на свою, описанную уже нами выше, такъ сказать, „сервитутную“ тенденцію, отвѣчаетъ на настоящій вопросъ въ рядѣ

своихъ рѣшеній—въ отрицательномъ смыслѣ. Именно, онъ проводить въ рѣш. 1876 г. № 565 и 1890 г. № 106 строгое и принципиальное различіе между исками о правѣ уч. ч. и исками о правѣ угодій, опредѣленно высказываясь въ томъ смыслѣ, что иски о правѣ угодій (въ противоположность искамъ о правѣ уч. ч.) не подвѣдомственны мировымъ судьямъ *).

И вотъ наши комментаторы Устава гражд. судопр. **) ссылаются *единодушно и традиціонно* — и, какъ кажется, исключительно лишь на указанныя кассацион. рѣшенія—для доказательства того, что наша гражд. кассационная практика, дѣйствительно, проводитъ различіе между исками о правѣ участія частнаго и исками о правѣ угодій.

Но эти кассац. рѣшенія на самомъ дѣлѣ не единственные. Не трудно, дѣйствительно, видѣть, что имѣются и такія кассац. рѣшенія Сената, въ коихъ говорится уже *какъ разъ обратное тому*, что содержится въ тѣхъ рѣшеніяхъ. Въ виду этого приведенное утвержденіе комментаторовъ Устава гражд. суд. нельзя признать вполне точнымъ.

Уже Ал. Гедда (въ цитированной выше статьѣ) отмѣчалъ, что „на практикѣ эти иски смѣшиваются“, и въ качествѣ примѣра, приводилъ рѣшеніе Прав. Сената 1872 г. № 800, въ которомъ „споръ о томъ, имѣли-ли право собственникъ окопать канавами землю, на которой и другія лица имѣли право пастыби скота, признанъ споромъ о правѣ участія частнаго, относящимся къ вѣдомству мировыхъ судей. Между тѣмъ, право пастыби скота на чужой землѣ есть (говорилъ Ал. Гедда), несомнѣнно, право угодій, а не право участія частнаго и не можетъ быть защищаемо искомъ на основаніи 5 п. 29 ст. уст. гр. суд.“.

Въ качествѣ примѣровъ смѣшенія (и отождествленія) Правительствующимъ Сенатомъ искомъ о правѣ участія частнаго съ

*) Напр., въ рѣш. 1876 г. № 565 сказано: „на осн. 5 п. 29 ст. у. гр. суд. иски о правѣ участія частнаго (ст. 442 и 445—451 т. X ч. I) подлежатъ вѣдомству мировыхъ судей, когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года; но искъ Добровольской, по своему содержанию, имѣетъ предметомъ не право участія частнаго, въ означенныхъ статьяхъ упоминаемаго, а право угодій въ чужомъ имуществѣ (ст. 452 и 463 зак. гражд.), каковое право къ вѣдомству мировыхъ судей не отнесено“.

**) См. изданія этого Устава Боровиковскаго, Гордона, Тютрюмова и друг.

исками о правѣ угодій можно привести еще рѣш. 1882 г. № 104 и 1886 г. № 19 *).

Обращаемся теперь къ критическому обзору сужденій, высказываемыхъ Прав. Сенатомъ по вопросу, насъ ближайшимъ образомъ интересующему, а именно—

IV. По вопросу о томъ, *какова юридическая природа и въ чемъ вообще сущность искомъ о правѣ участія частнаго?* Касаясь этого вопроса, необходимо различать прежнюю судебную практику отъ послѣдующей (и нынѣшней). Дѣло въ томъ, что наша кассационная практика на первыхъ порахъ своей дѣятельности считала, что въ искахъ о правѣ у. ч. „мировому судѣ надлежитъ лишь установить *фактъ* участія частнаго, не входя въ разсмотрѣніе вопроса о правѣ истца на таковое участіе (71/4, 71/1117 и др.)“ **—***).

*) Въ послѣднемъ изъ этихъ рѣшеній, между прочимъ сказано: „въ рѣшеніи Сената 1882 г. № 104 было уже разъяснено, что общее право помѣщика и крестьянъ на пастыбу скота по толокамъ, установленное Высочайше утвержденнымъ положеніемъ 4-го апрѣля 1865 г., по существу своему, составляетъ право участія частнаго въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества, которое должно быть охраняемо мировыми судебными установленіями, въ силу 5 пунктъ 29 ст. уст. гр. суд.“.

**) Высочайше учр. ком. для пересмотра законоположеній по судебн. части. Объяснит. записка къ проекту новой редакціи Уст. гражд. судопр. 1900 г. т. III, стр. 10.

***) Рѣш. 1871 г. № 4: „Маіоръ Заика, не отрицая того, что означенная дорога дѣйствительно существовала съ 1852 г., отвергалъ право истцовъ пользоваться оною, на томъ основаніи, что земля, по которой она проложена, составляетъ его собственность, и что до 1852 г. ко дворянъ казаковъ Заикъ вела другая дорога. Изъ такого содержанія исковаго требованія и возраженій видно, что въ дѣлѣ семь шель споръ о правѣ участія въ чужомъ имѣніи, и что посему Мировому Съѣзду въ силу точнаго смысла 5 п. 29 ст. Уст. Гр. Суд., надлежало установить лишь *фактъ* (курсивъ нашъ) о томъ, дѣйствительно ли истцы пользовались правомъ прохода и проѣзда по землѣ отвѣтчика и не истекъ ли опредѣленный приведеннымъ закономъ срокъ со времени нарушенія этого права отвѣтчикомъ“. Рѣш. 1871 г. № 1117: „Кишиневскій Мировой Съѣздъ въ семь дѣлъ не нарушилъ смысла законовъ гражданскаго права, которыми опредѣляется право участія частнаго, ниже правилъ судопроизводства, устанавливающихъ подсудность гражданскихъ споровъ мировымъ судебнымъ установленіямъ, потому что Мировой Судья правильно принялъ къ своему разсмотрѣнію искъ Спивакова, который, имѣлъ ли онъ предметомъ возстановленіе владѣнія или участія частнаго спорнымъ проходомъ, нарушенныхъ Гольдштейномъ, какъ призналъ Мировой Судья, не болѣе какъ за полтора мѣсяца до предъявленія Спиваковымъ своего иска, безразлично подлежалъ вѣдомству Мирового Судьи, на основаніи или 4, или

Но впоследствии Правительствующий Сенат коренным образом изменил свой взгляд на значение исков о правъ уч. ч. Таким образом, по новой его интерпретации, названные иски являются уже не-исками о защитѣ *фактическаго обладанія*, подобно искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія — какового взгляда однако Сенатъ держался (какъ мы сейчасъ сказали) прежде, — но именно исками о *правѣ, о самомъ правѣ* и т. п.

Уставъ однажды на эту точку зрѣнія, Сенатъ, какъ кажется, уже не сходитъ съ нея болѣе, но постоянно проводитъ указанный взглядъ на иски о правѣ у. ч., какъ иски именно о правѣ — во многихъ своихъ кассацион. рѣшеніяхъ.

Приведемъ примѣры. Въ рѣш. 1875 г. № 278 (д. Фелькнеръ съ Волчковой) читаемъ: „частное участіе въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества тогда только признается законнымъ, когда оно установлено или силою положительнаго закона, или же соглашеніемъ съ собственникомъ имѣнія, выразившимся въ договорѣ или иномъ законномъ актѣ; не вытекая же ни изъ одного изъ указанныхъ основаній, оно не подлежитъ и охраненію правительственной власти, какъ самоуправное... на основаніи же 5 пункта 29 ст. уст. гр. суд. подлежатъ разбирательству мировыхъ судей иски о правѣ участія частнаго (ст. 442, 445—451 т. X ч. 1), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года; но особаго правила о томъ, какія обстоятельства долженъ мировой судья принимать въ соображеніе при разбирательствѣ исковъ о возстановленіи нарушеннаго права участія частнаго, въ уставѣ гражданскаго судопроизводства не постановлено. Отсутствие въ этомъ уставѣ такого правила, которое стѣсняло бы мирового судью въ оцѣнкѣ письменныхъ доказательствъ, удостоверяющихъ законность того права участія въ выгодахъ чужаго имущества, о возстановленіи котораго истецъ проситъ, въ связи съ

5 п. 29 ст. Уст. Гр. Суд., и потому, что Мировой Судья и Съездъ, *не постановивъ въ своемъ рѣшеніи о самомъ правѣ* (курсивъ нашъ) Спивакова на спорный проходъ черезъ молитвенный домъ, возстановили только для Спивакова то *практическое сообщеніе* (курсивъ нашъ), которымъ онъ, какъ признали Мировой Судья и Съездъ, пользовался до устройства Гольдштейномъ забора со стороны Харламовской улицы, и засимъ Мировой Съездъ *не лишилъ спорящихъ сторонъ возможности разобратъся о правѣ на участіе частное по проходу черезъ дворъ еврейскаго молитвеннаго дома по подсудности сего спора* (ст. 212 Уст. Гр. Суд.), *если онъ за рѣшеніемъ Съезда еще возникаетъ, судомъ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ*“ (курсивъ нашъ).

сдѣланною въ 5 пунктѣ 29 ст. уст. гр. суд. ссылкою на статьи 442, 445—451 св. зак. гр., въ коихъ именно упоминаются закономъ установленныя ограниченія права собственности посторонними правами (пользованія водою, сосѣдства, прохода и проѣзда), приводитъ къ заключенію, что въ искахъ о правѣ участія частнаго образъ дѣйствія мирового судьи долженъ быть существенно различенъ отъ того приѣма, котораго онъ обязанъ держаться по смыслу 73 ст. уст. въ дѣлахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Различіе это состоитъ въ томъ, что въ дѣлахъ послѣдняго рода мировому судью надлежитъ установить только фактъ владѣнія и время его нарушенія; въ спорѣ же о правѣ участія частнаго судья недостаточно удостовѣриться въ томъ, что истецъ пользовался извѣстными выгодами чужаго имѣнія и лишился оныхъ не далѣе, какъ за годъ до начатія дѣла, но слѣдуетъ еще убѣдиться и въ томъ, что таковое пользованіе не было ни самовольнымъ, ни случайнымъ, но утверждалось *на правѣ* *), установленномъ силою закона или приобретенномъ отъ собственника законнымъ способомъ“. См. еще рѣшенія за тотъ же 1875 г. № 616 (д. Черникова съ Каменевымъ) и № 941 (д. кн. Лопухина-Демидова съ крестьянами села Таращи)

Возьмемъ еще примѣръ. Рѣш. 1899 г. № 74 (д. Бѣльской съ Федоровичъ): „въ искахъ о правѣ участія частнаго истецъ защищаетъ не фактъ владѣнія своимъ имѣніемъ, а принадлежащее ему *право* *) пользованія въ выгодахъ чужаго имѣнія. Здѣсь истецъ обвиняетъ отвѣтчика... въ томъ, что отвѣтчикъ не подчиняется установленнымъ въ самомъ законѣ или въ договорѣ въ пользу истца ограниченіямъ въ принадлежащемъ отвѣтчику правѣ собственности на его имѣніе... Требованіе истца въ этихъ случаяхъ должно заключаться... въ понужденіи отвѣтчика воздержаться отъ нѣкоторыхъ дѣйствій въ распоряженіи принадлежащимъ ему имѣніемъ, или допускать въ ономъ извѣстныя дѣйствія со стороны хозяина того имѣнія, относительно коего имѣніе находится въ служебномъ положеніи, — обременено *сервитутомъ* *) (442, 445—448 ст. I ч. X т.). *Изъ всего вышеизложеннаго слѣдуетъ, что... въ искахъ по 5 п. ст. 29 уст. гр. суд. требованія истца направлены... къ охранѣ правъ, принадлежащихъ ему въ чужомъ имѣніи*“.

Итакъ, мы видимъ, что Сенатъ сперва пытался конструировать иски о правѣ участія частнаго, какъ иски о фактѣ, т. е. какъ посессорные (владѣльческіе) иски, но что затѣмъ онъ изменилъ свой

*) Курсивъ нашъ.

взглядъ на нихъ, порѣшивъ, что названные иски суть иски не о фактѣ, а о самомъ правѣ,—петиторные иски.... Но въ чемъ Сенатъ, повидимому *никогда* не сомнѣвался, такъ это въ томъ, что иски о правѣ уч. ч. суть именно *вещные* (а отнюдь не какіе-нибудь другіе, не-вещные) иски. По крайней мѣрѣ, мы не нашли (въ прочитанныхъ нами сенатскихъ рѣшеніяхъ), хотя бы нѣкотораго, слабаго хотя бы, намека на существованіе у Сената сомнѣній на этотъ счетъ. И далѣе. Сенатъ не разъ въ своихъ рѣшеніяхъ (напр.: въ рѣш. 1875 г. № 278, № 616, 1899 г. № 74) сопоставлялъ иски, упоминаемые въ 5 пунктѣ 29 ст. уст. гр. суд. съ исками, предусмотрѣнными 4 пунктомъ той же статьи *). Это, допускаемое Сенатомъ, сопоставленіе тѣхъ и другихъ исковъ, въ связи съ диллемою, въ предѣлахъ которой Сенатъ, какъ мы видѣли, обсуждалъ (и обсуждаетъ) вопросъ о существѣ нашихъ исковъ: иски о правѣ у. ч. либо иски о фактѣ, либо иски о самомъ правѣ,—на нашъ взглядъ, весьма характерно, и вотъ въ какомъ отношеніи:

Иски, называемые п. 4 ст. 29 уст. гр. суд., направлены (какъ извѣстно) на защиту *владѣнія самою вещью*. Можно думать, что если бы п. 5 ст. 29 уст. гр. суд. имѣлъ въ виду также иски, направленные на защиту *владѣнія*, то это были бы иски, цѣлью коихъ была бы защита владѣнія, конечно, уже не вещью (какъ при наличіи подлинныхъ владѣльческихъ исковъ), но — владѣнія *правомъ*, такъ что иски о правѣ участія частнаго оказались бы тогда собственно не владѣльческими, а *квази-владѣльческими* исками. А изъ догмы римскаго права извѣстно, что понятіе: владѣніе правомъ (*juris possessio*), въ сущности, цѣликомъ совпадаетъ съ понятіемъ: владѣніе *сервитутнымъ* правомъ. Владѣніе правомъ, квази-владѣніе можно назвать, говорить Дернбургъ, „и сервитутовладѣніемъ, такъ какъ въ Римѣ значеніе владѣнія правомъ имѣло лишь владѣніе сервитутомъ“ **—***).

*) Имѣемъ въ виду, конечно, прежнюю редакцію статьи 29 уст. гр. суд.

**) Дернбургъ, Пандекты, т. II ч. I, § 190 (русск. пер.).

***) Только „каноническое право распространило владѣніе правомъ далеко за предѣлы, установленные римскимъ правомъ“ (Дернбургъ, Пандекты, т. II, ч. I, § 191). Благодаря ему, „на ряду съ владѣніемъ вещами и сервитутами появилось владѣніе вещными повинностями, правами епископа, архидіакона, аббата, правомъ избирать епископа, правомъ носить передъ собою крестъ, взимать десятину, правомъ супружества“ (Васьковскій, Учебникъ гражд. права, вып. II, стр. 25). „Осталось только спорнымъ вплоть до XVIII столѣтія, можно ли примѣнять владѣльческую защиту и къ обязательствамъ“ (Баронъ, Система римск. гражд. права § 173). Однако, со

Все сказанное даетъ, думается намъ, основаніе допустить, что Сенатъ, ставя себѣ вопросъ: признавать ли иски о правѣ участія частнаго исками о фактѣ (квази-поссессорными исками), или же считать ихъ исками о самомъ правѣ,—въ сущности говоря, разумѣтъ въ формулѣ этого вопроса, подъ исками о правѣ у. ч., не подлинные иски о правѣ у. ч., а иски совершенно другого порядка,—иски о сервитутномъ правѣ. Рѣшая же настоящій вопросъ въ томъ смыслѣ, что иски о правѣ у. ч. суть иски о самомъ правѣ (подр. сервитутномъ), Сенатъ проявляетъ, несомнѣнно, те идеи (можетъ быть, не замѣтную даже для самого себя) къ отождествленію этихъ исковъ съ сервитутными исками (*actiones confessoriae*) *).

Таково, въ общемъ, ученіе Правительствующаго Сената о правахъ участія частнаго и ихъ защитѣ. Признать это ученіе правильнымъ—невозможно уже просто потому, что оно трактуетъ, въ сущности говоря, не о томъ, о чемъ должно было бы трактовать,—не о правахъ уч. ч. и не объ искахъ о правѣ у. ч., *какъ явленіяхъ совершенно sui generis*,—но о сервитутахъ и сервитутныхъ искахъ. Правда, Правительствующій Сенатъ, повидимому, всегда готовъ указать и даже повторить, что права у. ч. суть „права сосѣдства“ „извѣстныя, опредѣленные закономъ, ограниченія“, „ограниченія, установленныя съ цѣлью огражденія хозяйственныхъ интересовъ сосѣдей“ и etc. etc., но эти заявленія Прав. Сената оказываются, къ сожалѣнію, не имѣющими значенія *въ дѣлѣ созданія имѣ общаго ученія о правахъ у. ч. и ихъ защитѣ*. Ибо Прав. Сенатъ, какъ мы видѣли, высказываетъ общія сужденія по вопросамъ, вродѣ: каковы основанія возникновенія правъ у. ч.? тождественны ли права у. ч. съ правами угодій? въ чемъ—сущность исковъ о правѣ у. ч.? — постоянно исходя изъ основныхъ положеній, несомнѣнно, сервитутной теоріи, а не теоріи сосѣдскихъ правъ.

Или, говоря другими словами, Прав. Сенатъ въ кассацион. рѣшеніяхъ, касающихся правъ у. ч., на самомъ дѣлѣ развиваетъ

времени Савиньи возникла „благодарная реакція“ (слова Барона) „противъ этого чрезмѣрнаго и неоправдываемаго никакими интересами распространенія“ (тамъ же), и благодаря этой реакціи въ XIX вѣкѣ квазивладѣніе (вновь) „было признано возможнымъ *только относительно вещныхъ правъ, и то не всѣхъ*“ (курсивъ нашъ). См. Васьковскій, Учебникъ гражд. права, вып. II, стр. 25.

*) А не съ тѣми *interdicta*, кои примѣнялись въ Римѣ для защиты владѣнія сервитутами.

отнодъ не теорію правъ у. ч. и ихъ защиты, а совершенно иную теорію,—теорію сервитутныхъ правъ и защиты этихъ правъ.

Въ виду всего сказаннаго, мы искали бы въ сенатскихъ рѣшеніяхъ, конечно, вполне тщетно надлежащей конструкции исковъ о правъ у. ч.

Переходимъ теперь къ разсмотрѣнію сужденій нашей законодательной практики объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго.

§ 4. Сужденія нашей законодательной практики объ юридической природѣ исковъ о правѣ или о нарушеніи права участія частнаго,—и критика этихъ сужденій.

Конечно, наибольшій и вполне понятный интересъ должна была бы вызвать попытка выясненія того, что собственно разумѣли подъ исками о правѣ участія частнаго и какъ ихъ конструировали сами составители Судебныхъ Уставовъ 20-го ноября 1864 г. Но не мѣсто касаться этого вопроса въ настоящей—критической—части (глава I) нашей книги. О законодательныхъ мотивахъ къ п. 5 ст. 29 Уст. гражд. судопроизводства 20-го ноября 1864 г. мы скажемъ ниже—въ *созидательной*, такъ сказать, части (глава II и слѣд.) этой книги, при чемъ указанные законодательные мотивы мы положимъ въ самую основу нашей конструкции исковъ о правѣ уч. ч.,—въ качествѣ одного изъ краеугольныхъ камней этой конструкции.

Это—первое, на счетъ чего мы считали необходимымъ оговориться; второе, на что мы почитаемъ своимъ долгомъ также теперь указать, заключается въ слѣдующемъ.

Мы отнодъ не намѣрены изучать и излагать въ этомъ § сколько нибудь полную (а тѣмъ болѣе—исчерпывающую) исторію и характеристику возрѣній, господствовавшихъ у насъ въ Россіи въ законодательныхъ сферахъ и законодательной практикѣ, на иски о правѣ уч. ч.—за все истекшее (недавно) 50-ти лѣтіе со дня изданія Судебныхъ Уставовъ. Наша цѣль—несравненно болѣе скромная: мы желали бы въ настоящемъ мѣстѣ отмѣтить лишь *отдѣльные факты* изъ законодательной практики за указанное время, факты, однако, настолько характерные, что они даютъ намъ полную возможность сдѣлать опредѣленные выводы насчетъ господствовавшихъ и еще нынѣ господствующихъ среди нашихъ законодателей взглядовъ на иски о правѣ у. ч.

Къ числу этихъ фактовъ мы относимъ слѣдующіе:

I. 19-го февраля 1875 г. воспослѣдовалъ законъ „о введеніи въ дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ 20-го ноября 1864 г. въ Царствѣ Польскомъ“ *). Въ ст. ст. 115, 117 и 122 **) изданнаго (тогда-же) по сему поводу Положенія о примѣненіи Судебныхъ Уставовъ 20-го ноября 1864 г. къ Варшавскому судебному округу было сказано:

Ст. 115. Вѣдомству Мирowychъ Судей и Гминныхъ Судовъ подлежатъ:

1) иски по личнымъ обязательствамъ и договорамъ и о движимости цѣною не свыше двухсотъ пятидесяти рублей;

2) иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки, когда количество оныхъ не превышаетъ двухсотъ пятидесяти рублей, или же во время предъявленія иска не можетъ быть положительно извѣстно;

3) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ;

4) *иски о нарушеніи пользованія указанными въ книгѣ второй гражданскаго кодекса сервитутами, когда со времени нарушенія прошло не болѣе года.*

Примѣчаніе. Относительно всякаго рода исковъ и споровъ по сервитутамъ, установленнымъ Высочайшими указами 19 февраля (2 Марта) 1864 года и 28 Октября (9 Ноября) 1866 года имѣютъ быть изданы особыя правила“.

Ст. 117. Вѣдомству Мирowychъ Судей и Гминныхъ Судовъ не подлежатъ:

1) иски о правѣ собственности, а также о *правахъ*: эфитевтическомъ, безсрочной аренды, вѣчно-чиншовомъ, на поверхность или же на пѣдра земли, *на сервитуты*, заставномъ и о всякомъ вещномъ правѣ на недвижимость;

2) иски, сопряженные съ интересомъ казенныхъ управленій, за исключеніемъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія;

3) споры о привилегіяхъ на открытія или изобрѣтенія.

Ст. 122. По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, а равно пользованія сервитутами, Мировой Судья и Гминный Судъ не входятъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостоверяющихъ

*) Полн. Собр. Зак. (54401).

**) См. ст. ст. 1489, 1491 и 1496 Уст. гражд. судопроизводства. См. еще зак. 18-го мая 1882 г. объ измѣн. подсудн. нѣкот. дѣлъ суд. уст. Варшавск. округа.

право на недвижимое имѣніе, по лишь возстанавливаютъ нарушенное владѣніе или *пользованіе*.

Мы видимъ, что на основаніи приведенныхъ статей Положенія о примѣненіи Суд. Уст. 1864 г. къ Варшавскому судебному округу, оказались подвѣдомственными (въ этомъ округѣ) мировымъ судьямъ иски направленные на защиту *владѣнія сервитутами* (т. наз. квазипосессорные иски),—и что, напротивъ, изъ вѣдомства мировыхъ судей были изъяты иски о *правахъ* на сервитуты; при этомъ мировымъ судьямъ было преподано правило, чтобы „по дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго... пользованія сервитутами“ — они „не входили въ разсмотрѣніе документовъ, удостоверяющихъ право на недвижимое имѣніе, но лишь возстанавливали нарушенное пользованіе“ (сервитутами).

При сличеніи статей 115, 117 и 122 этого Положенія со статьями 29, 31 и 73 Устава Гражд. Суд. 20-го Ноября 1864 г. нельзя не придти къ тому заключенію, что не прошло со времени судебной реформы 1864 г. еще и 11-ти лѣтъ, какъ въ самомъ нашемъ законодательствѣ уже явно обнаружилось превратное пониманіе п. 5 ст. 29 Уст. Гражд. Суд. 20-го Ноября 1864 г., вслѣдствіе чего уже въ 1875 г. было допущено, по недоразумѣнію, смѣшеніе (и отождествленіе) правъ уч. ч. съ сервитутными правами и исковъ о правѣ уч. ч. съ исками о нарушеніи пользованія сервитутами *).

*) Благодатною почвою для такого (неправильнаго) отождествленія и смѣшенія правъ уч. ч. (сосѣдскихъ правъ) съ сервитутными правами могла явиться крайне неудачная трактовка тѣхъ и другихъ правъ Гражданскимъ Кодексомъ Наполеона, на II-ю книгу коего ссылался, какъ мы видѣли, п. 4 ст. 115 Положенія о примѣненіи Судебныхъ Уставовъ 20-го Ноября 1864 г. къ Варшавскому судебному округу. Именно. Раздѣлъ IV названной (II) книги Гражданскаго Кодекса Наполеона озаглавленъ (см. изданіе его Б. И. Ставскаго): „О сервитутахъ или повинностяхъ между имѣніями“ (Code civil liv. II, tit. IV: Des servitudes ou services fonciers), а ст. 639 (помѣщенная въ этомъ Раздѣлѣ Гражд. Код.) гласитъ: „Сервитутъ проистекаетъ или изъ естественнаго положенія мѣстностей, или изъ обязательствъ, установленныхъ закономъ, или же изъ соглашеній между самими собственниками“ (Code civil, art. 639: Elle—la servitude—dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires). Согласно съ этимъ, разд. IV кн. II Гражд. Кодекса включаетъ въ себя слѣдующія (три) главы: I-ую „О сервитутахъ, проистекающихъ изъ положенія мѣстности“ (Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux—Cod. civil), II-ую—„О сервитутахъ, устаиовленныхъ закономъ“ (Des servitu-

Если при интерпретаціи тѣхъ и другихъ статей (указанныхъ статей Положенія и Уст. гражд. суд.) отправляться не отъ статей Устава къ статьямъ Положенія (какъ, очевидно, надлежитъ), но идти въ обратномъ направленіи: отъ Положенія къ Уставу,—то пришлось бы, по необходимости, придти къ явно ошибочному выводу, будто бы п. 5 ст. 29 Уст. гр. суд. имѣетъ въ виду *иски, направленные на защиту владѣнія сервитутами*.

Такой неправильный выводъ явился бы лишь слѣдствіемъ сейчасъ нами указанныхъ ошибокъ законодателя, допущенныхъ имъ въ 1875 г. въ названномъ законѣ о введеніи въ дѣйствіе Судебн. Уставовъ 20-го Ноября 1864 г. въ Царствѣ Польскомъ.

II. Эти ошибки вскорѣ были повторены въ нашемъ законодательствѣ,—именно: въ законѣ 28-го Мая 1880 г. „О введеніи мировыхъ судебныхъ установленій въ губерніяхъ: Лифляндской, Эстляндской и Курляндской“ *). Въ ст. ст. 21 и 23 Правилъ о примѣненіи учрежденія мировыхъ судебныхъ установленій въ названныхъ губерніяхъ было сказано:

Ст. 21. Вѣдомству Мироваго Судьи, кромѣ исковъ, указанныхъ въ пунктахъ 1 и 2 статьи 29 Устава Гражд. Судопр., подлежатъ:

1) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (ст. 682—699 част. III Свода мѣстн. узак. губ. Остз.);

2) *иски о нарушеніи пользованія сервитутами* **) въ *des établies par la loi—Cod. civil*) и III-ю—„О сервитутахъ, устанавливаемыхъ по волѣ частныхъ лицъ“ (*Des servitudes établies par le fait de l'homme—Cod. civ.*). Такимъ образомъ, Гражд. Кодексъ объединяетъ, въ качествѣ единаго института, права сосѣдства (и законныя ограниченія собственности) съ сервитутами. Эта французская система не заслуживаетъ одобренія. О *принципіальномъ различіи* правъ сосѣдства отъ сервитутныхъ правъ (въ точномъ смыслѣ ученія о послѣднихъ римскаго права) и о *недопустимости сближенія, объединения или отождествленія исковъ о правѣ уч. ч. съ сервитутными исками* будетъ подробно сказано ниже.

*) Полн. Собр. Зак. (60996).

**) Допущенную въ настоящемъ пунктѣ приведеннаго закона замѣну словъ п-та 5 ст. 29 у. г. с.: „о правѣ уч. ч.“ выраженіемъ: „сервитутами“ (отнюдь не равнозначущимъ этимъ словамъ) тѣмъ труднѣе оправдать, что Сводъ гражд. узакон. губ. Прибалтійскихъ, въ противоположность Гражданскому Кодексу Наполеона, *вполнѣ явственно различаетъ* (а не смѣшиваетъ) права сосѣдства (закон. ограниченія собственности) отъ сервитутовъ. Касаясь тѣхъ и другихъ правъ въ одной и той же (второй) книгѣ („Право вещное“), названный Сводъ посвящаетъ первымъ отдѣленіе 3 разд. III указанной книги („Ограниченія въ правѣ пользованія собственностью“), а вторымъ—разд. IV той же книги („О сервитутахъ“).

движимомъ имуществѣ, когда со времени нарушенія прошло не болѣе года;“ и проч.

Ст. 23. По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и пользованія *сервитутами*, Мировой Судья не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостоверяющихъ право собственности на недвижимое имѣніе или право на сервитутъ къ ономъ, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе или пользованіе.

Приведенныя правила статей 21 и 23 закона 28-го Мая 1880 г. впоследствии были подтверждены статьями 69 и 70 Высочайше утвержденнаго 9-го іюля 1889 г. Положенія о преобразованіи судебной части въ Прибалтійскихъ губерніяхъ *)—**).

III. Если мы перейдемъ теперь отъ законодательства этихъ, давно прошедшихъ, дней (1870-хъ и 1880-хъ гг.) сразу къ законодательству уже недавняго времени, то обнаружимъ также въ немъ удивительный примѣръ смѣшенія (со стороны самого законодателя) правъ участія частнаго съ сервитутами.

Мы имѣемъ въ виду ст. 2 закона 23-го іюня 1912 г. о правѣ застройки: „Установленное на основаніи статьи 1 право, именуемое правомъ застройки, переходитъ по наслѣдству и можетъ быть на время его дѣйствія отчуждаемо какъ добровольно, такъ и съ торговъ, завѣщаемо и обременяемо долгами, а также *правами участія частнаго (сервитутами)*, если на сей послѣдній предметъ въ договорѣ содержится особое разрѣшеніе“ и т. д. На отождествленіе въ этомъ законѣ правъ у. ч. съ сервитутами уже было указано въ нашей литературѣ. „Юридическая ошибка въ терминологіи закона заключается, по нашему мнѣнію, въ томъ—говоритъ проф. Б. В. Поповъ ***)—что статья отождествляетъ „права участія частнаго“ и „сервитуты“—понятія, совершенно различныя по дѣйствующему праву. Сервитуты именуется въ X т. 1 ч. „угодьями“ (ст. 452 и общій заголовокъ отдѣленія 2-го главы 2-ой „о правѣ угодій въ чужихъ имуществѣхъ“). Подъ правами же участія частнаго наши законы гражданскіе разумѣютъ легальныя ограниченія права собственности, или такъ называемыя „сосѣдскія права“.

Такое же отождествленіе правъ участія частнаго съ сервитутами

*) Подн. Собр. Зак. (6188).

***) См. ст. ст. 1806 и 1807 Уст. гражд. суд.

****) Вѣстн. гражд. права за 1914 г. № 3, статья: Право у. ч. и новый законъ о правѣ застройки, стр. 36.

проф. Поповъ усматриваетъ также въ ст. 159 Положенія о нотаріальной части и въ ст. 242 т. II кн. III Проекта гражданского уложения *).

Продолжаемъ нашъ обзоръ законодательной практики, касающейся исковъ о правѣ участія частнаго.

IV. Переходимъ къ разсмотрѣнію мнѣнія о нихъ Высочайше учрежденной комиссіи для пересмотра законоположеній по судебной части—поскольку это мнѣніе нашло себѣ выраженіе въ изданной ею въ 1900 г. Объяснительной запискѣ къ проекту новой редакціи устава гражданского судопроизводства.

Юрисдикцію *участковыхъ* (по этому проекту) судей опредѣляла ст. 876, корреспондировавшая въ общихъ чертахъ ст. 29 дѣйствующаго устава гражданского судопроизводства.

Сразу же бросающаяся въ глаза особенность ст. 876 заключалась въ томъ, что она *вовсе не упоминала объ искахъ о правѣ у. ч.* ***).

Въ т. III Объяснительной записки, на стр. 3—15, находимъ подробныя объясненія къ ст. 876, изъ коихъ мы приведемъ слѣдующія: „съ осуществленіемъ предположенія о подчиненіи участковымъ судьямъ вещныхъ исковъ о недвижимомъ имуществѣ на сумму не свыше 1000 р. возникаетъ вопросъ о дальнѣйшемъ сохраненіи п. 5 ст. 29 устава о подсудности мировымъ судьямъ „исковъ о правѣ участія частнаго (зак. гражд., ст. 442, 445—451), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года“. Подчиненіе этихъ исковъ мировымъ судьямъ является единственнымъ отступленіемъ отъ общаго начала устава о неподвѣдомственности исковъ

*) Названная статья проф. Попова, стр. 52—53.

***) Ст. 876 Проекта новой редакціи уст. гражд. суд. гласила так. обр.: „Вѣдомству участковаго судьи подлежатъ: 1) иски по обязательствамъ, изъ какихъ бы основаній они ни возникали, а равно о правахъ на движимое и недвижимое имущество, цѣною не свыше тысячи рублей. Иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки подлежатъ вѣдомству участковаго судьи и въ томъ случаѣ, когда во время предъявленія иска количество ущерба или убытка не можетъ быть положительно извѣстно; 2) иски о возстановленіи утраченнаго или нарушеннаго владѣнія, когда со времени утраты или нарушенія владѣнія прошло не болѣе года; 3) просьбы объ обезпеченіи доказательства (ст. 425—433) по искамъ на всякую сумму; 4) просьбы о предварительномъ обезпеченіи исковъ до предъявленія оныхъ (см. 919—925) по искамъ на всякую сумму; 5) просьбы о понудительномъ исполненіи по актамъ на всякую сумму (ст. 1102—1124)“.

о правах на недвижимое имущество мировымъ судебнымъ установленіямъ (ст. 212 уст.).

Исключительное положеніе исковъ о правѣ участія частнаго подало поводъ нашей кассационной практикѣ на первыхъ порахъ ея дѣятельности признать, что въ подобныхъ искахъ мировому судѣ надлежитъ лишь установить *фактъ* *) участія частнаго, не входя въ разсмотрѣніе вопроса о правѣ истца на такое участіе (71/4; 71/1117; 68/164). Такое пониманіе значенія 5 п. 29 ст. не соответствовало, однако, ни буквальному его тексту, ни тому значенію, которое хотѣли придать ему составители уставовъ. Иски о правѣ участія частнаго суть именно иски о *правѣ* *), а не о защитѣ *фактическаго обладанія* *), подобно искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Поэтому впослѣдствіи Правительствующій Сенатъ измѣнилъ свой взглядъ на значеніе обсуждаемыхъ исковъ и разъяснилъ, что „мировыя судебныя установленія въ искахъ о правѣ участія частнаго входятъ въ разсмотрѣніе не только факта, но и того, утверждается ли существующее пользованіе выгодами чужаго имущества на правѣ, установленномъ силою самого закона“ (р. 87/10; 79/278; 76/281; 76/239; 75/616; 75/941)

Изложенное показываетъ, что дѣла, о которыхъ идетъ рѣчь въ 5 п. 29 ст., составляютъ одинъ изъ видовъ споровъ о правѣ на недвижимое имущество и, какъ таковые, объемлются общимъ выраженіемъ 1 п. 876 ст. проекта: „иски о *правахъ* *) на движимое и *недвижимое* *) имущество“; поэтому особаго упоминанія объ искахъ о правѣ участія частнаго въ проектѣ не требуется“ (стр. 9 — 11). Касаясь затѣмъ вопроса объ указанномъ въ п. 5 ст. 29 дѣйст. уст. гр. суд. годичномъ срокѣ, объяснительная записка находитъ, что этотъ „признакъ разграниченія подсудности мировыхъ и общихъ судебныхъ установленій теряетъ всякое значеніе при подчиненіи участковымъ судьямъ всѣхъ вещныхъ исковъ на недвижимое имущество на сумму до 1000 р. и подсудности, вслѣдствіе этого, симъ судьямъ исковъ о правѣ участія частнаго безъ ограниченія какимъ либо срокомъ. Въ виду сего и принимая во вниманіе (продолжаетъ назван. объясн. записка), что подъ правило п. 5. ст. 29 устава подведены лишь немногія изъ правъ участія частнаго и что съ отнесеніемъ къ вѣдомству участковыхъ судей всѣхъ вещныхъ исковъ на недвижимое имущество до 1000 р. не представляется достаточ-

*) Курсивъ подлинника.

ныхъ основанийъ къ установленію какихъ либо изъятій исключительно для означенныхъ правъ,—Комиссія пришла къ заключенію о цѣлесообразности распредѣленія исковъ о правахъ участія частнаго между участковыми судьями и окружными судами по общимъ правиламъ о подсудности, *согласно чему п. 5 ст. 29 Устава долженъ быть совершенно отмѣненъ*“ *) (стр. 11—12).

Изъ приведенныхъ цитатъ, съ полною очевидностью, усматривается, что проектъ новой редакціи Устава гражд. судопр. считалъ иски о правѣ уч. ч.: 1) вещными исками; 2) исками о *самомъ правѣ* на недвижимое имущество и—говоря еще точнѣе и опредѣленнѣе,—3) *исками о правѣ на сервитуты*.

Послѣднее мы выводимъ, въ особенности, *изъ явно обнаруживающейся въ этихъ цитатахъ солидарности объяснительной записки къ проекту съ ученіемъ Правит. Сената объ искахъ о правѣ у. ч. **).*

Намъ остается разсмотрѣть еще только,—

V. Законодательные мотивы къ закону 15-го іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда, поскольку они касаются вопроса объ искахъ о правѣ (или о нарушеніи права, какъ выражается этотъ законъ) участія частнаго.

Надлежитъ прежде всего отмѣтить, что въ проектѣ г. Министра юстиціи о преобразованіи мѣстнаго суда, внесенномъ въ Государственную Думу, редакція п. 5 ст. 29 оставалась *прежняя*. „Все измѣненіе въ этомъ законѣ заключалось въ томъ, что въ новый уставъ онъ внесенъ не 5-мъ, а 3-мъ пунктомъ“ ***). Такъ что авторство новой редакціи п. 3 ст. 29 („иски о *нарушеніи* права уч. ч. и проч.“) принадлежитъ какъ оказывается всецѣло комиссіи по судебнымъ реформамъ Государственной Думы. Свое нововведеніе названная комиссія мотивировала слѣдующимъ образомъ ****): „По пункту 5 статьи 29 въ дѣйствующей редакціи комиссія остановилась на вопросѣ, что слѣдуетъ понимать подъ исками „о правѣ участія частнаго“. Если обратиться къ соображеніямъ, на коихъ основано пра-

*) Курсивъ нашъ.

**) См. сказанное нами въ § 1 этой книги о сильнѣйшемъ влияніи кассационной практики на наше законодательство о защитѣ права уч. ч.

***) В. Л. Исаченко, Иски о защитѣ права участія, стр. 200—въ Вѣсти. гражд. права за 1913 г. № 8.

****) Приложенія къ стенографическимъ отчетамъ Государств. Думы, 3-й созывъ, сессія 2-ая (1908—1909), т. I № 218, стр. 57 и слѣд.

вило этого пункта, то необходимо придти къ тому заключенію, что правило это было введено въ уставъ гражданскаго судопроизводства съ цѣлью предоставленія частнымъ лицамъ путемъ *владѣльческаго иска* *) защищать свои права, самовольно нарушаемыя кѣмъ-либо, подобно тому, какъ путемъ *владѣльческаго иска* защищается право владѣнія *); тотъ, кому принадлежитъ извѣстное право участія въ чужомъ имуществѣ, вправѣ обратиться къ мировому судѣ съ просьбою возстановить его право, нарушаемое отвѣтчикомъ тѣмъ, что онъ препятствуетъ ему осуществлять оное, доказавъ лишь то, что онъ пользовался этимъ правомъ и что отвѣтчикъ нарушилъ его менѣе года тому назадъ. Это подтверждается и тѣмъ, что въ разсматриваемомъ законѣ сказано — „когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года“. Но судебная практика иначе поняла этотъ законъ *) и установила такія положенія, которыя противорѣчатъ и закону, и самимъ себѣ. Такъ, по разъясненіямъ Сената *), на иски о правѣ участія частнаго не распространяются ни п. 1 ст. 31, ни ст. 73, т. е. въ спорахъ этого рода мировой судья не долженъ ограничиваться установленіемъ лишь факта пользованія истцомъ даннымъ правомъ и нарушенія его отвѣтчикомъ *), но обязанъ входить въ повѣрку всякаго рода доказательствъ, представляемыхъ сторонами въ подтвержденіе принадлежности имъ этого права, и разрѣшать споръ о самомъ правѣ (1871 г. № 825; 1876 г. № 152; 1878 г. № 268), каковое разрѣшеніе должно почитаться окончательнымъ, и новый споръ о семъ уже можетъ быть допускаемъ **) не только въ мировыхъ установленіяхъ, но и въ общихъ судебныхъ мѣстахъ. Такимъ образомъ, выходитъ то, что по силѣ п. 1 ст. дѣйствующаго устава мировому суду неподвѣдомы никакіе споры о правѣ на недвижимость, а по п. 5 ст. 29 ему подвѣдомы споры о правѣ участія частнаго, какъ бы ни была велика цѣнность спорнаго права, лишь бы только искъ о семъ былъ предъявленъ не позднѣе года со дня нарушенія. Но рядомъ съ этимъ, въ рядѣ другихъ рѣшеній, Правительствующій Сенатъ преподаетъ такое правило: въ искахъ о правѣ участія частнаго истцомъ можетъ являться только тотъ, кому принадлежитъ нарушенное право участія, т. е. собственникъ господ-

*) Курсивъ нашъ.

**) Вѣроятно, здѣсь опечатка: слѣдуетъ читать — „уже не можетъ быть допускаемъ“. На это было уже указано проф. Поповымъ („Право“ за 1914 г. № 12, стр. 977).

ствующаго имѣнія; собственникъ же имѣнія подчиненнаго, когда въ этомъ имѣніи кто либо самовольно присваиваетъ себѣ какую либо выгоду, можетъ защищать свое право только искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (1879 № 302; 1882 № 143; 1892 № 92); слѣдовательно—иски объ обязанія отвѣтчика закрыть окна, выведенныя имъ на дворъ сосѣда, объ уничтоженіи устроеннаго имъ ската кровли, о воспрещеніи устраивать кузницу у стѣны дома истца и т. п., по этимъ разъясненіямъ, не должны почитаться исками о правѣ участія, а лишь исками о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, и потому должны предъявляться въ теченіе не года, а только шести мѣсяцевъ, какъ это установлено п. 4 ст. 29, а между тѣмъ, въ рѣшеніяхъ 1874 № 763, 1889 № 91, 1899 № 74 именно эти иски Сенатъ признаетъ за иски о правѣ участія частнаго. Такая непоследовательность и противорѣчіе въ этихъ разъясненіяхъ, строго говоря не достаточно обоснованныхъ, являются слѣдствіемъ *неудовлетворительности редакціи нынѣ дѣйствующаго п. 5 ст. 29* *), ибо выраженія: „иски о правѣ участія“... „когда со времени нарушенія“... *не даютъ яснаго понятія о томъ, какіе же это иски—о самомъ правѣ ли, или только о возстановленіи нарушеннаго права* *). Но если разсматриваемое право вызвало такую путаницу, когда изъ вѣдомства мировой юстиціи были положительно изъяты все споры о правѣ на недвижимость, то, при оставленіи его безъ всякаго измѣненія, оно вызоветъ, по мнѣнію комиссіи, еще болѣшую путаницу, когда мировымъ судьямъ будетъ предоставлено разрѣшеніе споровъ о всякомъ правѣ на недвижимость, хотя бы только цѣною не свѣще 1000 рублей. Дѣйствительно, сопоставленіе п. п. 1 и 3 ст. 29 проекта *не избѣжно будетъ наводить на мысль, что правило п. 3 составляетъ исключеніе изъ правила п. 1. По этому пункту право на предъявленіе въ мировомъ судѣ исковъ о правѣ на недвижимость вообще не ограничивается какимъ либо срокомъ, а по п. 3 право на искъ о правѣ у. ч. ограничено годичнымъ срокомъ. Слѣдовательно, никакой искъ о правѣ участія частнаго не можетъ предъявляться въ мировыхъ установленіяхъ по истеченіи сего срока. Но само собой разумѣется, не имѣется никакого основанія дѣлать исключеніе изъ общаго правила о подсудности мировымъ установленіямъ всѣхъ вообще исковъ о правѣ на недвижимость въ пользу исковъ о правѣ участія частнаго *). И эти иски, если цѣна*

*) Курсивъ нашъ.

ихъ не превышаетъ тысячи рублей, подсудны мировому суду по общему правилу п. 1 ст. 29, по пункту же 3 проекта подчиняются этому суду и такіе иски о правѣ участія, цѣна коихъ или вовсе не опредѣляется, или опредѣляется суммой свыше тысячи рублей, но при условіи, если эти послѣдніе иски представляются не позже года со времени нарушения спорнаго права. Велѣдствіе сего комиссія постановила для избѣжанія всевозможныхъ недоразумѣній п. 3 ст. 29 проекта редактировать въ соотвѣтствіи съ изложенными выше сужденіями“.

Сужденія комиссіи по судебн. реформамъ Государственной Думы сводятся, говоря кратко, къ слѣдующему: а) составители устава гражданскаго судопроизводства 1864 года установили въ п. 5 ст. 29 *владѣльческій* искъ „съ цѣлью предоставленія частнымъ лицамъ защищать свои права, самовольно нарушаемыя кѣмъ либо, подобно тому, какъ путемъ владѣльческаго иска защищается право владѣнія“; но б) „судебная практика иначе поняла этотъ законъ“, точнѣе говоря, вовсе его не поняла, чѣмъ только и можно объяснить взглядъ этой практики на иски о правѣ уч. ч., какъ на иски не объ одномъ лишь фактѣ, но о самомъ правѣ. Между тѣмъ, признаніе исковъ о правѣ уч. ч. исками о самомъ правѣ, было недопустимо по мнѣнію комиссіи, уже при наличіи „п. 1 ст. 31 дѣйствующаго устава“; тѣмъ болѣе—оно окажется невозможнымъ, въ случаѣ введенія въ п. 1 ст. 29 новаго закона правила о подсудности мировымъ судьямъ „споровъ о всякомъ правѣ на недвижимость, хотя бы только цѣною не свыше 1000 рублей“, ибо „не имѣется никакого основанія дѣлать исключеніе изъ общаго правила о подсудности мировымъ установленіямъ всѣхъ вообще исковъ о правѣ на недвижимость въ пользу исковъ о правѣ участія частнаго.“

Исходя изъ этихъ соображеній, комиссія высказалась безусловно въ пользу признанія исковъ о правѣ уч. ч. владѣльческими (а не петиторными) исками; съ цѣлью же—нагляднѣе подчеркнуть этотъ (присущій имъ, по ея мнѣнію) характеръ, назвала ихъ исками о *нарушеніи* права уч. ч.

Но мы уже выше объяснили, что владѣть можно либо вещью, либо правомъ и, что *подъ владѣніемъ правомъ (juris possessio, quasi-possessio) разумѣется ничто иное, какъ владѣніе сервитутомъ*. Поэтому, надо думать, что и *подъ* исками о нарушеніи права уч. ч., если это, дѣйствительно—иски владѣльческіе, точнѣе квази-владѣльческіе, могутъ и должны быть понимаемы единственно лишь иски о *защитѣ владѣнія сервитутами*.

Комиссія усвоила себѣ, надо думать, *именно этотъ взглядъ* на настоящіе иски, противопоставивъ его другому взгляду (свойственному нашей судебной практикѣ), будто бы иски о правѣ участія частнаго суть иски о защитѣ самого права на сервитуты (см. выше).

Послѣдній взглядъ комиссія отвергла, какъ ошибочный и даже чуждый составителямъ устава гражд. судопр. 1864 года...

Но такъ-ли все это? Дѣйствительно-ли взглядъ комиссіи на иски о правѣ участія частнаго соотвѣтствовалъ тому взгляду на нихъ, который существовалъ у насъ—въ эпоху судебной реформы 1864 г.?

Въ свое время и въ надлежащемъ мѣстѣ настоящей книги мы постараемся, насколько возможно, обстоятельно обсудить всѣ эти вопросы.

При постратейномъ обсужденіи законопроекта о преобразованіи мѣстнаго суда въ общемъ собраніи Государственной Думы, въ засѣданіи 1-го февраля 1910 г., новая редакція п. 3 ст. 29 уст. гр. суд. вызвала поправку со стороны фракціи народной свободы, отъ имени которой членъ Гос. Думы Черносивтовъ сказалъ слѣдующее: „мы точно также возражаемъ противъ, казалось бы, редакціонной поправки, на которой очень настаиваетъ судебная комиссія въ слѣдующемъ пунктѣ, касающемся исковъ о правѣ участія частнаго. Она вводитъ въ текстъ одно слово: „искъ о нарушеніи права частнаго“ и подробно мотивируетъ это. Мы находимъ, что слово „нарушеніе“ должно быть выкинуто; слѣдуетъ возвратиться къ прежнему тексту статьи и говорить объ искахъ о правѣ участія частнаго. Только сопоставьте эти два слова и вы увидите, можно ли говорить объ искѣ о нарушеніи права. Комиссія подробно мотивируетъ это тѣмъ противорѣчіемъ, которое существуетъ въ сенатской практикѣ по этому поводу, но мнѣ думается, что введеніемъ этого слова противорѣчія, созданныя сенатской практикой, не будутъ устранены. Слѣдовать за Правительствующимъ Сенатомъ въ его погонѣ за разъясненіями въ законодательныхъ учрежденіяхъ не слѣдуетъ, а слѣдуетъ стоять за точность и ясность выраженій. Можно отстаивать только права, и съ этой точки зрѣнія редакція Судебныхъ Уставовъ по искамъ о правѣ участія частнаго давала точный и ясный текстъ; искъ же о нарушеніи правъ—это представляется какимъ-то звучащимъ nonsens'омъ. Кромѣ того эта редакція не представляетъ рѣшительно никакихъ данныхъ для устраненія противорѣчій, существующихъ въ сенатской практикѣ“ *).

*) Стеногр. отчеты Госуд. Думы за 1910 г., сессія 3, ч. II, стр. 576.—577.

Мы не приводили бы этого мѣста изъ рѣчи члена Госуд. Думы Черносвитова, — какъ мало что выясняющее, если бы оно не вызвало слѣдующей реплики докладчика комиссіи по судебнымъ реформамъ Шубинского, въ которой мы нашли весьма цѣнное для насъ *признаніе* насчетъ того, что собственно разумѣла комиссія подъ исками о правѣ (или—о нарушеніи права) участія частнаго: „слѣдующее указаніе (объяснилъ докладчикъ комиссіи)—что за новеллу внесли мы въ искъ о нарушеніи права участія частнаго? По этому поводу я долженъ сказать, что именно, такъ называемые, посессорные иски мы сдѣлали подсудными мировымъ судьямъ, а иски о самомъ правѣ собственности разсматриваются въ окружномъ судѣ, какъ иски болѣе серьезные, связанные съ недвижимымъ имуществомъ. Поэтому мы внесли новеллу только въ иски о нарушеніи права частнаго. Они будутъ подвѣдомственны мировымъ судьямъ. *Правило, которое мы внесли, практикуется и въ польскомъ законѣ, и въ законѣ прибалтійскихъ губерній*“ *)—**)—***).

Заключительныя слова приведенной цитаты весьма характерны. Подъ „польскимъ закономъ“ и „закономъ прибалтійскихъ губерній“ нужно, очевидно, разумѣть законы, опредѣлившіе вѣдомство мировыхъ судей въ губерніяхъ Варшавскаго судебного округа и въ губерніяхъ Прибалтійскихъ, а по этимъ законамъ (какъ мы уже знаемъ) вѣдомству мировыхъ судей подлежатъ (между прочимъ) „иски о возстановленіи пользованія... *сервитутами*, когда со времени нарушенія прошло не болѣе года“ ****).

Поэтому признаніе докладчика комиссіи: „правило, которое мы внесли, практикуется и въ польскомъ законѣ, и въ законѣ Прибалтійскихъ губерній“, окончательное должно убѣдить насъ въ правильности высказаннаго выше нами сужденія, что *комиссія понимала подъ исками о правѣ у. ч. отнюдь не то, что подъ этими исками слѣдуетъ понимать (иски, вытекающіе изъ сосѣдскихъ отношеній), но именно иски, направленные на защиту владѣнія сервитутами.*

По поводу приведенныхъ мотивовъ комиссіи по судебнымъ реформамъ Государственной Думы къ п. 3 ст. 29 (новой редакціи),

*) Курсивъ нашъ.

**) Тамъ же, стр. 597—598.

***) Послѣ этой рѣчи докладчика комиссіи поправка, внесенная фракціею народной свободы, была отклонена и п. 3 ст. 29 былъ принятъ въ редакціи комиссіи—тамъ же, стр. 601—602.

****) Ст. ст. 1489 и 1806 Уст. гражд. суд.

считаемъ полезнымъ замѣтить еще слѣдующее. Названная комиссія рѣшительнымъ образомъ *отвергла*, какъ мы видѣли, взглядъ Прав. Сената на иски о правѣ уч. ч., какъ иски о самомъ правѣ, признавъ, напротивъ, эти иски исками о фактѣ. Такимъ образомъ, въ данномъ случаѣ какъ будто совершенно не наблюдается того вліянія гражд. кассац. практики на наше законодательство объ искахъ о правѣ уч. ч., о коемъ мы говорили въ § 1 настоящей книги. Но въ дѣйствительности, это совершенно не такъ. Вѣдь, во-первыхъ, комиссія, отвергнувъ теперешнее ученіе Сената объ этихъ искахъ, не дала въ сущности новаго и лучшаго ученія о нихъ,—а лишь возвратилась къ *прежнему* ученію того же Сената (какъ мы уже знаемъ, когда-то онъ также считалъ иски о правѣ уч. ч. исками о фактѣ), и во-вторыхъ, и это—самое главное, столь эпергично возражая противъ мнѣнія (нынѣшняго) Прав. Сената, будто бы иски о правѣ уч. ч. суть иски о самомъ правѣ,—комиссія въ концѣ концовъ, всетаки, *довѣрчиво* (даже безъ намека на критику) реципировала тѣ—другія—сужденія Пр. Сената, кои, будучи основными и главнѣйшими положеніями всего его ученія объ искахъ о правѣ уч. ч., являются, вмѣстѣ съ тѣмъ, также *совершенно ошибочными*. Это: а) что иски о правѣ уч. ч. суть *вещные* и б) что названные иски—иски о *сервитутахъ*. Такимъ образомъ, было бы *опротечиво думать*, что наши законодатели, по крайней мѣрѣ, въ данномъ случаѣ, дѣйствительно, вышли изъ сферы обаянія и господствованія нашей кассац. практики надъ ихъ умами.

На основаніи всего изложеннаго *надлежитъ* сказать, что уже векорѣ послѣ судебной реформы 1864 г. въ нашей законодательной (и судебной) практикѣ явственно обнаружилось *превратное пониманіе* п. 5 ст. 29 уст. гражд. суд. и существа исковъ о правѣ уч. ч. Тѣмъ не менѣе, это не было замѣчено своевременно; напротивъ, въ теченіе 50-ти-лѣтія, истекшаго со времени изданія Судебныхъ Уставовъ, неправильный взглядъ на эти иски все болѣе и болѣе упрочался въ области нашей *практической* юриспруденціи и, наконецъ, къ нашему времени уже настолько въ ней вкоренился, что пріобрѣлъ, несомнѣнно, полное право гражданства.

Что же касается *теоретической* юриспруденціи, или *науки гражданского процесса*, то пока она въ этомъ вопросѣ не проявила еще, можно сказать, *никакой самостоятельности* и

независимости научной мысли, но, въ свою очередь, подпала всецѣло подъ вліяніе указанныхъ взглядовъ и сужденій практической юриспруденціи.

Наука наша еще не имѣла (и не высказала еще) по настоящему вопросу своего мнѣнія, т. е. такого мнѣнія, которое одновременно не было бы также чужимъ (подр. сенатской и законодательной практики), но которое, главнымъ образомъ, было бы подлинно-научнымъ, истиннымъ.

Конечно, слышались иногда шедшіе изъ среды нашихъ юристовъ-писателей „протестующіе“ голоса (напр. проф. Васьковского, Ал. Гедда); но голоса эти были отдѣльны, мимолетны и случайны... Во всякомъ же случаѣ, это не былъ вѣсскій голосъ самой науки. Да и тѣ протестанты, критикуя старое ученіе объ искахъ о правѣ у. ч., не создали, однако, новаго ученія и, стремясь разрушить старую догму, не предложили новой (лучшей) для нея замѣны.

При такомъ положеніи вещей — вовсе неудивительно, что и въ учебной литературѣ, всегда, такъ или иначе, отражающей состояние науки въ данный моментъ, мы или вовсе не находимъ объясненія исковъ о правѣ у. ч., или находимъ въ нихъ лишь простыя повторенія (ошибочныхъ) тезисовъ гражд. кассац. практики, или, наконецъ, лишь слабые ростки, побѣги только, истинной научной мысли.

Согласно плану изложенія, намѣченному въ § 1 настоящей книги, переходимъ теперь къ изложенію сужденій новѣйшей журнальной литературы объ юридической природѣ исковъ о нарушеніи права (или: о правѣ) участія частнаго.

Ближайшее ознакомленіе съ ними, въ свою очередь, подтвердитъ, надѣмся, справедливость сейчасъ сдѣланной нами характеристики какъ отношенія нашей науки къ вопросамъ ученія объ искахъ о нарушеніи права уч. ч., такъ и состоянія этихъ вопросовъ въ самой наукѣ.

§ 5. Новѣйшая журнальная литература объ юридической природѣ исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго (мнѣнія по настоящему предмету сен. В. Л. Исаченко и проф. В. Б. Ельяшевича и критика этихъ мнѣній).

Среди нашихъ юристовъ, изучавшихъ въ новѣйшее время иски о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго, централь-

ными фигурами являются сен. В. Л. Исаченко и проф. В. Б. Ельяшевичъ.

Поэтому, настоящій § будетъ посвященъ нами ознакомленію, по-преимуществу, съ мнѣніями названныхъ писателей объ этихъ искахъ.

Однако, прежде чѣмъ приступить къ изложенію и рассмотрѣнію каждаго изъ указанныхъ мнѣній,—въ отдѣльности, мы считаемъ полезнымъ сказать нѣсколько словъ, одинаково относящихся къ обоимъ этимъ мнѣніямъ и характеризующихъ ихъ въ общихъ чертахъ.

Выше (въ § 1 этой книги) мы отмѣтили уже недавно происходившую на страницахъ „Вѣстника гражд. права“ — между сен. В. Л. Исаченко и проф. В. Б. Ельяшевичемъ—полемику объ юридической сущности защиты права участія частнаго.

Слѣдуетъ теперь сказать, что основнымъ вопросомъ—какъ бы осяю—всей этой полемики явился споръ между ними о томъ: иски о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго—поссessorные ли иски, или—петиторные? При этомъ, оба писателя отвѣтили на указанный основной вопросъ въ совершенно разныхъ смыслахъ, а именно: В. Л. Исаченко примкнулъ, какъ увидимъ, къ мнѣнію нашей прежней судебной практики и (вмѣстѣ съ тѣмъ) комиссіи по судебнымъ реформамъ Государственной Думы, что иски о правѣ (или о нарушеніи права) участія частнаго суть поссessorные иски, а проф. Ельяшевичъ раздѣлялъ противоположный взглядъ,—взглядъ нынѣшней судебной практики, что названные иски являются отнюдь не поссessorными, но подлинными петиторными исками.

Но въ такомъ случаѣ надо признать, что ни сен. В. Л. Исаченко, ни проф. В. Б. Ельяшевичу не удалось, въ ихъ научно-литературныхъ поискахъ истинной конструкціи исковъ о правѣ (или о нарушеніи права) участія частнаго, проложить новые пути, дѣйствительно ведущіе къ познанію юридическаго существа названныхъ исковъ. Обоимъ писателямъ было суждено, напротивъ, пойти тропами, уже проложенными ихъ предшественниками, и ограничиться однимъ только заимствованіемъ традиционныхъ и, само собою разумѣется, ошибочныхъ конструкцій этихъ исковъ изъ сферъ нашей судебной и законодательной практики.

Охарактеризовавъ въ этихъ общихъ чертахъ мнѣнія сен. В. Л. Исаченко и проф. В. Б. Ельяшевича объ юридической природѣ

интересующих нас исковъ, переходимъ теперь къ изложению и разсмотрѣнiю каждаго изъ указанныхъ мнѣнiй—въ отдѣльности:

1. *Мнѣнiе сен. В. Л. Исаченко.* „Въ высокой степени цѣлесообразно измѣнено правило (говорить названный авторъ), содержащееся въ 5 п. 29 ст.,—*„иски о правѣ участiя частнаго“* *),—въ правило, изложенное въ 3 п. новой редакцiи той же статьи:—*„иски о нарушенiи права участiя частнаго“* **). Нѣтъ сомнѣнiя, что составители уставовъ 20 Ноября 1864 г., создавая правило 5 п. 29 ст., имѣли въ виду иски именно о нарушенiи права участiя частнаго, т. е. такiе же *владѣльческiе иски* **), какъ и иски о возстановленiи нарушеннаго владѣнiя, ибо нѣтъ рѣшительно никакихъ данныхъ къ тому предположенiю, что они имѣли намѣренiе подчинить мировой юстицiи только одинъ видъ исковъ о правѣ на недвижимыя имѣнiя и притомъ безъ всякаго ограниченiя, кромѣ установленiя годичнаго срока на предъявленiе ихъ. Но въ законѣ было сказано: *„иски о правѣ“* *)—***). Это была, по мнѣнiю В. Л. Исаченко, просто неудачная редакцiя: „неудачность этой редакцiи сразу обнаружилась въ судебной практикѣ. *„Иски о правѣ“* *) участiя частнаго! Но вѣдь право участiя можно имѣть только въ недвижимомъ имѣнiи. Значитъ, по правилу 5 п. 29 ст. мировымъ судьямъ подвѣдомственны иски о правѣ на недвижимость. Но тогда, какъ же это согласовать съ правиломъ 1 п. 31 ст., по которому иски ни о какомъ правѣ на недвижимость мировымъ установленiямъ не подвѣдомы, ни вообще съ тѣмъ основнымъ принципомъ, по которому мировому суду подвѣдомственны наиболѣе мелкiя, несложныя и малоцѣбныя дѣла. Непослѣдовательность очевидная! И вотъ, практика низшихъ судовъ стала на ту точку зрѣнiя, что мировымъ установленiямъ подвѣдомственны иски о возстановленiи только нарушеннаго права, а не о самомъ правѣ, подобно тому, какъ имъ подвѣдомственны иски о возстановленiи нарушеннаго владѣнiя, но не иски о правѣ на владѣнiе. Но правительствующiй сенатъ посматрѣлъ на дѣло инымъ образомъ: сказано въ законѣ—иски о правѣ, значитъ, именно о правѣ, но никакъ не о возстановленiи только этого права.... Въ спорахъ о правѣ участiя, разъясняетъ сенатъ, мировыя установленiя не должны ограничиваться установленiемъ того, что истецъ пользовался извѣстными выгодами въ чу-

жомъ имуществѣ и лишился оныхъ не долѣе года до начала дѣла, но обязаны удостовѣриться еще и въ томъ, что такое пользование истца не было ни самовольнымъ, ни случайнымъ, но утверждалось на правѣ, установленномъ силою закона, или прiобрѣтено отъ собственника законнымъ способомъ. Въ этихъ случаяхъ мировыя установленiя въ правѣ входятъ въ разсмотрѣнiе плановъ и другихъ актовъ, коими оспаривается принадлежность тяжущемуся оспариваемаго у него права участiя въ имуществѣ противной стороны“. Поэтому, Правит. Сенатъ призналъ, что „предъявляемые по 5 п. 29 ст. иски должны быть разсматриваемы, какъ иски вотчинныя (петиторныя), а не какъ владѣльческiе (поссессорныя)“, и что эти иски „подлежатъ окончательному разрѣшенiю мировыхъ установленiй, разъ они возбуждаются въ предѣлахъ срока, указаннаго въ этомъ законѣ“ и „что, разъ дѣло рѣшено мировыми установленiями и рѣшенiе вступило въ силу закона, споръ долженъ почитаться разрѣшеннымъ окончательно и уже не можетъ подлежать перевершенiю и въ исковомъ порядкѣ общими судебными мѣстами (рѣш. 25 апрѣля 1912 г. по д. Хмѣлевскихъ сельскихъ обществъ)“ *).

Признавая всѣ эти сужденiя Сената совершенно ошибочными, какъ явно несогласныя съ тѣмъ, что имѣли въ виду составители судебныхъ уставовъ 20 Ноября 1864 г., создавая правило 5 п. 29 ст., и объясняя ихъ происхожденiе „неудачностью“ редакцiи названнаго пункта,—В. Л. Исаченко противопоставляетъ указаннымъ сужденiямъ Сената объ интересующихъ насъ искахъ—слѣдующiя свои сужденiя объ этихъ искахъ:

а) настоящiе иски суть подлинныя владѣльческiе (поссессорныя) иски, потому что „они, какъ и иски о возстановленiи нарушеннаго владѣнiя, предъявляются на защиту не права, а *факта* **), факта пользованiя извѣстнымъ правомъ, когда этому кто-либо чинитъ препятствiе“;

б) „пропускъ срока (годичнаго) на предъявленiе иска въ мировомъ судѣ *не долженъ лишать истца права на предъявленiе такого же иска (т. е. владѣльческаго иска по поводу права у. ч.)—въ общихъ судебныхъ мѣстахъ*“ ***)—***).

*) Вѣстн. гражд. права за 1913 г. № 8, стр. 17—19.

**) Курсивъ нашъ.

***) „Подсудны ли иски о возстановленiи нарушеннаго права уч. ч.—спрашиваетъ В. Л. Исаченко—общимъ судебнымъ мѣстамъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они предъявляются по прошествiи года со дня воспослѣдовавшаго нарушенiя этого права? И отвѣчаетъ на этотъ вопросъ слѣдую-

*) Курсивъ подлинника.

**) Курсивъ нашъ.

***) Вѣстн. гражд. пр. за 1913 г. № 1, стр. 27—28.

в) „если мировой судья, разрѣшая искъ о возстановленіи нарушеннаго права участія частнаго, ограничивается установленіемъ лишь факта пользованія истцомъ тѣмъ правомъ, которое подверглось спору, и нарушения сего права отвѣтчикомъ, то, какъ бы ни было рѣшено дѣло, та сторона, противъ которой состоялось рѣшеніе, *всегда* *) въ правѣ предъявить *петиторный искъ* *); истецъ—о признаніи за нимъ этого права, а отвѣтчикъ—о неимѣніи у истца онаго“ **).

Какъ мы уже сказали и какъ видно изъ приведенныхъ мѣстъ изъ статей В. Л. Исаченко о защитѣ права участія частнаго,—названный авторъ, касаясь исковъ о нарушении права (или о правѣ) участія частнаго, примкнулъ къ мнѣнію о нихъ прежней кассационной практики и комиссіи по судебнымъ реформамъ Государственной Думы.

Надлежитъ констатировать, въ особенности, полную солидарность и единеніе между этимъ мнѣніемъ прежней кассационной практики (и названной комиссіи) и сужденіемъ В. Л. Исаченко, изложеннымъ нами въ пунктѣ а и касающимся вопроса объ юридическомъ существѣ защиты права уч. ч. Такая же, очевидно, солидарность существуетъ между В. Л. Исаченко и комиссіею Госуд. Думы въ вопросѣ, составившемъ содержаніе п. в сужденій нашего автора.

Но иначе, повидимому, обстоитъ дѣло съ сужденіемъ В. Л. Исаченко, изложеннымъ нами выше—въ п. б. Едва ли, въ самомъ дѣлѣ, комиссія считала возможнымъ допустить (подобно В. Л. Исаченко) предъявленіе *владѣльческаго* иска по поводу права уч. ч. *въ общихъ судебныхъ мѣстахъ* (въ случаѣ пропуска годичнаго срока на предъявленіе иска въ мировомъ судѣ). Правда, комиссія не высказалась по этому вопросу съ полною опредѣленностью.

шимъ образомъ: „вопросъ этотъ возбуждается правиломъ 73 ст. въ ея новой редакціи; въ случаѣ пропуска срока, указанного въ п. 2 статьи 29, мировой судья отказываетъ въ искѣ о возстановленіи владѣнія; истецъ же не лишень права предъявить искъ о правѣ собственности или о правѣ на владѣніе, по принадлежности“, сказано во второй половинѣ названной 73 ст.—Спрашивается теперь,—распространяется ли это правило на иски о возстановленіи нарушеннаго права участія частнаго? Мы полагаемъ (говоритъ В. Л. Исаченко), что на этотъ вопросъ долженъ быть данъ отрицательный отвѣтъ“—Вѣстн. гражд. права за 1913 г. № 8, стр. 27.

*) Курсивъ нашъ.

**) Вѣстникъ гражд. права за 1913 г. № 8, стр. 26—28.

Но правило ст. 73 о послѣдствіяхъ пропуска срока, указаннаго въ п. 2 ст. 29 и *аналогія*, проводимая комиссіею между исками о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и исками о нарушении права участія частнаго *), дають, казалось бы, достаточное основаніе считать, что комиссія стояла въ этомъ пунктѣ на иной совершенно т. зр., чѣмъ В. Л. Исаченко.

Впрочемъ, окончательное выясненіе вопроса о несолидарности (или, быть можетъ, о солидарности) комиссіи съ названнымъ юристомъ специально по настоящему пункту не представляетъ для насъ особаго интереса.

Для нашей цѣли, напротивъ, гораздо важнѣе установить и констатировать, что *источникомъ происхожденія ученія В. Л. Исаченко объ искахъ, направленныхъ на защиту правъ уч. ч., являются, главнымъ образомъ, законодательные мотивы къ п. 3 ст. 29 Уст. гр. суд.—въ редакціи закона 15-го іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда,—по существу же этихъ мотивовъ мы выше уже высказались.*

2. *Мнѣніе проф. В. Б. Ельшевича.* Усматривая въ искахъ о правѣ участія частнаго владѣльческіе иски, комиссія по судебнымъ реформамъ Государственной Думы нѣсколько измѣнила текстъ ст. 29 въ части, касающейся этихъ исковъ, редактируя ее такимъ образомъ: „иски о *нарушеніи* права участія частнаго“ и т. д. (вмѣсто прежнихъ словъ: „иски о правѣ участія частнаго“). Названная комиссія включеніемъ этого выраженія: „нарушеніе“ желала подчеркнуть именно владѣльческій характеръ настоящихъ исковъ. Сен. В. Л. Исаченко, также считающій подвѣдомственные мировому судѣ иски о защитѣ права участія частнаго поссессорными, привѣтствуетъ, какъ мы видѣли, это измѣненіе редакціи, находя его „въ высокой степени цѣлесообразнымъ“. *Иначе, однако, думаетъ проф. В. Б. Ельшевичъ.* „Замѣна словъ: „иски о правѣ участія частнаго“ словами: „иски о *нарушеніи* права“... отнюдь не даетъ (говоритъ онъ) того результата, о которомъ думали авторы этой замѣны. И прежняя редакція говорила о нарушении права; разница *лишь та* **), что теперь

*) См. приведенные выше законодательные мотивы и рѣчь докладчика Шубинского въ общ. собр. Госуд. Думы.

**) Курсивъ нашъ.

перь слово нарушение повторяется два раза“ *). Иски о нарушении права участия частного и иски о правѣ участия частного суть иски, вполне тождественные,—утверждает проф. Ельяшевичъ **).

Въ чемъ же заключается (по мнѣнію проф. Ельяшевича) сущность названныхъ исковъ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ мы находимъ въ слѣдующихъ словахъ проф. Ельяшевича: „п. 5 старой ст. 29, на смѣну которому приходитъ теперь п. 3, относилъ къ вѣдомству мирового судьи иски о правѣ участия частного, когда со времени его нарушения прошло не болѣе года. Совершенно ясный текстъ закона не оставлялъ мѣста для сомнѣній, что рѣчь здѣсь идетъ не о владѣльческомъ, поессессорномъ, искѣ, а о искѣ, касающемся самого права участия частного ***). Такъ неизмѣнно и понималъ эту статью сенатъ (последнія рѣшенія 1910/8 и 9) ****)“. Иски, подведенные подъ п. 5 ст. 29—продолжаетъ проф. Ельяшевичъ—„будутъ носить *пети-торный* ***) , а не поессессорный характеръ. Если я жалуясь на то, что сосѣдній собственникъ предпринялъ на своемъ участкѣ дѣйствія, запрещенныя закономъ, то судья можетъ воспрепятствовать этимъ дѣйствіямъ лишь при условіи, что они дѣйствительно предусмотрены статьями, устанавливающими законныя ограниченія, т. е., въ терминахъ нашего закона, право участия частного; одного факта ****), что до сихъ поръ собственникъ этихъ дѣйствій не предпринималъ, мало. О „владѣніи правомъ“ здѣсь рѣчи быть не можетъ по той простой причинѣ, что самого права нѣтъ—есть лишь ограниченіе права. Подойти къ вопросу о владѣніи правами чрезъ п. 5 ст. 29 нельзя, такъ какъ, по существу понятія права участия частного, онъ предусматриваетъ искъ петиторный, искъ о *правѣ* *****) участия частного. Думая маленькимъ редакціоннымъ измѣненіемъ въ этой статьѣ добиться признанія, что здѣсь предусмотрены иски о владѣніи правомъ, редакторы закона упустили изъ виду, что наша практика неизмѣнно и вполне последовательно проводитъ точку зрѣнія отрицанія существованія въ нашемъ правѣ института владѣнія

*) Вѣстн. гражд. права за 1913 г. № 3, стр. 51.

***) Ср. еще—тамъ же, стр. 49: „въ п. 3 ст. 29 мы находимъ только попытку произвести реформу, попытку, неудавшуюся формально и неудачную по существу“.

****) Курсивъ нашъ.

*****) Вѣстн. гражд. права за 1913 г. № 3, стр. 49.

*****) Курсивъ автора.

правами. „Нашему закону чуждо понятіе владѣнія правами“,—говоритъ Сенатъ (1903/31). Чтобы ввести этотъ институтъ у насъ, нужны другія, болѣе серьезныя, средства“ *).

„Иски о правѣ участия частного суть по существу..... иски о правѣ, иски петиторные (говоритъ въ другомъ мѣстѣ проф. Ельяшевичъ) и никакими другими быть не могутъ. Энергично и неуклонно подчеркивая это, повторяя, что въ искахъ этого рода суду „надлежитъ удостовѣриться не только въ фактъ, но въ самомъ правѣ на пользованіе истца въ выгодахъ имѣнія отвѣтчика“ (рѣш. 1899 г. № 74, также 1879 № 278, 1876 г. №№ 231 и 289, 1875 г. №№ 278, 616 и 941, ср. 1876 г. № 152, 1871 г. № 825), Сенатъ имѣлъ за собой не только буквальный смыслъ ст. 29, не только господствующее мнѣніе, но и нѣчто болѣе—логическую необходимость: признаніе этихъ исковъ исками владѣльческими, о фактъ, означало бы извращеніе самой природы института права участия частного, какъ законныхъ, ограниченной собственности“ **).

Исходя изъ этого основного взгляда на иски о правѣ участия частного, проф. Ельяшевичъ дѣлаетъ изъ него такіе выводы: а) „вступившее въ законную силу рѣшеніе мировыхъ учреждений по иску о правѣ участия частного есть рѣшеніе *окончательное* ***); вторичному разсмотрѣнію въ общихъ судебныхъ мѣстахъ это дѣло подлежать не можетъ (рѣш. 1879 г. № 278, а также рѣш. 25 апр. 1912 г. по д. Хмѣлевскихъ сельскихъ обществъ). Въ этомъ принципиальное различіе этихъ исковъ отъ владѣльческихъ; иски владѣльческіе не исключаютъ петиторныхъ; иски о правѣ участия частного, какъ петиторные, другого петиторнаго иска рядомъ съ собою не терпятъ“ ****); б) иски о правѣ участия частного вообще могутъ предъявляться лишь въ теченіе года—у мировыхъ судей; а съ истеченіемъ этого срока, ихъ вовсе нельзя вчинять ни у мировыхъ судей, ни въ окружныхъ судахъ,—другими словами, они вовсе *погашаются* съ истеченіемъ этого годового срока *****) —*****).

Таково мнѣніе проф. Ельяшевича объ искахъ о правѣ уч. част-

*) Вѣстн. гражд. права за 1913 г. № 3, стр. 50—51.

***) Вѣстн. гражд. права за 1914 г. № 2, стр. 28.

****) Курсивъ нашъ.

*****) Вѣстн. гражд. права, за 1914 г. № 2, стр. 31.

*****) Тамъ же, стр. 33—34.

*****) По свидѣтельству проф. Ельяшевича, этого послѣдняго взгляда держался еще Побѣдоносцевъ, который категорически говорилъ объ „особо установленномъ для сихъ исковъ погашающемъ срокѣ“. Но самъ же проф.

наго. Переходя теперь къ его опѣнкѣ, считаемъ необходимымъ обратить вниманіе читателя, прежде всего, на слѣдующее обстоятельство.

Статьи проф. Ельяшевича, о которыхъ идетъ рѣчь, содержатъ весьма многочисленныя ссылки на сенатскія кассацион. рѣшенія; достаточное количество ихъ имѣется также въ приведенныхъ цитатахъ изъ этихъ статей. Уже одно это, по нашему мнѣнію, симптоматично; ближайшее же ознакомленіе съ содержаніемъ настоящихъ статей вполне убѣждаетъ насъ, что уважаемый профессоръ *явно тяготеетъ* къ ученію Правит. Сената объ искахъ о правѣ участія частнаго. Дѣйствительно, проф. Ельяшевичъ, какъ видимъ, прямо раздѣляетъ т. зр. Правит. Сената на эти иски, какъ петиторныя иски (какъ иски о самомъ правѣ), и, подобно Правит. Сенату*), считаетъ, что вступившее въ законную силу рѣшеніе мировыхъ учрежденій по иску о правѣ участія частнаго есть рѣшеніе окончательное, неподлежащее вторичному разсмотрѣнію въ общихъ судебныхъ мѣстахъ. И только по вопросу о значеніи годичнаго срока („не давностный ли это срокъ?“) проф. Ельяшевичъ расходится, очевидно, съ Правит. Сенатомъ въ томъ смыслѣ, что онъ по настоящему вопросу высказывается, какъ мы видѣли, прямо и вполне опредѣленно (см. выше — п. б), — между тѣмъ, какъ Прав. Сенатъ, не возбуждая по-

Ельяшевичъ указываетъ, что этотъ вопросъ — спорный, и называетъ, въ качествѣ своихъ противниковъ, В. Л. Исаченко и А. М. Гуляева. Въ частности (какъ мы уже знаемъ) „В. Л. Исаченко склоненъ видѣть въ этомъ срокѣ, разграничивающій мировую и общую подсудность“ (слова проф. Ельяшевича, тамъ же, стр. 33). См. еще Догадова, — въ „Правѣ“ за 1912 г. № 52, стр. 2869, который высказывается въ томъ же смыслѣ: „по истеченіи года (со времени нарушенія права участія частнаго) иски о правѣ уч. частнаго становятся подсудными окружнымъ судамъ“, а не погашаются совсѣмъ. Того же взгляда держится проф. Поповъ („Право“ за 1914 г., стр. 1042). См. также вышеназванную объяснительную записку къ проекту новой редакціи Уст. гражд. суд. т. III, стр. 11: „то обстоятельство, что установленное въ п. 5 ст. 29 годичный срокъ имѣетъ исключительно судопроизводственное значеніе, подтверждается, между прочимъ, и тѣмъ, что въ законахъ гражданскихъ не постановлено никакого исключенія изъ общаго срока земской давности для права участія частнаго; законы же процессуальныя не могли ввести такого существеннаго измѣненія матеріальнаго права, какъ сокращеніе давности для столь важнаго права, каково участіе частное“.

*) См. напр., рѣш. 1879 г. № 278: „и состоявшееся въ мировыхъ установленіяхъ окончательное рѣшеніе о правѣ уч. ч. лишаетъ уже истца права возобновить тотъ же искъ въ общихъ судебныхъ установленіяхъ“.

добнаго вопроса, придерживается, повидимому, противоположнаго взгляда.

Поскольку проф. Ельяшевичъ раздѣляетъ т. зр. Правит. Сената на иски о правѣ уч. ч., не требуется болѣе, думается намъ, критики его мнѣнія объ этихъ искахъ, въ виду того, что мы уже высказались достаточно подробно по поводу ученія о нихъ нашей кассационной практики.

Что же касается приведеннаго взгляда проф. Ельяшевича собственно на значеніе годичнаго срока, то по этому вопросу можно, по нашему убѣжденію, успѣшно высказаться лишь вполнѣ — по выясненіи надлежащимъ образомъ юридической природы и вообще существа исковъ о правѣ уч. ч.; сейчасъ же касаться настоящаго вопроса, по нашему убѣжденію, не только преждевременно, но и прямо даже бесполезно.

Къ сказанному считаемъ необходимымъ лишь добавить, что въ пока приведенномъ нами изложеніи мнѣнія проф. Ельяшевича мы далеко не исчерпали всего содержанія его статей о „правѣ участія частнаго и его защитѣ“, и что намъ поэтому придется еще на слѣдующихъ страницахъ настоящей книги вновь возвратиться къ этимъ статьямъ.

Въ заключеніе настоящаго § отмѣтимъ еще, что конструкція исковъ о правѣ участія частнаго, предложенной проф. Ельяшевичемъ, тождественны конструкціи другихъ авторовъ — В. Догадова*), проф. Б. В. Попова**) и Д. В. Квиркелиа***).

Эти конструкціи также считаютъ иски о правѣ (или о нарушеніи права) участія частнаго исками петиторными, а не владѣльческими, или посессорными; только В. Догадовъ находитъ, что созданіе у насъ (въ будущемъ) именно владѣльческой защиты для правъ участія частнаго — вполне *желательно*****), между тѣмъ, какъ проф. Поповъ полагаетъ, напротивъ, что „посессорная защита, которую проектировали внести въ нашъ процессуальный обиходъ законодатели, была бы *нецѣлесообразнымъ мѣропрія-*

*) „Право“ за 1912 г. № 52, статья: Къ вопросу о защитѣ владѣнія и правъ у. ч. по зак. 15 іюня 1912 г. о преобр. мѣстн. суда.

**) „Право“ за 1914 г. №№ 12 и 13, статья: Право участія частнаго въ новомъ законѣ о мѣстномъ судѣ.

***) „Вѣстникъ права“ за 1915 г. № 24, статья: Задача судьбы въ процессѣ (о правахъ участія частнаго, 3 п. 29 ст. уст. гр. суд.).

****) Названная статья г. Догадова, стр. 2869.

тиемъ *)". Вотъ почему проф. Поповъ высказываетъ свое удовлетвореніе по поводу того, что эти намѣренія составителей п. 3 ст. 29 не попали въ текстъ самой нормы, оставшись только въ мотивахъ сочинителей докладной записки. Редакторы Устава хотѣли сказать въ п. 3 одно, а высказали другое (**).

Мы приблизились къ концу этой—*критической*—части настоящей работы:

Резюмируя все, до сихъ поръ сказанное, мы находимъ, что въ нашей юриспруденціи, какъ практической, такъ и теоретической, уже давно прочно укоренился взглядъ на иски о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго, какъ: во-первыхъ, *вещные* иски, и во-вторыхъ, иски *о сервитутахъ*. Впрочемъ, отношеніе нашей юриспруденціи къ этому послѣднему тезису—различно; иногда прямо и категорически заявляютъ: да, настоящіе иски—сервитутные иски; иногда же объ этомъ не говорятъ такъ увѣренно и столь откровенно,—молчаливо (и болѣе или менѣе незамѣтно какъ для самихъ себя, такъ и для другихъ) все-таки разумѣя подъ ними иски о сервитутахъ; наконецъ, иногда даже прямо возражаютъ противъ того, будто иски о правѣ участія частнаго суть иски о сервитутахъ, указывая напротивъ, что это иски не о сервитутахъ, но иски, возникающіе изъ сосѣдскихъ отношеній. Къ сожалѣнію, даже сужденія въ послѣднемъ родѣ лишены, на самомъ дѣлѣ, научнаго и, такъ сказать, *дѣйствительнаго* значенія, потому что тѣ, которые ихъ высказываютъ, *ими только и ограничиваются*, отнюдь не дѣлая изъ нихъ надлежащихъ выводовъ,—но, наоборотъ, развивая ученіе объ искахъ о нарушеніи права (или правѣ) уч. ч. все-таки на почвѣ сервитутной теоріи.

Наши юристы (и законодатели, и судебные практики, и писатели), будучи, въ сущности, вполне солидарными во взглядѣ на эти иски, какъ сервитутные, спорятъ лишь о томъ, владѣльчскіе ли это (подр. сервитутные) иски, или петиторные (подр. сервитутные) иски. И мы видѣли, что настоящій споръ особенно обострился за послѣднее время.

Юридическая мысль приняла во всякомъ случаѣ *ненадлежащее* направленіе, къ ней должна явиться на помощь *наука* гражданскаго процесса и—исполнить свой долгъ...

*) Курсивъ нашъ.

**) Названная его статья, стр. 1049.

ГЛАВА II.

Ислѣдованіе юридической природы исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго (конструкція этихъ исковъ).

Критикуя столь строго (хотя и принципиально) существующіе взгляды на интересующіе насъ иски, мы въ то же время сознаемъ всю важность и трудность задачи, которую намъ предстоитъ теперь выполнить. Мы вполне сознаемъ отвѣтственность положенія, создаваемаго для насъ благодаря нашей критики, и серьезность того *научнаго opus probandi*, который принять нами (хотя бы и добровольно) на себя—въ силу всего того, что нами было сказано въ критической части настоящаго сочиненія.

Предлагая въ дальнѣйшемъ изложеніи вниманію читателя нашу собственную конструкцію (принципиально отличную отъ существующихъ) исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго, мы, естественно, озабочены тѣмъ, чтобы наилучше (насколько сумѣемъ лучше) ее обосновать и доказать, что она—правильна.

Стремясь къ достиженію этой цѣли, мы попробуемъ гарантировать, по возможности, успѣхъ нашей работы посредствомъ принятія нѣкоторыхъ *мѣръ научной предосторожности*, если такъ можно выразиться.

Мы говоримъ о необходимости предварительно выработать *методологическій планъ* предстоящаго намъ ислѣдованія.

Съ этого и начнемъ наше ислѣдованіе.

§ 6. Предварительное методологическое замѣчаніе (методологическій планъ).

При изученіи юридической природы и вообще существа интересующихъ насъ исковъ должно, по нашему убѣжденію, руководиться нижеслѣдующими соображеніями:

Первое. Не подлежитъ сомнѣнію, что успѣхъ конструирования исковъ о правѣ (или о нарушеніи права) участія частнаго непо-

средственно зависеть, прежде всего, от *надлежащего выяснения юридической природы самих правъ участія частнаго, точнѣе—тѣхъ правъ участія частнаго, кои имѣются въ виду п. 3 ст. 29 (новой редакціи), когда онъ ссылается на ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. 1.*

Проф. Б. В. Поповъ называетъ права участія частнаго „загадочными“ *); но въ такомъ случаѣ, *въ не меньшей мѣрѣ* загадочными должны быть признаны также *иски, направленные на защиту этихъ „загадочныхъ“ правъ.*

Къ счастью, въ послѣднее время наши писатели (и среди нихъ также проф. Поповъ) особенно энергично (и успѣшно) стали бороться съ этимъ, *далеко не желательнымъ*, свойствомъ названныхъ правъ. Въ связи съ сказаннымъ спорный вопросъ объ юридической природѣ правъ участія частнаго въ настоящее время явно уже приближается къ своему ликвидированію; слѣдствіемъ этого должно явиться въ недалекомъ будущемъ, надо надѣяться, установленіе и окончательное закрѣпленіе правильнаго (все болѣе и болѣе дѣлающагося господствующимъ) взгляда на эти права, какъ *исключительно—права сосѣдства (а не сервитуты).*

Въ это общее дѣло ликвидаціи загадочности правъ участія частнаго и мы постараемся внести свою посильную лепту.

Второе. Источникомъ познанія юридической природы исковъ о правѣ (или о нарушении права) участія частнаго до сихъ поръ считались и все еще продолжаютъ, повидимому, считаться, въ сущности говоря, *одни лишь официальные документы, по преимуществу же—рѣшенія Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената.* Къ числу этихъ *общепризнанныхъ официальныхъ источниковъ познанія* юридической природы нашихъ исковъ относятся, между прочимъ, законодательные мотивы къ п. 3 ст. 29 уст. гр. суд. въ редакціи закона 15 іюня 1912 г., вышеназванный проектъ новой редакціи уст. гражд. суд. и проч. Но, въ дѣйствительности, ни рѣшенія Гражданскаго Кассаціон. Деп-та Прав. Сената по вопросу о защитѣ правъ участія частнаго, ни законодательные мотивы къ закону о мѣстн. судѣ 15-го іюня 1912 г. относительно исковъ о нарушении права у. ч., ни законопроекты о нихъ (напр. проектъ новой редакціи уст. гражд. судопр.), ни даже самыя законы (напр. ст. ст. 1489 и 1806 уст. гражд. суд.) и т. п. *не являются, по нашему убѣжденію, тѣмъ именно матеріа-*

*) Вѣстн. гражд. права за 1914 г. № 3, стр. 38.

*ломъ, на почвѣ изученія и усвоенія котораго можно было бы создать, дѣйствительно, научную теорію исковъ о правѣ (или о нарушении права) участія частнаго *).*

При изслѣдованіи юридической природы нашихъ исковъ мы не обратимся, поэтому, къ *тѣмъ (поименованнымъ сейчасъ) официальнымъ документамъ, но—въ совершенно иную область; при конструированіи этихъ исковъ, мы будемъ основываться не на указанныхъ документахъ, но на данныхъ совершенно другой сферы: мы имѣемъ въ виду „общую теорію гражданского права“, или систему современнаго римскаго права, пандектнаго права.*

Примѣненіе въ настоящей работѣ *этого романистическаго метода* вызывается, на нашъ взглядъ, *самою дѣйствительною и настоятельною необходимостью*, а потому и не нуждается въ особомъ оправданіи. Въ самомъ дѣлѣ. Права участія частнаго, а равно и иски, направленные на ихъ защиту, будучи заимствованы собственно изъ французскаго и прусскаго кодексовъ, въ концѣ концовъ, несомнѣнно, *римскаго происхожденія **).* *Вполнѣ естественна* поэтому мысль объ изученіи интересующихъ насъ исковъ посредствомъ примѣненія и приспособленія именно началъ римскаго права. Тѣмъ болѣе, что и другіе изслѣдователи этихъ исковъ также пользуются въ своихъ конструкціяхъ („иски поссessorные“; или: „иски петиторные“), въ сущности говоря, *тѣми же началами.* Только примѣненіе ими этого романистическаго метода, даже въ одномъ только количественномъ отношеніи, чрезмѣрно недостаточно.

Мы не станемъ, конечно, подражать въ этомъ отношеніи нашимъ предшественникамъ, —но постараемся примѣнить и использовать настоящій методъ въ возможно широкомъ масштабѣ.

Что же касается *специально той области римскаго права, откуда преимущественно должно заимствовать руководящія идеи*, при изученіи исковъ о нарушении права (или о правѣ) уч. ч., то эта область намѣтится и очертанія ея выяснятся, ко-

*) Напротивъ, совсѣмъ особое и *весьма важное* значеніе имѣютъ матеріалы по судебному преобразованію 1864 г. См. ниже.

**) См. объ этомъ, напр., Курдиновскій, Къ ученію о легальныхъ ограниченіяхъ права собственности, стр. 19—20, 23 и др. Гуляевъ, Право участія частнаго въ практикѣ гражд. кассац. д-та Прав. Сената, стр. 9—11. Сравн., впрочемъ, Ельашевичъ, Вѣстн. гражд. права за 1914 г. № 2, стр. 21.

нечно, сами собою,—послѣ того, какъ въ точности опредѣлятся характеръ и юридическая природа правъ у. ч. *)).

Третье. Надлежащимъ источникомъ познанія юридической природы и существа исковъ о правѣ (или о нарушеніи права) участія частнаго, кромѣ римскаго права, слѣдуетъ считать также *законодательные матеріалы судебной реформы 1864 года, поскольку они касаются названныхъ исковъ.*

Эти матеріалы, конечно, весьма цѣнны и представляютъ выдающийся интересъ; и тѣмъ не менѣе, для цѣлей познанія этихъ исковъ, *указанные матеріалы, какъ оказывается, еще никѣмъ не были использованы,* хотя со времени появленія ихъ въ свѣтъ прошло уже свыше 50-ти лѣтъ. Мы лишь констатируемъ это, какъ простой фактъ, оставляя открытымъ вопросъ: почему собственно такъ случилось?

Впрочемъ, во избѣжаніе возможныхъ недоразумѣній необходимо оговориться.

Среди нашихъ юристовъ уже съ давнихъ поръ весьма популярно и въ большомъ употребленіи, какъ извѣстно, 4-хъ томное изданіе Государственной Канцеляріи „Судебныхъ Уставовъ съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны“.

Имъ нерѣдко пользуются и ссылаются на него также изслѣдователи (напр., В. Л. Исаченко, проф. В. Б. Ельяшевичъ) вопроса о защитѣ правъ участія частнаго. Но вѣдь кромѣ этого, такъ сказать, *сокращеннаго* изданія законодательныхъ матеріаловъ къ судебной реформѣ 1864 г., существуетъ еще *весьма обширное* (74 тома) „Дѣло о преобразованіи судебной части въ Россіи“! Однако, этимъ „Дѣломъ“ никто изъ юристовъ, писавшихъ по вопросу о защитѣ правъ у. ч., еще не пользовался.

И это, конечно, большая *методологическая ошибка*, которую на будущее время должно устранить.

Такимъ образомъ, изслѣдователи нашего вопроса традиціонно ссылаются лишь на слѣдующее „разсужденіе“ **), на коемъ основанъ п. 5 ст. 29 Устава гражданскаго судопроизводства 20-го ноября 1864 года:

*) Вполнѣ понятно, что если эти права суть права сосѣдскія, при конструированіи исковъ о нихъ, должны быть примѣняемы *одни* начала римскаго права; если же это—сервитутныя права, то—*другія*.

**) Изъ указанного изданія Госуд. Канц. Судебн. Уставовъ.

„По свойству исковъ о нарушеніи права частнаго участія (442, 445—451 т. X ч. 1), возникающихъ весьма часто между сельскими и городскими обывателями и требующихъ мѣстнаго изслѣдованія, иски сіи должны быть представлены также вѣдѣнію мирового судьи, при томъ, однако же, условіи, чтобы они предъявлялись не далѣе, какъ черезъ годъ со времени происшедшаго нарушенія, при семъ принять годичный срокъ потому, что съ одной стороны такой срокъ не столь продолжителенъ, чтобы могъ затруднить мирового судью въ сопряженныхъ съ такого рода исками изслѣдованіяхъ, а съ другой—совершенно достаточенъ для того, чтобы тяжущіеся могли получить свѣдѣнія о нарушеніи ихъ права участія частнаго, къ какому бы предмету право сіе ни относилось“.

Надо сказать, что это „разсужденіе“ пользуется среди изслѣдователей вопроса о защитѣ права участія частнаго весьма большимъ, конечно, исполнѣ понятнымъ (въ виду его официальнаго происхожденія), но, по нашему крайнему убѣжденію, всетаки незаслуженнымъ авторитетомъ. Напротивъ, мы считаемъ его, вопреки установившемуся мнѣнію, *лишь простою тирадою, не имѣющею ни научнаго интереса, ни вообще значенія.*

Обычно юристы, ссылаясь на это мѣсто, употребляютъ всевозможныя усилія къ тому, чтобы въ наибольшей степени использовать его и, такъ сказать, „выжать“ изъ него все, что только возможно, въ цѣляхъ наилучшаго обоснованія того взгляда на иски о правѣ участія частнаго, который они защищаютъ. Напримѣръ, сен. В. Л. Исаченко, приводя это „разсужденіе“ и, очевидно, усматривая въ немъ логическое удареніе на словахъ: „о нарушеніи права участія частнаго“, печатаетъ ихъ (дважды) курсивомъ *). Далѣе, и сен. В. Л. Исаченко, и проф. В. Б. Ельяшевичъ единогласно выводятъ изъ приведеннаго мѣста, что настоящіе иски считались составителями уставовъ 20-го ноября 1864 года исками малоцѣнными и несложными **). Согласіе названныхъ авторовъ въ указанномъ отношеніи, нисколько, однако, не мѣшаетъ имъ, кореннымъ образомъ, разойтись, какъ мы видѣли, въ ихъ дальнѣйшихъ выводахъ—по вопросу о юридической природѣ и существѣ защиты правъ у. ч.!

Намъ ясно изъ всего сказаннаго, что *это мѣсто не имѣетъ, въ дѣйствительности, какого либо руководящаго значенія и даже просто малосодержательно.*

*) Вѣстн. гражд. права за 1913 г. № 8, стр. 13.

**) Вѣстн. гражд. права за 1913 г. № 8, стр. 14 и за 1914 г. № 2, стр. 32.

Въ самомъ дѣлѣ, начинается оно, казалось бы, съ *много-обещающихъ* словъ: „по свойству исковъ о нарушении права частнаго участія и т. д.“. Согласно же существующей (и сейчасъ приведенной) интерпретаціи интересующаго насъ „разсужденія“ эти свойства ихъ заключаются въ „малоцѣнности и несложности“. Но вѣдь малоцѣнны и несложны не только эти иски, но все вообще иски, подвѣдомственные мировой юстиці! Слѣдовательно, сказаннымъ еще нисколько не выясняется собственно *конструктивный* (и притомъ, какъ родовой, такъ и видовой) признакъ, присущій специально искамъ о правѣ у. ч.!

Сравнительно подробнѣе говорится въ этомъ „разсужденіи“ о значеніи „голичнаго срока“. Однако, эта тема, хотя она и является весьма важною, подлежитъ обсужденію, во всякомъ случаѣ, не ранѣе выясненія именно „свойства“ интересующихъ насъ исковъ, — а между тѣмъ, въ приведенномъ „разсужденіи“ какъ разъ не содержится, какъ мы сейчасъ сказали, сколько нибудь опредѣленной юридической конструкціи этихъ исковъ.

Наконецъ, настоящее „разсужденіе“ заканчивается въ духѣ, присущемъ вообще всему его содержанію — такою *общею фразою* (лишенною, конечно, всякаго значенія): „о нарушении ихъ права участія частнаго, къ какому бы предмету право сіе ни относилось“...

Так. обр., на основаніи сказаннаго мы заключаемъ, что это „разсужденіе“, на которое наша юриспруденція возлагаетъ, повидимому, столь большія надежды, очевидно, ихъ вовсе не оправдываетъ и, по самому существу дѣла, оправдать не можетъ.

Поэтому, считая его, въ силу приведенныхъ соображеній, лишь *неудавшимся теоретизированіемъ* составителей Судебныхъ Уставовъ 20-го ноября 1864 г., не взирая на установившуюся традицію какъ бы особаго почитанія этого „разсужденія“, и даже вопреки ей, — мы, безусловно не относимъ его къ числу *такихъ законодательныхъ матеріаловъ, касающихся п. 5 ст. 29, кои способны, дѣйствительно, дать ключъ къ познанію (или, по крайней мѣрѣ, облегчить познаніе) юридической природы и существа исковъ о правѣ у. ч.*

Методологическій планъ нашего дальнѣйшаго изслѣдованія, такимъ образомъ, намѣченъ.

Остается лишь привести его въ исполненіе.

Начнемъ съ изслѣдованія юридической природы *правъ* участія частнаго.

§ 7. Юридическая природа *правъ* участія частнаго, предусмотрѣнныхъ статьями 442, 445—451 т. X ч. 1.

Нельзя не согласиться съ проф. Ельяшевичемъ, что при обсужденіи вопроса о защитѣ *правъ* участія частнаго надлежитъ исходить, несомнѣнно, изъ „конкретнаго“ *) содержанія ст. 442, 445—451 зак. гражд. **) .

Въ чемъ же заключается это „конкретное“ содержаніе названныхъ *правъ* участія частнаго?

Взглядъ самого уважаемаго профессора на этотъ вопросъ состоитъ въ слѣдующемъ.

Права участія частнаго, предусмотрѣнные ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. 1, отнюдь не составляютъ „единаго института“, но представляютъ собою „разнородныя явленія, объединенныя лишь по одному признаку“. „Анализъ ст. 442—451, образующихъ отдѣлъ „право участія частнаго“, сразу же вскрываетъ здѣсь (говоритъ проф. Ельяшевичъ) наличность элементовъ разнаго порядка“. „Центральное ядро составляютъ постановленія, ограничивающія земельнаго собственника въ совершеніи тѣхъ или иныхъ дѣйствій на его участкѣ“. Эти постановленія суть законныя ограниченія собственности въ интересахъ сосѣдей (ст. 445 п. д. 1, 3 и 4, 446 ч. 1 и 447 п. 3). Къ нимъ чрезвычайно близко подходятъ постановленіе ст. 442 п. 1, „воспреещающее нижнему владѣльцу по рѣкѣ поднимать запрудами уровень воды и тѣмъ затоплять земли верхняго владѣльца, и постановленіе ст. 445 п. 2, воспреещающее лить воду и сметать соръ на дворъ сосѣда“. Проф. Ельяшевичъ находитъ, что указанныя постановленія также содержатъ въ себѣ „законныя ограниченія права собственности безъ соответствующихъ *правъ* другихъ лицъ на это имущество“, хотя всетаки нѣсколько отличны отъ другихъ (ранѣе отмѣченныхъ) законныхъ ограниченій права собственности. Различіе между обѣими приведенными группами проф. Ельяшевичъ усматриваетъ въ томъ, что при наличіи закон-

*) Курсивъ нашъ.

**) Вѣстн. гражд. права за 1913 г. № 3, стр. 49.

ныхъ ограниченій права собственности второй группы „рѣчь идетъ уже о дѣйствіяхъ, заключающихъ въ себѣ непосредственное воздѣйствіе на чужой участокъ. Такія дѣйствія законъ воспрещаетъ, хотя они совершаются на собственномъ участкѣ“.

Далѣе проф. Ельяшевичъ продолжаетъ: „совсѣмъ иной институтъ содержатъ ст. ст. 448—451..... Здѣсь, при наличности опредѣленныхъ условий, лицу предоставляется право прохода по землѣ другого лица, *право, носящее всѣ признаки права на чужую вещь* *). Ограниченіе, вытекающее отсюда для собственника обремененнаго имѣнія, есть лишь слѣдствіе, оборотная сторона этого права. *Центръ тяжести отношенія лежитъ въ самомъ правѣ на чужую вещь* *). Мы имѣемъ предъ собою то, что именуется *сервитутомъ* *); и такъ какъ этотъ сервитутъ устанавливается по закону, принудительно, то—сервитутъ принудительный, или легальный“. Но сказаннымъ еще не исчерпывается (по мнѣнію проф. Ельяшевича) все содержаніе ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. 1. „Въ составѣ разсматриваемыхъ статей имѣется (говоритъ онъ) *еще одинъ институтъ* *). Ст. 446 ч. 2 допускаетъ договоръ между земельнымъ собственникомъ и сосѣдомъ, по которому собственникъ выговариваетъ себѣ право выводить, вопреки законному запрещенію, окна на дворъ сосѣда. Этимъ путемъ онъ сбрасываетъ съ себя лежавшее на немъ ограниченіе и тѣмъ расширяетъ сферу своего правового господства, приобретаетъ право, котораго у него по закону не было..... Въ силу этого договора возникаетъ, такимъ образомъ, настоящее вещное право на чужую вещь, *реальный сервитутъ*..... *). О возможности устраненія путемъ договора другихъ законныхъ ограниченій сосѣдскаго права законы гражданскіе прямо не говорятъ. Упоминаетъ о согласіи лишь ст. 442 п. 2 по поводу примычки плотины. И это согласіе, облеченное въ крѣпостную форму, создаетъ *реальный сервитутъ* *) (рѣш. 1883 г. № 119). Нѣтъ основаній не допустить того же и по отношенію къ скату крыши, выливанію воды и т. п.“ **).

Сказанное должно подтвердить (по мысли проф. Ельяшевича) правильность его заявленія (см. выше), будто бы упоминаемая п. 3 29 ст. Уст. гражд. суд. права участія частнаго (ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. 1) представляютъ собою отнюдь не „единый институтъ“, а,

*) Курсивъ нашъ.

***) Вѣстн. гражд. права за 1914 г. № 2, стр. 21—23.

напротивъ, „разнородныя явленія“ („элементы разнаго порядка“). Впрочемъ, какъ мы выше видѣли, проф. Ельяшевичъ считаетъ эти „разнородныя“ права участія частнаго всетаки „объединенными по одному признаку“. Каковъ же этотъ признакъ? Отвѣтъ на настоящій вопросъ находимъ въ дальнѣйшемъ изложеніи статьи проф. Ельяшевича (стр. 23—24): „обозрѣвая всѣ эти институты, обнимаемые именемъ права участія частнаго (пишетъ онъ) мы находимъ *одинъ моментъ, общій имъ всѣмъ. Всѣ они одинаково налагаютъ ограниченія на собственника земельного участка*“ *). Изъ дальнѣйшаго изложенія статьи проф. Ельяшевича усматривается, что ему понадобилось создать это „объединеніе“, на самомъ дѣлѣ, „разнородныхъ“ (по его же мнѣнію) правъ уч. ч., собственно говоря, лишь для того, чтобы подготовить почву, удобную для насажденія (и оправданія) защищаемой имъ (какъ увидимъ ниже) теоріи *единства, единой природы* исковъ о правѣ у. ч.

Дѣйствительно, касаясь далѣе (въ своемъ изложеніи) этихъ исковъ, проф. Ельяшевичъ говоритъ: „иски о правѣ участія частнаго суть иски противъ земельного собственника со стороны лица, пострадавшаго отъ нарушенія собственникомъ налагаемыхъ на него правомъ участія частнаго ограниченій. Характеръ притязаній, лежащихъ въ основѣ этого иска, опредѣляетъ и его природу. Возьмемъ основную группу постановленій изъ числа обнимаемыхъ ст. 442—451,—постановленія сосѣдскаго права“,—говоритъ далѣе проф. Ельяшевичъ и, разсмотрѣвъ затѣмъ, по существу, вопросъ о защитѣ именно указанной основной группы правъ уч. ч., приходитъ къ такому заключенію: „иски о правѣ участія частнаго суть, по существу, по крайней мѣрѣ, *для данной категоріи* *) права участія частнаго иски о правѣ, иски петиторные и проч.“. Однако, упомянувъ сейчасъ лишь о „данной категоріи права уч. ч.“, и высказавшись въ указанномъ смыслѣ, онъ касается влѣдъ за тѣмъ защиты правъ у. ч. уже *всѣхъ* категорій, а не только основной группы; при этомъ проф. Ельяшевичъ повторяетъ сейчасъ сказанное имъ объ искѣ о правѣ у. ч., находя, что этотъ искъ останется *тѣмъ же* искомъ, также искомъ о правѣ, искомъ петиторнымъ и тогда,—когда *понадобится судебная защита правъ у. ч. другихъ категорій: „принудительныхъ сервитутовъ и нѣкоторыхъ договорныхъ сервитутовъ“*.

*) Курсивъ нашъ.

Отсюда прямой вывод, дѣлаемый проф. Ельяшевичемъ: „искъ, предусматриваемый п. 5 (нынѣ 3) ст. 29, есть искъ *единный* *). Если для одной группы явленій, затрагиваемыхъ этимъ искомъ, онъ по необходимости есть искъ петиторный, онъ неизбежно будетъ таковымъ и для всѣхъ другихъ явленій, подводимыхъ подъ понятие права участія частнаго и проч.“ **).

Такова *summa summarum* анализа „конкретнаго содержанія ст. 442, 445—451 зак. гражд.“, произведеннаго проф. Ельяшевичемъ.

Со всѣми этими разсужденіями почтеннаго профессора мы, къ сожалѣнію, абсолютно не можемъ согласиться—по нижеслѣдующимъ соображеніямъ.

Во-первыхъ. Касаясь приведеннаго анализа проф. Ельяшевича статей т. X ч. I о правахъ участія частнаго, мы становимся прямо лицомъ къ лицу передъ проблемою, которую другой профессоръ (Поповъ) называетъ „сложною“ о томъ, „*что такое эти права участія, законныя ли ограниченія собственности или сервитуты, либо то и другое вмѣстѣ*“ ***). Надо сказать, что настоящая „проблема“ всегда занимала нашу юриспруденцію, но интересъ къ ней возросъ среди нашихъ юристовъ, въ особеннѣе время:—въ связи съ оживленіемъ, какъ мы видѣли, споровъ по вопросу о защитѣ правъ участія частнаго.

Удачную, по нашему мнѣнію, попытку разрѣшенія указанной проблемы содержитъ статья проф. Попова—въ Вѣстникѣ гражданскаго права за 1914 г. № 3: „Право участія частнаго и новый законъ о правѣ застройки“.

Юридическій анализъ статей 442, 445 — 451 т. X ч. I допускаетъ—говорить названный авторъ— „*троякій выводъ*“. „Или правами участія надобно считать тѣ правомочія, которыя получаетъ одинъ сосѣдь въ силу соответствующихъ ограниченій права собственности другого сосѣда, — тѣхъ именно (ни болѣе и ни менѣе), которыя перечисляетъ законодатель.... *Въ такомъ случаѣ всѣ соглашенія, отмѣняющія подобныя ограниченія, будутъ устанными, а не действительными*“ *). Это—конструкція, къ которой—вслѣдъ за цѣлымъ рядомъ другихъ отечественныхъ юристовъ ****)

*) Курсивъ нашъ.

***) Вѣстн. гражд. права 1914 г. № 2, стр. 26—28.

****) „Право“ за 1914 г. № 12, стр. 978.

*****) Къ этой группѣ юристовъ относятся, напр., проф. Мейеръ, Русское гражданское право, изд. 8-ое 1902, стр. 265, проф. Шершеневичъ, Учебникъ русск. гражд. права, изд. 10, стр. 273—274, 280 и слѣд., проф. Васильевскій, Учебникъ гражд. права, вып. II, стр. 82.

присоединяется и авторъ настоящей статьи (говорить о себѣ проф. Поповъ). *Основной тезисъ этого ученія—что права участія частнаго не сервитуты* *). Но существуетъ, продолжаетъ проф. Поповъ, и противоположное мнѣніе. „Во-первыхъ, одни говорятъ, будто права участія частнаго дѣйствующему законодательству представляются *именно сервитутами: или договорными, или „легальными*“.) Во-вторыхъ, нѣкоторые думаютъ, что подъ правами участія частнаго нашъ законъ разумѣетъ *не только ограниченія права собственности, но и сервитуты: съ одной стороны, принудительные (въ силу закона), съ другой стороны—договорные (въ отмѣну легальныхъ сосѣдскихъ ограниченій)*“)–**).

Къ первой группѣ юристовъ (изъ сейчасъ указанныхъ группъ) проф. Поповъ относитъ проф. Гуляева; можно назвать еще проф. Дювернуа ***). Ко второй—принадлежатъ (по словамъ проф. Попова): проф. Курдиновскій, г. Горонвичъ, К. П. Побѣдоносцевъ (отчасти) и друг.; въ числѣ юристовъ этой группы проф. Поповъ называетъ также (по-праву, конечно) проф. Ельяшевича ****).

Проф. Поповъ считаетъ оба послѣдніе взгляда на юридическую природу и существо правъ уч. ч. явно ошибочными. Какъ мы уже знаемъ, права уч. ч. суть, по его мнѣнію, *именно законныя ограниченія права собственности, и только они*. Поэтому, проф. Поповъ принципиально не допускаетъ ни отождествленія ихъ съ сервитутами, ни вообще смѣшенія или же объединенія этихъ законныхъ ограниченій права собственности съ сервитутами подъ общимъ понятіемъ правъ уч. частнаго.

Мы всецѣло присоединяемся къ приведенному взгляду проф. Попова, присущему и другимъ (какъ было сказано) нашимъ юристамъ.

Считая же этотъ взглядъ единственно правильнымъ, мы не можемъ, конечно, раздѣлить, въ частности, мнѣніе проф. Ельяшевича, будто бы подъ правами участія частнаго надлежитъ разумѣть, наряду съ законными ограниченіями собственности въ интересахъ сосѣдства, также реальные сервитуты, договорные и принудительные.

*) Курсивъ нашъ.

***) Назван. статья, стр. 38.

*****) Пособіе къ лекціямъ, стр. 156 и слѣд.

*****) Учебникъ русск. гражд. судопр. 5-е изд. 1913 г., стр. 66.

*****) Вѣстн. гражд. права, 1914 г. № 3, стр. 50—52.

Обоснование учения, что права у ч., предусмотренныя статьями 442, 445—451 т. X ч. 1, суть законныя ограниченія права собственности и только они, мы находимъ прежде всего, конечно, у самого проф. Попова—въ его названной статьѣ. Къ ней мы и позволимъ себѣ отослать читателя. Но не ограничиваясь этимъ, мы еще разъ возвратимся впоследствии къ указанной темѣ, чтобы высказать по этому вопросу также свои собственныя соображенія.

Во-вторыхъ. Допустимъ даже, что проф. Ельяшевичъ — правъ, когда онъ утверждаетъ, что подъ правами участія частного, защита коихъ предусмотрена п. 3 ст. 29 уст. гражд. суд., нужно разумѣть разнородныя явленія: и законныя ограниченія собственности (двухъ категорій), и т. н. „легальныя“ сервитуты, и сервитуты въ истинномъ смыслѣ этого слова. Но и въ такомъ случаѣ проф. Ельяшевичъ — по нашему мнѣнію, *не правъ*, но только уже *въ другомъ отношеніи*, а именно: поскольку онъ, хотя и констатируетъ всю разнородность перечисленныхъ правоотношеній, называемыхъ правами участія частного, всетаки стремится ихъ *объединить* посредствомъ отысканія „одного момента, общаго имъ всѣмъ“, усматривая таковой въ „ограниченіи собственника земельного участка“.

Дѣло въ томъ, что такое объединеніе юридической доктринѣ *вовсе неизвѣстно*. Если же это — нововведеніе, то нужно-ли оно? Отвѣтъ на этотъ вопросъ находимъ также у проф. Попова (цитирован. статья, стр. 48): „едва ли есть надобность для научной интерпретаціи смѣшивать воедино понятія, которыя теорія старается строго обособить“.

Правда, для описаннаго объединенія, отождествленія или, по крайней мѣрѣ, сближенія ограниченной права собственности съ сервитутами имѣется, конечно, достаточно причинъ. Укажемъ на нихъ. Прежде всего, *логическое основаніе*: подобно тому, какъ съ понятіемъ „сервитута“ сопрягается идея не только *служенія*, но и (неизбѣжно) *ограниченія* себя (pat), также точно съ понятіемъ „ограниченія права собственности“ связуется мысль не только объ *ограниченіи*, но и объ *ограниченіи* себя на пользу кого либо, ограниченія себя ради другого, какъ бы одолженія по его адресу, а значитъ и—*служенія*. Это логически сближаетъ оба понятія. Затѣмъ, къ смѣшенію законныхъ ограниченій собственности съ сервитутами ведетъ также терминъ „*легальныя сервитуты*“, употребляемый иногда для обозначенія ограниченій права собственности; правда, этотъ терминъ уже давно признанъ, какъ въ западно-европейской, такъ и въ нашей наукѣ гражданского права неудачнымъ и даже вред-

нымъ (какъ ведущій къ указанному смѣшенію)*); —но (къ сожалѣнію) онъ уже успѣлъ до такой степени упрочиться въ области гражданского права, что нѣтъ, кажется, надеждъ на его полное когда либо искорененіе. Наконецъ, *самая терминологія т. X ч. 1*, равнымъ образомъ, является причиною того же смѣшенія. Нашъ гражданскій кодексъ называется, какъ извѣстно, сервитуты правами угодій, а ограниченія права собственности—правами участія частного *въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества*. Нельзя, конечно, не согласиться съ проф. Шершеневичемъ, что эта терминологія неудачна, что выраженіе „права участія частного“ не подходитъ для обозначенія ограниченій права собственности, и что это былъ бы „прекрасный терминъ“ именно для сервитутнаго права**).

Во всякомъ же случаѣ, изъ того, что имѣются, такъ сказать, логическія и терминологическія (точнѣе—пороки терминологіи) причины къ смѣшенію законныхъ ограниченій права собственности съ сервитутами, отнюдь не слѣдуетъ, конечно, что еще сверхъ того надлежитъ и *сознательно* стремиться къ этому смѣшенію, отождествленію или объединенію указанныхъ правовыхъ явленій, по своему существу вполне разнородныхъ.

Напротивъ, по нашему убѣжденію, надо мыслить и научно рассуждать именно не въ этомъ направленіи (повинуясь лишь логической и „терминологической“, если такъ можно выразится, инерціи), а какъ разъ въ обратномъ направленіи.

Впрочемъ, понятія: законныя ограниченія собственности и т. н. легальныя сервитуты должны, дѣйствительно, быть „объединяемы“, но по той лишь простой причинѣ, что эти понятія и сами по себѣ—вполнѣ тождественны. Только этотъ неудачный терминъ: легальныя сервитуты, *отнюдь не долженъ явиться*, какъ поводъ или оправданіе, или, выражаясь, быть можетъ, еще правильнѣе—какъ *промежуточное логическое звено къ сближенію и даже объединенію законныхъ ограниченій собственности съ сервитутами*

* Литература (иностранная и русская) по этому вопросу приведена въ цитирован. статьѣ (стр. 42 и слѣд.) проф. Попова, который также категорически высказывается противъ „конструкціи сосѣдскихъ правъ, какъ легальныхъ сервитутовъ“. См. также Васьковскій. Учебникъ, вып. II, стр. 83.

** Учебникъ русск. гражд. права, изд. 10-е, стр. 363. См. также выше цитированную статью Ал. Гелда „Неразрѣшенные вопросы“ (Судебная газета за 1898 г. № 52, стр. 50).

въ истинномъ смыслѣ этого слова, — подъ общимъ именемъ правъ у. ч.

Если же, напротивъ, допустить, согласно теоріи проф. Ельяшевича, что права уч. частнаго суть разнородныя правовыя явленія, кои, однако (вопреки той же теоріи) ни въ какомъ случаѣ не подлежатъ объединенію, то въ такомъ случаѣ должны быть, очевидно, совершенно разными также иски, направленные на ихъ защиту. Съ одной стороны, это должны быть, конечно, иски о правахъ сосѣдства, а съ другой — иски сервитутные. Но сервитутные иски суть вещные иски (поссесорные либо петиторные); иски же, направленные на защиту правъ сосѣдства суть личные (обязательственные) иски, — какъ увидимъ ниже.

Исходя, такимъ образомъ, изъ предложенной проф. Ельяшевичемъ идеи разнородности правъ уч. частнаго и разсуждая послѣдовательно, мы пришли къ неизбежному выводу, что въ п. 3 ст. 29 Уст. гражд. судопр. подъ исками о нарушеніи права (или о правѣ) уч. ч. одновременно разумѣются и объединяются какъ вещные, такъ и личные (обязательственные) иски. Между тѣмъ, иски обѣихъ названныхъ категорій столь различны, по самому своему существу, что они напротивъ должны были бы взаимно исключать, казалось бы, другъ друга.

Сказанное, само собою разумѣется, должно навести насъ на самыя основательныя сомнѣнія насчетъ правильности допущеннаго нами исходнаго положенія, взятаго изъ ученія проф. Ельяшевича, будто бы права участія частнаго суть разнородныя, а не однородныя правовыя явленія. Во всякомъ же случаѣ, тѣ права уч. частнаго, кои предусмотрены специально ст. ст. 442, 445 — 451 т. X, ч. I, суть, по нашему убѣжденію, несомнѣнно законныя ограниченія права собственности, и только они (см. ниже).

Въ-третьихъ. Какъ мы выше видѣли, проф. Ельяшевичъ, характеризуя права участія частнаго — какъ разнородно-единныя, такъ сказать, правовыя явленія, считаетъ „искъ, предусмотрѣнный п. 5 (нынѣ 3) ст. 29, искомъ единымъ“.

Мы не можемъ согласиться и съ этимъ мнѣніемъ уважаемаго профессора.

Мы постараемся доказать, что иски о правѣ у. ч. суть, напротивъ, разные иски, хотя и не въ томъ, конечно, смыслѣ, будто бы этимъ общимъ понятіемъ объемлются какъ сервитутные иски, такъ и иски, направленные на защиту правъ сосѣдства. Всѣ иски о правѣ уч. ч., по нашему убѣжденію, суть

исключительно (какъ мы уже говорили) иски, направленные на защиту сосѣдскихъ правъ. Но это — ихъ лишь родовою признакъ. На ряду съ указаннымъ (родовымъ) признакомъ иски, защищающіе сосѣдскія права, имѣютъ также видовыя отличія, и въ зависимости отъ этого, они подраздѣляются, по крайней мѣрѣ, согласно догмѣ римскаго права, на слѣдующіе виды: actio finium regundorum, actio aquae pluviae arcendae, interdictum quod vi aut clam etc. etc.

Таковы тѣ соображенія, въ силу коихъ мы не находимъ возможности принять ученіе проф. Ельяшевича о правѣ участія частнаго (и его защитѣ).

Первое — на что нужно, думается намъ, обратить самое серьезное вниманіе, при анализѣ отдѣльныхъ правъ участія частнаго, предусмотрѣнныхъ ст. ст. 442, 445 — 451 т. X ч. I, состоитъ въ томъ, что п. 3 ст. 29 Уст. гражд. судопр., ссылаясь на статьи т. X ч. I (касающіяся правъ у. ч.) по какой-то странной причинѣ вовсе изъемятъ изъ ихъ числа (не ссылаются на) статьи 443 и 444.

Необходимо въ виду этого, прежде всего, остановиться на болѣе или менѣе подробномъ разсмотрѣніи „конкретнаго содержанія“ указанныхъ ст. ст. 443 и 444. Первая половина ст. 443, повидимому, незначительна по содержанію: „всѣ мельницы (гласить она), которыхъ плотины примкнуты къ берегамъ постороннихъ дачъ, должны быть оставляемы въ единственномъ владѣніи тѣхъ, на дачахъ коихъ мельничное строеніе находится“. Главное содержаніе этой статьи заключается, такимъ образомъ, не въ первой, а во второй ея половинѣ, гдѣ говорится о примычкѣ плотины за вознагражденіе (выгоду), основанной на договорѣ. Очевидно, что это не законное ограниченіе права собственности, но подлинный сервитутъ*), аналогичный римскому *servitus tigni immittendi*, — „правамъ встраивать“ (*Rechte des Einbaues*), кои „дозволяютъ укрѣплять концы балокъ — tigna — или иныя части строенія ***) на сосѣднемъ участкѣ ***).

*) Шершеневичъ. Учебникъ русск. гражд. права, 10-е изданіе, 1912 г., стр. 368—369.

**) Курсивъ нашъ.

***) Дернбургъ. Пандекты, т. I ч. 2 (вещное право), русскій переводъ подъ редакціей бар. А. Ф. Мейендорфа, § 244, стр. 209.

Объ этомъ же сервитутъ, по лишь въ примѣненіи къ мельницамъ, построеннымъ на казенныхъ земляхъ *), говоритъ также п. 1 слѣдующей ст. 444. „Если при началѣ построенія мельницы на казенныхъ земляхъ *условленъ былъ* законнымъ порядкомъ ежегодный платежъ или другія какія либо выгоды тому селенію, къ землямъ котораго *примкнута плотина*, въ такомъ случаѣ исполнять (сказано въ этомъ пунктѣ ст. 444) условія сіи безусловно по точной силѣ вышеприведеннаго правила“. Пунктъ же 2 ст. 444 предусматриваетъ случай, когда договора объ установленіи сервитута примычки плотины не было заключено: тогда „общее владѣніе мельницею предоставить по землѣ (сказано въ немъ) мірскимъ обществамъ, какимъ бы иждивеніемъ мельницы и плотины построены ни были“.

Итакъ, статьи 443 и 444 т. X ч. I имѣютъ въ виду, несомнѣнно, подлинный сервитутъ, а п. 3 ст. 29 Уст. гражд. судопр., предусматривая иски о нарушеніи права уч. ч. и дѣлая ссылку на зак. гражд., касающіеся этихъ правъ, *не приводитъ единственно лишь названныя статьи 443 и 444*. Не симптоматично ли это! Не имѣется ли, въ виду этого, извѣстнаго основанія *предположить* (хотя бы съ нѣкоторою лишь долею вѣроятія), что п. 3 ст. 29 Уст. гр. суд. не ссылается на ст. ст. 443 и 444 *именно потому, что подъ исками о нарушеніи права уч. ч. онъ разумѣетъ не иски о сервитутахъ?*

Конечно, пока это одно только предположеніе, и намъ не остается ничего другого, какъ ближе разсмотрѣть содержаніе ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. I.

„Конкретное содержаніе“ приведенныхъ статей составляютъ, не подлежатъ сомнѣнію, законныя ограниченія права собственности въ интересахъ сосѣдей,—т. н. сосѣдскія права. Содержаніе *большинства*, по крайней мѣрѣ, постановленій, заключающихся въ этихъ статьяхъ, уже съ перваго взгляда, не вызываетъ какихъ либо колебаній въ этомъ отношеніи. И тѣмъ не менѣе, должно сознаться, что, анализируя статьи 442, 445—451, мы наталкиваемся среди ихъ постановленій также на такія правовыя явленія, кои не составляютъ, повидимому, сосѣдскихъ правъ. Благодаря этому, могутъ возникать, думается намъ, извѣстныя сомнѣнія и затрудненія; но въ дѣйствительности всѣ они оказываются, какъ сейчасъ увидимъ, вполне устранимыми.

*) И при томъ, „въ разрѣшеніе споровъ по сему предмету между обществами бывшихъ государственныхъ крестьянъ“ (ст. 444).

Въ самомъ дѣлѣ.

1) Пунктъ 2 ст. 442 говоритъ о правѣ владѣльца земель и покосовъ требовать, „чтобы хозяинъ противоположнаго берега рѣки не примыкалъ плотины къ его берегу безъ согласія“. Имѣетъ ли въ виду этотъ пунктъ ст. 442 „сосѣдское право“? Проф. Шершеневичъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ: „строго говоря, здѣсь и нѣтъ ограниченія права собственности, потому что, устраняя плотину на чужомъ берегу, собственникъ выходитъ уже за предѣлы своего права *). Но въ приведенномъ постановленіи не имѣется тѣмъ больше указанія и на сервитутъ. „Это постановленіе не заключаетъ въ себѣ ограниченія права собственности“—говоритъ о п. 2 ст. 442 также проф. Васильевскій **), и вслѣдъ затѣмъ добавляетъ: „и представляется *совершенно излишнимъ* ***), такъ какъ само собой понятно ****), что право собственности на одинъ берегъ не даетъ никакихъ правъ на другой и что, поэтому, примычка плотины къ противоположному берегу возможна только съ разрѣшенія его владѣльца“. Мы вполне присоединяемся къ мнѣнію проф. Васильевскаго, что п. 2 ст. 442—„совершенно излишній“; исходя же изъ этого соображенія, мы не будемъ считаться съ нимъ и при конструированіи исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго.

2) Если п. 2 ст. 442 не содержитъ указанія на сервитутъ (и даже, какъ мы сейчасъ видѣли, „совершенно излишній“), то ни того, ни другого отнюдь нельзя сказать о 2 и 3-мъ п. п. ст. 446, упоминающихъ о „дозволительной записи“ на устройство „оконъ на дворъ или на крышу сосѣда“. „Послѣ совершенія *дозволительной записи* (говорится, между прочимъ, въ ст. 446) ни самъ владѣлецъ, допустившій выстроить на межѣ своего двора домъ съ окнами на оный, ни преемники его *не въ правѣ уже заслонять окна сіи новымъ зданіемъ или брандмауеромъ*“. Ясно, что посредствомъ совершенія этой дозволительной записи устанавливается, согласно ст. 446, въ сущности говоря, *подлинный сервитутъ*, аналогичный римскому *servitus ne luminibus officiatur*.

*) Учебникъ русск. гражд. права, изд. 1912, стр. 282. См. также Курлиновскій. Къ ученію о легальныхъ ограниченіяхъ права собственности—въ Запискахъ Новороссійскаго Университета, т. 78, стр. 232.

**) Учебникъ гражд. права, вып. II, стр. 87.

***) Курсивъ нашъ.

****) Это — „самоочевидно“, по выраженію проф. Ельяшевича (Вѣсти. гражд. права 1913 г. № 3, стр. 50).

Возникает поэтому вопрос: каково должно быть наше отношение къ п. п. 2 и 3 ст. 446? Обязаны ли мы, непременно, (или же вовсе не обязаны) считаться—при конструированіи исковъ о нарушении права (или о правѣ) участія частнаго—также съ этимъ оконнымъ *сервитутомъ*, предусмотрѣннымъ указанными пунктами названной статьи?

Мы должны обсудить эти вопросы.

Проф. Поповъ, обзрѣвая ст. ст. 442—451, касающіяся правъ участія частнаго и помѣщенныя, какъ извѣстно, въ отдѣленіи 1-омъ главы 2-ой (книги 2-ой законовъ гражданскихъ), находитъ, что „статьи 443—444 по поводу правъ участія частнаго ничего не говорятъ“, но что онѣ касаются „особаго сервитута“ (сервитута примычки плотины). По этому поводу проф. Поповъ высказываетъ слѣдующую правильную, по нашему мнѣнію, мысль: „если это такъ, то попалъ данный сервитутъ въ отдѣленіе 1-ое главы 2-ой *à propos (lex fugitiva) въ интересахъ стилистическаго удобства* *): ибо упомянуть о способѣ отмѣны ограниченій права собственности показалось законодателю всего умѣстнѣе среди статей, говорящихъ о самихъ этихъ ограниченіяхъ“ **).

Итакъ, проф. Поповъ считаетъ, повидимому, не безъ основанія статьи 443 и 444 за *leges fugitivae*. Но среди постановленій, содержащихся въ ст. ст. 442—451, это не единственныя *leges fugitivae*: ими же являются, надо думать, интересующіе сейчасъ насъ п. п. 2 и 3 ст. 446. Дѣйствительно. Пунктъ 1-ый (или точнѣе выражаясь, начало) статьи 446 гласитъ, какъ извѣстно, такимъ образомъ: „Строющій домъ на самой межѣ своего двора не долженъ дѣлать оконъ на дворъ или на крышу своего сосѣда безъ согласія сего послѣдняго: въ противномъ случаѣ слѣдуетъ окна закладывать“ ***). Это, несомнѣнно, законное ограниченіе права собственности. Слѣдующіе же п. п. (2 и 3-ий) упоминаютъ уже объ оконномъ сервитутѣ. Почему? А по той лишь причинѣ, (говоря словами проф. Попова) что „упомянуть о способѣ (этого) ограниченія права собственности показалось зако-

*) Курсивъ нашъ.

***) Въстн. гражд. права за 1914 г. № 3, стр. 37.

****) Къ п. 1 ст. 446, непосредственно примыкаетъ, по содержанию, ст. 447. Въ ней мы находимъ лишь логическое развитіе правовой идеи, выраженной въ п. 1 ст. 446.

подателю всего умѣстнѣе“ именно вслѣдъ за п. 1 ст. 446 *), по-становляющимъ объ указанномъ ограниченіи права собственности.

Итакъ, п. п. 2 и 3 ст. 446 приведены въ ней, можно думать, также лишь „à propos (lex fugitiva)—попутно—въ интересахъ стилистическаго удобства“ и проч. Поэтому надлежитъ считать, думается намъ, постановленіи этихъ пунктовъ равнымъ образомъ за *leges fugitivae*, но отнюдь не распространять терминъ нашего законодательства: „право участія частнаго“, употребляемый имъ для обозначенія законныхъ ограниченій собственности, также на подлинный (оконный) сервитутъ, упоминаемый въ п. п. 2 и 3 ст. 446, потому что и наши законы различаютъ эти оба понятія и даже обозначаютъ истинные сервитуты особымъ терминомъ: „права угодій“ **).

На основаніи сказаннаго мы заключаемъ, что при конструированіи исковъ о нарушении права (или о правѣ) участія частнаго п. п. 2 и 3 ст. 446 (подобно тому, какъ и ст. ст. 443—444), какъ касающіеся не законнаго ограниченія собственности, но подлиннаго сервитута, принимаемы во вниманіе вовсе быть не должны.

Впрочемъ, въ отношеніяхъ п. 3 ст. 29 уст. гражд. суд. къ ст. ст. 443—444, съ одной ст., и къ ст. 446, съ другой — наблюдается, очевидно, и существенная разница. Дѣло въ томъ, что п. 3 ст. 29 уст. гражд. суд. ссылается на ст. 446, повидимому, въ полномъ ея объемѣ, между тѣмъ, какъ статей 443—444 онъ даже вовсе не приводитъ. Но какъ объяснить это? Быть можетъ, это означаетъ, что въ системѣ правъ участія частнаго (ст. ст. 442—451), въ качествѣ *leges fugitivae*, являются лишь статьи 443 и 444, но не ст. 446, п. п. 1 и 2?

Мы категорически однако возражаемъ противъ такого умозаключенія: указаніе пунктомъ 3 ст. 29 уст. гражд. суд. статьи 446 въ полномъ ея объемѣ, въ дѣйствительности, ничего еще не доказываетъ! Вѣдь п. 3 ст. 29 уст. гр. суд. ссылается на ст. 442 т. X ч. 1 также въ полномъ ея объемѣ, и тѣмъ не менѣе, эта ссылка его на названную статью никакъ не можетъ быть почитаема, какъ мы убѣдились, вполне безупречною, по крайней мѣрѣ, въ редакціонномъ отношеніи: ибо п. 2 этой статьи 442 также содержитъ постановленіе, не только не имѣющее какого либо касательства

*) А не гдѣ нибудь въ другомъ мѣстѣ т. X ч. I.

***) См. объ этомъ въ цитирован. выше статьѣ проф. Попова (Вѣстн. гражд. права, стр. 41 и 48).

къ ограниченіямъ права собственности, но и даже „вообще излишнее“ (см. выше).

Въ виду сказаннаго должно признать, что въ число предусмотрѣнныхъ п. 3 ст. 29 уст. гражд. суд. *исковъ* о нарушеніи права уч. ч. *искъ*, направленный на защиту отношеній, возникающихъ въ силу „дозволительной записи“ (п.п. 2 и 3 ст. 446), включенію безусловно не подлежитъ.

3) На основаніи ст.ст. 448—451 т. X ч. 1 владѣльцы обязаны отводить чрезъ свои имѣнія *дороги*, ведущія къ сосѣднимъ владѣніямъ, при отсутствіи иного (какъ чрезъ тѣ имѣнія) къ нимъ доступа. Можно думать, что эти статьи являются, по преимуществу, *источникомъ недоразумѣній*, существующихъ насчетъ юридической природы и существа правъ участія частнаго и ихъ защиты. Дѣло въ томъ, что среди нашихъ юристовъ (какъ практиковъ, такъ и теоретиковъ) распространено мнѣніе (хотя быть можетъ и не всегда это мнѣніе прямо обнаруживаютъ), будто бы названныя статьи имѣютъ въ виду ничто иное, какъ *дорожный сервитутъ*.

Мы выше уже видѣли, какъ Правительствующій Сенатъ (именно въ примѣненіи къ ст. 448 и слѣд.) развиваетъ свою *сервитутную* теорію о данномъ (дорожномъ) правѣ участія частнаго и его защитѣ*), — каковая теорія затѣмъ, въ силу какъ бы логической инерціи, естественно, перебрасывается имъ и на другія статьи т. X ч. 1, касающіяся, равнымъ образомъ, правъ уч. ч.

И наши юристы-теоретики нерѣдко также высказывали (высказываютъ еще и нынѣ) *тотъ же взглядъ*, будто бы ст.ст. 448 и слѣд. трактуютъ именно вопросы, связанные съ дорожнымъ сервитутомъ. Въ подтвержденіе сейчасъ сказаннаго сошлемся на двухъ писателей, стоящихъ (можно думать) на одной и той же точкѣ зрѣнія на настоящій вопросъ, хотя свидѣтельства ихъ и отдалены одно отъ другого весьма значительнымъ, какъ увидимъ, промежутокъ времени. Именно. Въ 1862 г. П. Мулловъ въ статьѣ: „Вопросы Мейера о сервитутахъ“*), обсуждалъ, какъ показываетъ самое заглавіе, вопросы, касающіеся сервитутнаго права, *и въ частности говорилъ о сервитутѣ прохода и проѣзда, а цитировалъ (на стр. 11—12 названной статьи) ст.ст. 448—451 т. X ч. 1.*

Прошло съ тѣхъ поръ свыше 50 лѣтъ.

*) См. рѣш. 1910 г. № 8.

**) Напечатанной въ Журн. Мин. Юст. за 1862 г. № 7.

И что же оказывается? Указанный (неправильный) взглядъ на смыслъ и содержаніе статей 448—451 т. X ч. 1, хотя, повидимому, и не въ такой степени, какъ прежде, но все еще крѣпко держится въ нашей теоретической юриспруденціи! По крайней мѣрѣ, въ одной изъ цитированныхъ выше статей проф. Ельяшевича*) мы находимъ такое мѣсто, имѣющее цѣлью комментировать ст.ст. 448—451 т. X ч. 1: „лицу предоставляется право прохода по землѣ другого лица, право, носящее всѣ признаки *права на чужую вещь****). Ограниченіе, вытекающее отсюда для собственника обремененнаго имѣнія, есть лишь слѣдствіе, обратная сторона этого права. *Центръ тяжести отношенія лежитъ въ самомъ правѣ на чужую вещь***). Мы имѣемъ предъ собою то, что именуется *сервитутомъ***); и такъ какъ этотъ сервитутъ устанавливается по закону, принудительно, то сервитутъ принудительный, или легальный“.

Несомнѣнно, что эта конструкция даннаго права уч. ч., какъ *права на чужую вещь*, есть *конструкція сервитута* (хотя и принудительнаго). Между тѣмъ, ст.ст. 448—451 говорятъ не о сервитутѣ (дорожномъ), а *объ явленіи sui generis*, о такъ называемомъ „*необходимомъ проходѣ*“ (*Notweg*), т. е. объ институтѣ, относящемся къ области не сервитутнаго, но *именно сосѣдскаго права****). Право на „необходимый проходъ“ *едва ли правильно конструировать, какъ вещное право*: это право, какъ видъ права сосѣдства, въ дѣйствительности, *обязательственное право*. Во всякомъ же случаѣ не только въ теоріи, но и въ законодательствахъ,—и въ частности, *въ нашемъ гражданскомъ законѣ (т. X ч. 1 св. зак.)—право на необходимый проходъ не смѣшивается, но явственно обособляется отъ дорожнаго сервитута*****). Именно: ст.ст. 448—451 т. X ч. 1 помѣщены, какъ извѣстно, въ отдѣленіи 1-мъ главы 2-ой (книги 2-ой зак. гражд.) и включены въ число статей, касающихся „правъ участія частнаго“ (= правъ сосѣдства). Слѣдовательно эти статьи имѣютъ въ виду именно право на необходимый проходъ, а не дорожный сервитутъ. Признать, что ст.ст. 448—451 посвящены вопросу не о правѣ на необходимую дорогу, но о дорожномъ сер-

*) Вѣстн. гражд. права за 1914 г. № 2, стр. 23.

**) Курсивъ нашъ.

***) Dernburg. Pandekten, Bd. I, § 200.

****) Ср. стр. 46—49 въ цитирован. выше статьѣ проф. Попова.—О существенномъ отличіи законныхъ ограниченій собственности отъ сервитутовъ—см. Васъковскій. Учебникъ гражд. права, вып. II, стр. 83—84.

вигутъ можно было бы лишь при томъ условіи, если бы онѣ вошли въ отдѣленіе 2-ое главы 2-ой (той же книги), озаглавленное: „О правѣ угодій въ чужихъ имуществѣхъ“ (= О сервитутахъ).

Въ связи съ сказаннымъ любопытно привести слѣдующее мѣсто изъ объяснительной записки къ проекту гражданского уложенія (кн. III—вотчинное право т. II, изд. 1902 г. стр. 247): „слѣдуетъ, однако, имѣть въ виду, что въ дѣйствующихъ гражданскихъ законахъ (448 и 450 ст.ст. 1 ч. X т.) *недостаточно* *) отличается право прохода, устанавливаемое добровольнымъ соглашеніемъ сторонъ и составляющее одинъ изъ видовъ сервитутовъ, отъ вызываемаго необходимостью права на дорогу, возникающаго въ силу закона, помимо всякаго соглашенія сторонъ, и являющагося однимъ изъ видовъ права сосѣда.... *Проектъ строго отграничилъ одинъ видъ права прохода отъ другого, въ виду существующаго между ними юридическаго различія*“ *).

Какъ видимъ, проектъ считаетъ, что въ дѣйствующихъ гражданскихъ законахъ одинъ видъ прохода недостаточно отличается отъ другого.

Возможно, однако, что это — до нѣкоторой степени — недоразумѣніе. Оба вида прохода, дѣйствительно, недостаточно отличаются одинъ отъ другого, — *но не въ т. X ч. 1* (въ этомъ отношеніи мы сейчасъ констатировали какъ разъ обратное), *а лишь въ области практическаго примѣненія и теоретическаго изъясненія ст.ст. 448—451*. А въ этомъ, какъ кажется, мы, дѣйствительно, вполне убѣдились. Допустимо, поэтому, что то смѣшеніе права необходимаго прохода съ дорожнымъ сервитутомъ, которое наблюдается въ нашей судебной практикѣ и наукѣ, *объяснительная записка къ проекту совершенно напрасно и ошибочно приписываетъ не имѣ именно, а самому X т. 1 ч.*

Во всякомъ же случаѣ, и объяснительная записка къ названному проекту находить, какъ мы видѣли, что „въ дѣйствующихъ гражданскихъ законахъ (448 и 450 ст.ст. 1 ч. X т.)“ оба понятія, хотя и „недостаточно“, *но всетаки „отличаются“*.

Мы удовлетворимся и этимъ.

*) Курсивъ нашъ.

Резюмируя все сказанное, мы находимъ, что правѣ участія частнаго суть правѣ сосѣдства. Можно считать, что въ систему правъ участія частнаго *лишь случайнымъ образомъ какъ бы вкраплены* два сервитута: одинъ—сервитутъ примычки плотины, другой—оконный сервитутъ.

Поэтому, при конструированіи исковъ, предусмотрѣнныхъ п. 3 ст. 29 уст. гражд. суд., надлежитъ имѣть въ виду *только* иски, направленные на защиту правъ сосѣдства, но отнюдь не сервитутные иски,—не только потому, что указанные сервитуты лишь случайно, какъ мы сейчасъ сказали, попали въ отдѣленіе 1-ое главы 2-ой (книги 2-ой зак. гражд.), но и еще потому, что названный п. 3 ст. 29 какъ бы уже самъ даетъ на то указаніе (тѣмъ, что не ссылается на ст.ст. 443—444).

Но и независимо отъ сказаннаго, конструированіе „единаго иска“, пригоднаго, въ равной мѣрѣ, служить дѣлу защиты какъ правъ сосѣдства, такъ и сервитутовъ, очевидно, и *вообще невозможно*,—въ виду явнаго *принципiального юридическаго отличія* исковъ, направленныхъ на защиту правъ сосѣдства, отъ исковъ, предназначенныхъ для защиты сервитутовъ. Ибо первые иски суть личные иски, вторые же—вещные иски *).

Переходимъ теперь къ выполненію слѣдующаго пункта нашей методологической программы: къ обсужденію юридической природы *исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго, съ точки зрѣнія началъ римскаго права*.

§ 8. Ученіе римскаго права о защитѣ правъ сосѣдства — въ примѣненіи къ нашимъ искамъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго.

Изъ того обстоятельства, что въ учебникахъ римскаго права правѣ сосѣдства излагаются въ отдѣлѣ вещныхъ правъ (въ ученіи о правѣ собственности) *отнюдь еще не слѣдуетъ, что и названныя права суть также вещныя права*. Дѣло въ томъ, что „обязательства **“ являются часто послѣдствіями *вещныхъ ***), семейственныхъ и наслѣдственныхъ правоотношеній. *Такія обязательства разсматриваются въ вещномъ ***), семейственномъ и

*) См. ниже.

***) Курсивъ нашъ.

наслѣдственномъ правѣ“ *). Къ числу указанныхъ обязательствъ (излагаемыхъ не въ обязательственномъ, а вещномъ правѣ) надлежитъ отнести, въ частности, сосѣдскія правоотношенія, или права и обязанности, возникающія изъ сосѣдства. На признаніе римскимъ правомъ правъ сосѣдства обязательственными (не вещными) правами указываетъ то обстоятельство, что *иски*, направленные на защиту правъ сосѣдства, являлись, по римскому праву, отнюдь не вещными исками; напротивъ, они *конструировались, какъ личные иски—какъ actiones in personam*.

Въ самомъ дѣлѣ.

У Dernburg'a, напр., въ его Pandekten, Bd. I, мы находимъ подраздѣленіе „исковъ собственника и добросовѣстнаго владѣльца“ на двѣ слѣдующія основныя группы: а) вещные иски (dingliche Klagen), къ числу коихъ отнесены имъ rei vindicatio и actio Publiciana и б) личные иски (persönliche Klagen). Какъ бы введеніемъ къ изложенію ученія Dernburg'a объ этой *второй* группѣ исковъ, служатъ слѣдующія его слова: „Для защиты своей собственности, сверхъ вещныхъ исковъ, собственникъ имѣетъ еще и многочисленные *личные (persönliche) иски* **), частью *противъ сосѣдей* **), частью противъ другихъ лицъ, которыя угрожаютъ его вещи или прикасаются до нея“ ***).

Подъ такимъ общимъ названіемъ: личные иски собственника, Dernburg излагаетъ (въ Pandekten, Bd. I) слѣдующіе иски (и институты) римскаго права: а) die Grenzscheidungsklage (actio finium regundorum,—искъ объ отграниченіи), (§ 229); б) cautio damni infecti (§§ 230 — 231); в) actio aquae pluviae arcendae (§ 232) г) die operis novi nuntiatio (§ 233), и д) das interdictum quod vi aut clam (§ 234).

Другіе пандектисты очень выразительно подчеркиваютъ указанный (обязательственный) характеръ этихъ исковъ (и институтовъ) римскаго права однимъ уже тѣмъ, что включаютъ ихъ въ *отдѣлъ именно обязательственныхъ правъ, а не вещныхъ*, какъ это дѣлаетъ Дернбургъ. Такъ, напр., въ системѣ римскаго гражданскаго права Барона—названнымъ искамъ (и институтамъ) римскаго права посвящены слѣдующіе §§ обязательственнаго права: § 305 — actio

*) Дернбургъ. Пандекты, Обязательственное право, русск. переводъ подъ ред. проф. Соколовскаго, изд. 1911 г., стр. 4.

**) Курсивъ нашъ,

***) Пандекты, Вещное право § 229 (русск. переводъ подъ редакцію бар. А. Ф. Мейендорфа).

finium regundorum; § 315 — cautio damni infecti; § 324 — operis novi nuntiatio; § 325 — interdictum quod vi aut clam. И только actio aquae pluviae arcendae Баронъ излагаетъ въ вещномъ правѣ — въ ученіи объ ограниченіяхъ собственности (§ 126). Совершенно такой же (какъ у Барона) общей схемы изложенія этого правового матеріала придерживается и другой пандектистъ—Виндшейдъ.

Итакъ, иски римскаго права, направленные на защиту правъ сосѣдства, суть обязательственные иски. Наши иски о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго также направлены на защиту правъ сосѣдства. Изъ этого силлогизма прямо вытекаетъ, что *и наши указанные иски суть обязательственные иски*.

Впрочемъ, объ этомъ мы уже сказали выше; теперь же мы должны еще констатировать, что эта мысль (относительно обязательственной природы исковъ о нарушеніи права, или о правѣ уч. ч.) *совершенно чужда* нашей юриспруденціи — какъ практической, такъ и теоретической. Напротивъ, у нашихъ юристовъ *нѣтъ (къ сожалѣнію) даже тѣни сомнѣнія* насчетъ того, — да, дѣйствительно ли эти иски — вещные. Они такъ въ этомъ убѣждены, что даже обычно воздерживаются отъ прямого заявленія въ указанномъ смыслѣ, т. е. что иски о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго суть вещные, считая, надо думать, это положеніе самоочевидною истиною, которую даже не нужно, а — можетъ быть — и неудобно (тривиально) особо повторять.

Въ результатѣ этого заблужденія наши юристы (и судебные практики, и законодатели, в теоретики *)), не давая себѣ труда сперва поставить и (разрѣшить) *основной* вопросъ: указанные иски — вещные ли, или обязательственные, — сразу же переходятъ къ рѣшенію другого (какъ бы производнаго отъ него) вопроса: эти иски — *поссессорные* ли, или *петиторные*? Между тѣмъ, категорія: *possessorium-petitorium*, очевидно, *просто непримѣнима* къ искамъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго, — разъ названные иски — обязательственные, а не вещные!

Такимъ образомъ, какъ мы уже говорили, наша практическая и теоретическая юриспруденція, интерпретируя п. 3 ст. 29 Уст. гражд. суд., взяла ненадлежащее направленіе, и въ этихъ спорахъ объ юридической природѣ и существѣ интересующихъ насъ исковъ, — спорахъ, ведущихся ею въ указанномъ (ошибочномъ) направленіи, — къ сожалѣнію, тщетно тратитъ свои трудъ и силы, достойные, казалось бы, *лучшаго примѣненія!*

*) См. выше—главу I этой книги.

Отъ этого *общаго*, такъ сказать, сопоставленія римскихъ исковъ, направленныхъ на защиту правъ сосѣдства, съ нашими исками о нарушеніи права (или о правѣ) уч. ч. переходимъ теперь къ *болѣе или менѣе конкретному сличенію* исковъ обѣихъ категорій.

Произведя такое сличеніе, мы должны констатировать, что иски, предусмотрѣнные п. 3 ст. 29 Уст. гражд. суд.—въ связи съ ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. I—и направленные на защиту правъ сосѣдства, хотя и не совпадаютъ всецѣло (само собою разумѣется), но тѣмъ не менѣе, всетаки въ общихъ чертахъ соотвѣтствуютъ—тѣмъ искамъ римскаго права, кои преслѣдовали одинаковую съ ними цѣль,—защиту правоотношеній, возникающихъ изъ сосѣдства.

Дѣйствительно.

I. Возьмемъ, прежде всего, *actio aquae pluviae arcendae*.

При одномъ уже бѣгломъ взглядѣ на эту *actio* римскаго права сразу же бросается въ глаза *явное сходство ея съ тѣмъ* искомъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго, матеріально-правовымъ основаніемъ котораго является ст. 442 (точнѣе п. 1 этой статьи) нашего т. X ч. I.

По поводу *actio aquae pluviae arcendae* Дербургъ говоритъ: „отдѣльный владѣлецъ земли не можетъ свободно распоряжаться на своемъ участкѣ относительно стока дождевой воды. Если бы каждому предоставлялось, по своему произволу, устраивать плотины *) и проводить каналы, какъ того односторонне требуютъ интересы его участка, то отъ этого могло бы произойти затопленіе или разореніе сосѣднихъ участковъ **), или зараженіе цѣлой округи ***).“

Но вѣдь это почти что комментарий къ иску о нарушеніи права, основаннаго на п. 1 ст. 442 т. X ч. I! Правда, *actio aquae pluviae arcendae* имѣла въ виду, какъ показываетъ самое ея названіе, собственно „стокъ дождевой воды“. Однако, по объясненію Дербурга ***), этотъ искъ служилъ „и въ тѣхъ случаяхъ, когда дождевая вода смѣшивается съ другими водами, напр. водою источника, болота, *рѣчки* *). Это въ значительной степени сближаетъ оба названные иска. И далѣе. *Actio aquae pluviae arcendae* защищала не только собственника *вышележащаго участка*, но и соб-

*) Курсивъ нашъ.

**) Пандекты, Вещн. право (русск. переводъ), § 232.

***) Тамъ же.

ственника *нижележащаго участка* отъ дѣйствій (и сооруженій) всякаго рода на сосѣдномъ участкѣ, измѣняющихъ стокъ дождевой воды, — между тѣмъ, какъ нашъ искъ о нарушеніи права уч. ч., основаннаго на п. 1 ст. 442 т. X ч. I, по точному его смыслу, направленъ на защиту *только* собственника *вышележащаго участка* отъ подтоповъ его „луговъ, пашней“ и проч., вызываемыхъ сооруженіемъ сосѣдомъ (собственникомъ нижележащаго участка) плотинъ, запрудъ и т. п. Но и въ указанномъ отношеніи имѣется обстоятельство, сближающее оба названные иска. По крайней мѣрѣ, Прав. Сенатъ въ рѣш. 1881 г. № 84 (по дѣлу Воронежскаго земства съ кр. Воронковымъ) призналъ и „за *нижнимъ* по рѣкѣ владѣльцемъ“—„право воспрепятствовать *верхнему* владѣльцу производить такія работы и сооруженія, которыя направлены къ отводу воды изъ ея естественнаго теченія и къ отнятію у работъ и сооруженій, сдѣланныхъ до того имъ, *нижнимъ* по теченію рѣки владѣльцемъ, всякаго или хотя только нѣкоторой части полезнаго ихъ дѣйствія“ *).

Наконецъ, у обѣихъ исковъ: *actio aquae pluviae arcendae* и иска о нарушеніи права уч. ч., основаннаго на п. 1 ст. 442 т. X ч. I, есть, повидимому, еще слѣдующая общая точка соприкосновенія: *незапамятная давность, санкціонирующая искусственныя сооруженія*. Именно ею (между прочимъ) опредѣлялся въ Римѣ, какъ извѣстно, стокъ дождевой воды **). Любопытно, однако, констатировать признаніе силы за названною давностью (въ примѣненіи только къ *рѣчнымъ* водамъ) также нашимъ законодательствомъ. По крайней мѣрѣ, въ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича, на ст. 238 гл. X коего основанъ (замѣтимъ) п. 1 ст. 442 т. X ч. I, *явно выраженъ* указанный принципъ *vetustas*, или незапамятной давности.

Такъ обр., въ названной ст. 238 гл. X Улож. сказано буквально слѣдующее: „А будетъ на той же рѣкѣ, выше того у кого у иного устроены мельницы *изстари*, или близко береговъ тое рѣки подошли чьи пашенныя земли, или сѣнные покосы, а отъ тое его

*) См. проф. А. М. Гуляевъ. Право участія частнаго въ практикѣ гражд. кассан. Деп-та Пр. Сената, изд. 2-ое, стр. 19.

**) „Нормы, коими опредѣляются стокъ дождевой воды, даются—говоритъ Дербургъ (Пандекты. Вещное право § 232)—естественнымъ положеніемъ сельскихъ участковъ (курсивъ автора), далѣе, *мѣстнымъ правомъ* (курсивъ автора)—lex—и *незапамятною давностью* (курсивъ автора), которая санкціонируетъ искусственныя сооруженія“.

новозапрудной воды тѣмъ *прежнимъ* мельницамъ и пашнямъ и сѣннымъ покосамъ будетъ поруха: и ему на той рѣкѣ *вновь* плотины не дѣлать, и мельницы не строить. А будетъ онъ на томъ мѣстѣ мельницу устроить насильствомъ, и запрудною водою чьи верхнія мельницы или пашни, или сѣнные покосы потопить, и отъ того его насильства учинятся кому какіе убытки, и въ томъ на него будутъ челобитчики и съ суда сыщется про то допряма: и ему велѣти воду опустити, чтобы верхнимъ мельницамъ и пашнямъ и сѣннымъ покосамъ порухи не было; а что онъ кому тою *новою* мельницею учинить какихъ убытковъ, и тѣ убытки по сыску велѣти на немъ доправить, и отдать истцомъ сполна“.

Что касается п. 1 ст. 442 т. X ч. 1, то принципъ незапамятной давности (*vetustas*) въ немъ, правда, прямо не высказанъ; тѣмъ не менѣе, изъ самого содержанія этого пункта вполнѣ видно, что указанный принципъ до известной степени принятъ и имъ. Въ самомъ дѣлѣ. Очевидно, что не только въ силу ст. 238 гл. X Уложения, но и нынѣ дѣйствующей ст. 442, п. 1 т. X ч. 1 не допустимы ни такія *сооруженія новыхъ* плотинъ и мельницъ, ни такія *передѣлки уже существующихъ* плотинъ, мельницъ и проч., коими причиняется тотъ или иной вредъ либо „верхнимъ“ мельницамъ, и при томъ, очевидно, именно „прежнимъ“, т. е. *уже ранне того существовавшимъ*, либо вверху рѣки лежащимъ пашеннымъ землямъ, сѣннымъ покосамъ и т. п. Къ этому, въ сущности говоря, сводятся, какъ сейчасъ увидимъ, и разъясненія гражд. касс. д-та Прав. Сената. Напримѣръ. Въ рѣш. 1869 г. № 597 (по дѣлу Тураева съ Корсакъ-Кулаженковой) сказано: „Правительствующій Сенатъ усматриваетъ, что повѣреннымъ Корсакъ-Кулаженковой былъ предъявленъ къ сосѣдному съ нею владѣльцу Тураеву искъ о вознагражденіи за подтопленіе ея луговъ мельницею отвѣтчика и какъ на причину понесенныхъ убытковъ Корсакъ-Кулаженковъ указывалъ на то обстоятельство, что Тураевъ въ предшествовавшемъ подтопу году *перестроилъ* свою мельницу и *возвысилъ* скрыню. Тураевъ же, съ своей стороны, доказывалъ, что мельницу свою онъ *вовсе не передѣлывалъ*, что скрыня была *не возвышена, а понижена*, и что *причиною подтопа были сильные дожди, а не способъ устройства мельницы*. Въ виду такихъ требованій и возраженій сторонъ, обсужденію Мирового Съѣзда подлежалъ, слѣдовательно, *вопросъ о томъ, дѣйствительно ли причиною подтопа было устройство мельницы Тураева*. Но Мировой Съѣздъ оставилъ этотъ вопросъ совершенно въ сторонѣ и тѣмъ не менѣе,

однако, принявъ въ основаніе своего рѣшенія 442 ст. т. X ч. 1, призналъ, что Тураевъ обязанъ вознаградить Корсакъ-Кулаженкову за понесенные ею отъ подтопа убытки. А такъ какъ *статья 442 могла быть примѣнима къ дѣлу*, по соображенію оной съ 684 и 685 ст. т. X ч. 1, *только въ такомъ случаѣ, если бы Мировымъ Съѣздомъ признано было, что причиною подтопа было устройство мельницы Тураева*, и такъ какъ Мировой Съѣздъ въ обсужденіе сего предмета, прямо вытекавшаго изъ исковаго требованія, не входилъ, то посему, *признавая примѣненіе и толкованіе Мировымъ Съѣздомъ, при такомъ положеніи дѣла, 442 ст. т. X ч. 1. неправильнымъ*, Прав. Сенатъ опредѣляетъ: по допущенному Сѣвскимъ Мировымъ Съѣздомъ нарушенію 442 ст. т. X ч. 1, рѣшеніе его по настоящему дѣлу *отменить* и дѣло передать на разсмотрѣніе Съѣзда Дмитровскихъ Мировыхъ Судей“*). См. также рѣшеніе за 1873 г. № 1307 (по д. Рейнеке съ Поляковымъ), въ коемъ (между прочимъ) опредѣленно указанъ принципъ *недопустимости перестройки нижестоящей мельницы*, поскольку ею обуславливается подпрудка колесъ вышестоящей мельницы, вызывающая, въ свою очередь, убытки по недомолу.—Ср. еще рѣш. за 1872 г. № 1032 и друг. **).

II. Переходимъ теперь къ разсмотрѣнію другого (вышеприведеннаго) института римскаго права: *cautio damni infecti*, и къ, сличенію съ его основными положеніями соответствующихъ имъ (конечно,

*) Въ приведенномъ текстѣ этого рѣшенія курсивъ вездѣ нашъ.

**) Впрочемъ, едва ли имѣется нынѣ достаточное основаніе примѣнять въ отношеніи п. 1 ст. 442 т. X ч. 1 принципъ незапамятной давности (*vetustas*) въ точномъ смыслѣ ученія о ней римскаго права. См. толкованіе ст. 442 п. 1 проф. Шершеневича: „въ соотношеніи между верхнимъ и нижнимъ владѣльцами основной принципъ—*сохраненіе statu quo* (курсивъ нашъ). Оба владѣльца не должны причинять другъ другу убытковъ своими дѣйствіями по поднятію уровня воды въ рѣкѣ и во избѣжаніе ихъ обязаны не выходить изъ предѣловъ такого *фактическаго положенія* (курсивъ нашъ), въ которомъ они оба находились до спорнаго момента (касс. рѣш. 1909, № 76). Поэтому, если нижній владѣлецъ успѣлъ поставить мельницу на рѣкѣ, то верхній владѣлецъ не долженъ своими сооруженіями препятствовать дѣйствію мельницы нижняго сосѣда, насколько то зависитъ отъ естественныхъ силъ воды. Наоборотъ, если верхній владѣлецъ построилъ уже мельницу, то нижній владѣлецъ не долженъ чрезмѣрнымъ поднятіемъ уровня воды или спускомъ ея останавливать дѣйствіе мельницы верхняго сосѣда“. (Учебникъ, изд. 10-е, стр. 281—282).

лишь до известной степени) начал нашего русского гражданского права.

Дѣло въ томъ, что въ нѣкоторую связь съ *cautio damni infecti* должно поставить, какъ кажется, запреты, содержащіеся въ ст. ст. 445 и 446, п. 1.

Замѣтимъ, что институтъ *cautio damni infecti* былъ созданъ въ римскомъ правѣ въ цѣляхъ обезпеченія владѣльца недвижимаго имущества *отъ опасности, угрожаемой зданіемъ и инымъ сооруженіемъ, находящимся на сосѣднемъ участкѣ*. По объясненію Барона *), „иногда имѣетъ мѣсто отвѣтственность за вредъ, нанесенный недвижимыми вещами“. „Недостатки недвижимости могутъ быть разные; источники называютъ *vitium loci, arborum, aedium, operis* (напр., навѣса, *sugrundia et protectiones, хлѣбной печи* **), колодца, навозной ямы, водопроводныхъ трубъ и желобовъ“. „Кто опасается, что отъ порочнаго устройства одной недвижимости можетъ произойти поврежденіе другой, тотъ можетъ требовать *cautio damni infecti*, т. е. обѣщанія возмѣстить ему вредъ, если таковой дѣйствительно произойдетъ“. Надо замѣтить, что „самъ по себѣ хозяинъ недвижимости не отвѣчаетъ за вредъ, который происходитъ отъ недостатковъ его вещи; ибо такой вредъ происходитъ не по его винѣ, а вслѣдствіе случая или чужой (строителя) вины. Но если сосѣдъ требуетъ отъ него *cautio damni infecti*, то *этимъ самымъ обращается его вниманіе на неисправное состояніе недвижимости*“) и на необходимость, конечно, устраненія *такого неисправнаго ея состоянія*“. „*Cautio* должна быть дана лишь на известное время, опредѣляемое судьей. Давущій обезпеченіе обязывается къ возмѣщенію всего интереса“ на случай вреда, „если поправка не будетъ сдѣлана“. Если обезпеченія (въ теченіе опредѣленнаго срока) дано не будетъ, то „подвергающійся опасности могъ требовать перваго ввода въ угрожающій участокъ (т. н. *missio ex primo decreto*)“, а затѣмъ и втораго ввода (т. н. *missio ex secundo decreto*), если хозяинъ угрожающаго участка всетаки упорствовалъ въ предоставленіи ему обезпеченія (*cautio*). Слѣдствіемъ втораго ввода являлись утрата хозяиномъ угрожающаго участка права (собственности, добросовѣстнаго владѣнія) на этотъ участокъ и при-

*) Система римскаго гражд. права. Обязательственное право § 315. русск. переводъ Л. Петражицкаго.

**) Курсивъ нашъ.

обрѣтеніе этого права на названный участокъ со стороны сосѣда, которому участокъ угрожалъ опасностью.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что по римскому праву хозяинъ угрожающаго участка, въ случаѣ заявленія сосѣдомъ протеста по поводу неисправнаго и опаснаго состоянія этого участка, принуждался: либо, во-первыхъ, „устранить недостатокъ соответственными поправками“, либо, во-вторыхъ, предоставить „обезпеченіе“) на случай вреда, который можетъ произойти, если поправка не будетъ сдѣлана“, либо—наконецъ—въ третьихъ, лишиться **) (при дальнѣйшемъ упорствѣ) самого участка, въ пользу своего сосѣда.

На первый взглядъ, казалось бы: что общаго между *cautio damni infecti* (и его основоположеніями) и указанными запретами, содержащимися въ ст.ст. 445—446, п. 1 нашего т. X ч. 1?

Однако, известное соответствіе (и даже совпаденіе) между тѣми и другими, всетаки, имѣется.

Мы въ этомъ легко убѣдимся, ближе ознакомившись съ тѣми историческими источниками, изъ коихъ было заимствовано содержаніе названныхъ ст.ст. 445 и 446, п. 1 т. X ч. 1.

Къ указаннымъ историческимъ источникамъ относятся слѣдующіе:

а) Уложеніе царя Алексѣя Михайловича, гл. X, ст. 278: „Также и печи и поварни на дворѣ въ стѣнѣ сосѣда своего никому не дѣлати. А будетъ кто на дворѣ у себя сдѣлаетъ печь или поварню къ стѣнѣ сосѣда своего, и въ томъ на него отъ сосѣда его будетъ челобитье: и у него ту печь и поварню отъ стѣны сосѣда его *отломать*, чтобы сосѣду его *отъ тое его поварни и печи никакова дурна не учинилося*“,—и ст. 279: „А будетъ у кого на дворѣ будутъ хоромы высокія, а у сосѣда его близко тѣхъ высокихъ хоромъ будутъ хоромы поземныя; и ему изъ своихъ высокихъ хоромъ на тѣ низкія хоромы сосѣда своего *воды не лити и сору не метать, и иныя ни которыя тѣсноты тому своему сосѣду не дѣлатъ*. А будетъ онъ на тѣ сосѣдни низкія хоромы учнетъ воду лить или соръ метать, или иную *какую пакость чинити*, а съ суда сыщется про то допряма: и ему тѣ свои высокія хоромы отъ тѣхъ сосѣднихъ хоромъ *велтъ отнести*; а будетъ онъ тѣхъ своихъ хоромъ отъ сосѣднихъ хоромъ не отнесетъ, и тѣсноту тому своему сосѣду учнетъ дѣлатъ по прежнему:

*) Cavere.

**) Carere.

и у него тѣ хоромы *велеть отломать*, чтобы сосѣду его отъ него никакого насильства не было“.

б) Высочайшая резолюція 3-го октября 1737 г. на доношеніе Комиссін, учрежденной для разсмотрѣнія о строеніи въ Санктпетербургѣ: О порядкѣ строенія на *погорьлыхъ* мѣстахъ *).

Ст. 4: „На тѣхъ дворахъ службы дѣлать по силѣ указа каменные, а именно, въ мѣлкихъ на одной сторонѣ, не затѣняя излишнимъ строеніемъ тѣхъ дворовъ, а держаться пространства дворовъ по возможности, какъ будетъ допускать положеніе мѣста, а въ большихъ дворахъ, ежели похотятъ строить, и по обѣ стороны, а *скаты съ кровель дѣлать каждому на свои дворы, а на чужой скатовъ не дѣлать*, а по мѣстамъ оставливать перемычки для того, ежели сосѣдъ того двора пожелаетъ къ онымъ пристроиться, чтобы можно было примкнуть къ тому строенію, а изъ обѣихъ строеній сдѣлать одну кровлю посреди ихъ, разгораживая до верху кирпичемъ, а тѣмъ промежуточнымъ стѣнамъ быть общимъ, и кто послѣ будетъ строиться, оному, за половину той суммы, тому, кто прежде построяется, платить деньги“.

в) Высочайше утвержденная 30-го сентября 1809 г. записка исправляющаго должность Санктпетербургскаго Военнаго Губернатора— „О правилахъ, какія должны быть наблюдаемы въ разсужденіи обывательскихъ въ Санктпетербургѣ строеній *для предосторожности отъ пожарнаго случая*“ **).

Ст. 8: „Въ каменныхъ сплошныхъ строеніяхъ наблюдать, чтобы на чердакахъ въ крышѣ были *брантмауры*, отдѣляющіе строящійся или передѣлывающійся домъ отъ сосѣднихъ; а на большихъ домахъ болѣе 12 сажень длиною по нѣскольку таковыхъ на капитальныхъ стѣнахъ, смотря по пространству, *дабы въ случаѣ пожара таковыя брантмауры не дали распространиться оному по стропиламъ, какъ то нерѣдко случается*“.

Ср. ст. 9 настоящаго закона (хотя ст. 445 т. X ч. 1 на нее и не ссылается): „Брантмауромъ разумѣть *каменную стѣну сплошную, не имѣющую ни оконъ, ни дверей, и превышающую нѣсколько крышу дома*“.

г) Высочайше утвержденное 29-го декабря 1834 г. мнѣніе Государственнаго Совѣта: „Объ окнахъ, выходящихъ на чужіе сосѣд-

*) Полн. собр. зак. 1737 г. (7392).

***) Полн. собр. зак. 1809 г. (23874).

ніе дворы“ *). Текстъ этого закона почти въ точности воспроизведенъ нынѣшнюю ст. 446 (а также ст. 447) т. X ч. 1. Поэтому, въ настоящемъ мѣстѣ его мы не приводимъ.

Приведенные законы, *подобно правиламъ cautio damni infecti*, имѣя въ виду случаи неисправнаго и опаснаго состоянія сосѣдней недвижимости, точнѣе: строеній на сосѣдномъ участкѣ (*vitia aedium, oregis*), побуждаютъ собственника такого строенія, угрожающаго вредомъ сосѣду, къ принятію должныхъ мѣръ предосторожности. Какимъ же эти, предусмотрѣнные нашимъ законодательствомъ, случаи неисправнаго и опаснаго состоянія строеній на сосѣдномъ участкѣ? Надо сказать, прежде всего, что они не отличаются особеннымъ разнообразіемъ! Какъ видно изъ содержанія указанныхъ *историческихъ источниковъ* ст.ст. 445 и 446 п. 1 (и самихъ названныхъ статей), въ нихъ говорится объ опасномъ, *почти исключительно лишь въ пожарномъ отношеніи*, состояніи зданій на сосѣдномъ участкѣ и, въ соотвѣтствіи съ этимъ, предписывается принятіе надлежащихъ, именно *противопожарныхъ*, предупредительныхъ мѣръ. Сюда относятся, во всякомъ случаѣ, слѣдующія (изъ приведенныхъ) предписанія нашего закона: 1) „печи и поварни на дворѣ въ стѣнѣ сосѣда своего никому не дѣлать“ **); 2) „скаты съ кровель дѣлать каждому на свои дворы, а на чужой скатовъ не дѣлать“ ***)—****); 3) „наблюдать, чтобы на чердакахъ въ крышѣ были брантмауры“, т. е. „каменные стѣны *сплошныя*, не имѣющія ни оконъ, ни дверей, и превышающія нѣсколько крышу дома“ *****).

Не относится, напротивъ, къ числу противопожарныхъ мѣръ та, о которой говорится въ ст. 279 главы X Уложенія (нынѣ п. 2 ст. 445 т. X ч. 1): „воды не лить и сору не метать“. Съ перваго взгляда, можно даже подумать, будто бы это правило вообще не должно быть сближаемо съ основными положеніями *cautio damni infecti*, потому что, согласно ученію римскаго права, названный

*) Полн. собр. зак. 1834 г. (7706).

***) Нынѣ п. 1 ст. 445 т. X ч. 1.

****) Нынѣ п. 3 ст. 445 т. X ч. 1.

*****) Противопожарный характеръ этого правила вполнѣ вѣроятенъ, такъ какъ оно содержится въ законѣ 3-го октября 1737 г.: „О порядкѣ строенія на *погорьлыхъ* мѣстахъ“—среди другихъ многочисленныхъ правилъ этого закона, изданныхъ въ цѣляхъ борьбы съ пожарами въ „Санктпетербургѣ“. Но допустимо, конечно, что указанное правило преслѣдовало и инныя, кромѣ противопожарныхъ, цѣли благоустройства.

*****) Нынѣ п. 4 ст. 445 т. X ч. 1.

институтъ предусматривалъ (и устанавливалъ отвѣтственность, при извѣстныхъ условіяхъ, лишь за) вредъ, „нанесенный недвижимыми вещами“, и не касался случаевъ причиненія вреда *самимъ* хозяиномъ: „по его винѣ“ *),—тогда какъ, напротивъ, запретъ, выраженный въ ст. 279 главы X Уложения, имѣетъ въ виду, *повидимому*, именно *личныя* (неправомѣрныя) дѣйствія *самого* хозяина **). Однако, стоитъ только вчитаться въ самый текстъ ст. 279 гл. X Уложения, чтобы увидѣть, что это не совсѣмъ такъ. Едва ли, въ самомъ дѣлѣ, названная статья имѣетъ въ виду лишь случаи какого то (ничѣмъ немотивированнаго), мягко выражаясь, страннаго поведенія, а точнѣе говоря: просто какого-то „озорства“ (льетъ воду, мететъ соръ, чинитъ пакости) хозяина-сосѣда. Нѣтъ, содержаніе этой статьи существенно иное. Вѣдь она говоритъ о тѣхъ случаяхъ, когда на лицо имѣются такія условія, *касающіяся расположенія и плана сосѣднихъ строеній*: 1) на одномъ (изъ смежныхъ) участковъ построены „хоромы *высокія*“, а на другомъ— „хоромы *поземныя*“, или „*низкія*“ и 2) „*близко* тѣхъ высокіхъ хоромъ будутъ хоромы *поземныя*“.

Сопоставляя это послѣднее правило съ тѣми, кои содержатся въ ст. 277 гл. X Уложения („А будетъ кто учинить у себя на дворѣ ставити хоромы *близко* *межи* сосѣда своего; *и ему тѣхъ своихъ хоромъ на межъ* сосѣда своего *не ставити*. А будетъ кто на межѣ хоромы поставити, и въ томъ на него будетъ челобитье: и тому хоромы велѣтъ съ *межи* отнести“) можно заключить, что Уложеніе безусловно воспрещало лишь ставить „свои хоромы *на межъ* сосѣда своего“ ***); напротивъ, оно дозволяло „ставити хоромы *близко* *межи* сосѣда своего“. Но въ послѣднемъ случаѣ—Уложеніе разрѣшало сосѣду (какъ это видно изъ ст. 279 гл. X) жаловаться въ судъ на то, что *такая близость* смежнаго строенія къ межѣ стѣняетъ его; при этомъ жалобщикъ долженъ былъ указать, что сосѣдъ льетъ воду или сметаетъ соръ *или дѣлаетъ ему иного рода „тѣсноты“*.

*) Баронъ. Система римскаго гражданскаго права, русскій переводъ Л. Петражицкаго, § 315.

***) Сравни еще выраженія этого закона: „или *иную* *какую* *пакость* *чинити*“ и „чтобы сосѣду его отъ него *никакого* *насилъства* не было“.

***) Какъ видно изъ ст. 446 т. X ч. 1, основанной (между прочимъ) на законѣ 29-го Декабря 1834 г., впоследствии наше законодательство дозволило строить домъ *и на самой межѣ*—съ обязательствомъ, впрочемъ, не дѣлать въ этомъ случаѣ оконъ на дворъ или на крышу сосѣда, безъ согласія сего послѣдняго.

Сказаннымъ опредѣляются (думается намъ) истинный смыслъ и значеніе ст. 279 гл. X Уложения; очевидно, что она имѣла въ виду, въ сущности, не столько *самого* хозяина-сосѣда, *его* (предсудительный и т. п.) образъ дѣйствія и проч., сколько *неблагопріятныя* (для даннаго собственника) условія собственно *расположенія и плана* сосѣдней постройки. Этому соответствовалъ и общій характеръ установленной въ ст. 279 гл. X Уложения санкции, направленной какъ разъ *противъ высокіхъ хоромъ, построенныхъ близко отъ хоромъ поземныхъ (низкихъ)* („хоромы велѣтъ *отнести*“, „хоромы велѣтъ *отломать*“),—а не противъ *самого* сосѣда.

Сказанное лишь подтверждаетъ нашу мысль (выше выраженную) о возможности *извѣстнаго* сближенія также *правила ст. 279 гл. X Уложения съ институтомъ cautio damni infecti*.

На ст. 279 гл. X Уложения основанъ, какъ это понятно само собою, п. 2 ст. 445 т. X ч. 1, гласящій, что хозяинъ дома можетъ требовать, чтобы сосѣдъ „не лилъ воды и не сметалъ сора на домъ или дворъ его“. Сравнивая это краткое извлеченіе изъ ст. 279 гл. X Уложения съ самою названною статьею, мы должны теперь констатировать слѣдующее: этой статьѣ Уложения совершенно не равнозначущъ, ей абсолютно не тождествененъ п. 2 ст. 445 т. X ч. 1. Различіе между ними заключается, конечно, не въ одной только краткости (или полнотѣ) изложенія! Существенно, напротивъ, то, что правовой институтъ, о которомъ говоритъ ст. 279 гл. X Уложения, при перенесеніи его въ ст. 445 т. X ч. 1, утратилъ, должно сказать, всѣ свои характерныя, присущія ему, черты. Произошло это потому, что правило: „воды не лить и сору не метать“, въ редакціи статьи 445 т. X ч. 1, оказалось совершенно оторваннымъ отъ тѣхъ *фактическихъ предположеній* и той *фактической обстановки*, съ коими (какъ мы видѣли) оно было столь тѣсно сопряжено въ статьѣ 279 гл. X Уложения. Въ п. 2 ст. 445 т. X ч. 1 перешли, такимъ образомъ, одни лишь *голыя* слова: „не лилъ воды и не сметалъ сора“. Можно думать, поэтому, что они пріобрѣли теперь также иной какой то смыслъ, сравнительно съ тѣмъ, какой имѣли нѣкогда.

Къ сожалѣнію, смыслъ ихъ пока мало опредѣленъ! Неясно,—зачѣмъ собственно понадобилось въ нынѣшнемъ п. 2 ст. 445 т. X ч. 1, среди правилъ, относящихся къ области *законныхъ ограниченій собственности* (это—п.п. 1, 3 и 4 названной статьи), по-

мѣщать и такое правило, которое явно не относится къ этой области, потому что оно, очевидно, отнюдь не касается вопроса объ ограниченіи именно собственности, но (просто-на-просто) воспрещает *самоу собственнику* совершеніе извѣстныхъ вредоносныхъ дѣйствій, хотя бы и по адресу своего сосѣда.

Спрашивается поэтому: дѣлсообразенъ ли п. 2 ст. 445 т. X ч. 1, по крайней мѣрѣ, въ нынѣшней редакціи? Да и нуженъ ли онъ вообще? Какое все таки употребленіе можно было бы изъ него сдѣлать? и проч.

Можетъ быть, было бы возможно на п. 2 ст. 445 т. X ч. 1 (или, по крайней мѣрѣ, примѣнительно къ нему) построить теорію т. н. immissiones—по русскому праву? Едва ли, однако, и это допустимо. Согласно правиламъ римскаго права, immissiones (какъ извѣстно) суть такія „напусканія“ съ сосѣдняго участка дыма, пара, пыли, запаха и т. п., кои *долженъ терпѣть* собственникъ даннаго участка, если только они не являются необыкновенно сильными*). Правило же, содержащееся въ п. 2 ст. 445 т. X ч. 1, постановляетъ (точнѣе говоря: принимаетъ, въ качествѣ своего исходнаго пункта) какъ разъ обратное: „хозяйинъ дома можетъ требовать“, значить: *не долженъ терпѣть*.... если сосѣдь льетъ воду и мететъ соръ и проч. Это—одно различіе между „immissio“, упоминаемое п. 2 ст. 445 т. X ч. 1, и immissio въ смыслѣ римскаго права. Другое—еще болѣе существенное. Дѣло въ томъ, что къ числу immissiones по римскому (и пандектному) праву, какъ извѣстно, относятся: дымъ и паръ *съ фабрикъ*, угольная пыль *изъ угольныхъ складовъ*, искры *отъ паровозовъ*, сырость *отъ бань* и проч.**). Правила объ immissiones требуютъ, такимъ образомъ, для своего практическаго примѣненія, подобно cautio damni infecti, наличія не однихъ лишь вредоносныхъ *дѣйствій сосѣда, обуславливаемыхъ его личными качествами — каковы: простой его капризъ и прихоти или неосторожность*, или неумѣніе и т. д. и т. д.,—но, непременно, *нахожденія на сосѣднемъ участкѣ такихъ сооружений, наносящихъ вредъ собственнику смежнаго участка, отъ коихъ и зависитъ, свойствами коихъ именно обуславливается этотъ вредъ*. Что касается теперь ст. 279 гл. X Уложенія, то она также предусматривала (какъ мы видѣли) извѣстныхъ *фактическія условія и предположенія, касающіяся самихъ со-*

*) Баронъ. Система, § 126.

**) Дернбургъ. Пандекты. Вещное право, § 199.

оруженій на сосѣднемъ участкѣ. Но эти фактическія условія и предположенія, существенныя и для immissiones (такъ же, какъ и для cautio damni infecti), остались вовсе не предусмотрѣнными, какъ мы уже говорили, п. 2 ст. 445 т. X ч. 1.

Поэтому, правило ст. 279 гл. X Улож., вошедшее въ п. 2 ст. 445 т. X ч. 1, нынѣ надлежитъ считать утратившимъ то значеніе, которое оно когда то имѣло. *Оно не можетъ быть болѣе относимо по этой причинѣ ни къ категоріи правилъ, опредѣляющихъ понятіе cautio damni infecti либо immissiones, ни вообще къ инымъ какимъ либо категоріямъ правилъ сосѣдскаго права.*

Таково наше окончательное мнѣніе о значеніи п. 2 ст. 445 т. X ч. 1 въ системѣ правъ участія частнаго. Что же касается вопроса объ юридической силѣ этого пункта вообще (т. е. безотносительно къ указанной системѣ) и о томъ юридическомъ употребленіи, которое всетаки можно было бы изъ него сдѣлать, то этотъ вопросъ мы оставляемъ въ настоящемъ изслѣдованіи открытымъ.

Мы не разсмотрѣли еще лишь *историческій источникъ* ст. 446, п. 1 т. X ч. 1 (равно какъ и самый этотъ пунктъ названной статьи), содержащій извѣстный запретъ строящему домъ на самой межѣ своего двора дѣлать окна на дворъ или на крышу своего сосѣда, безъ согласія сего послѣдняго.

Какъ сейчасъ увидимъ, и этотъ запретъ (какъ и запреты п. п. 1, 3 и 4 ст. 445 т. X ч. 1) можно поставить въ извѣстномъ соотношеніи съ институтомъ римскаго права—cautio damni infecti.

Уже проф. Мейеръ указалъ, что настоящее „запрещеніе относительно оконъ имѣетъ практическое значеніе: каждому домохозяину болѣе или менѣе неприятно, если, совершенно независимо отъ его воли, сосѣдь пуститъ окна на его дворъ“*). Однако, этими словами проф. Мейера еще не охарактеризованы *въ полной мѣрѣ* истинный смыслъ и цѣль интересующаго насъ запрещенія. Съ болѣе большими, напротивъ, полнотою и ясностью это сдѣлано въ самомъ Высочайше утвержденномъ 29-го декабря 1834 г. мнѣніи Государственнаго Совѣта — „Объ окнахъ, выходящихъ на чужіе сосѣдніе дворы“**). Именно. Въ ст. 6 этого закона читаемъ: „Что принадлежитъ до су-

*) Русское гражданское право, изд. 8-ое, стр. 271.

**) Полн. собр. зак. 1834 г. (7706).

ществующихъ уже*) строений съ окнами на сосѣдніе дворы, то, въ разрѣшеніе споровъ, могущихъ возникнуть между владѣльцами, поступать слѣдующимъ образомъ: а) сосѣдъ такого дома можетъ на своей межѣ возводить каменное только строеніе, а не деревянное и не брандмауеръ; и б) если владѣлецъ двора, на который пущены окна сосѣднаго дома, изъяснитъ *опасеніе отъ огня, или другое какое либо неудобство*, то по усмотрѣнію, въ столицахъ Военнаго Генераль-Губернатора, а въ прочихъ городахъ главнаго мѣстнаго Начальства, принимать къ отвращенію сего *приличныя мѣры*, напримѣръ: устраивать просвѣты вышиною отъ пола три аршина, или ставить фигурныя рѣшетки въ окнахъ, или проволочныя сѣтки, либо желѣзные щиты и тому подобное“.

Изъ приведеннаго текста видно слѣдующее.

Сосѣдъ дома съ окнами на его дворъ (если этотъ домъ существовалъ уже до обнародованія закона 29-го декабря 1834 г.) „можетъ на своей межѣ возводить каменное только строеніе, а не деревянное“**). Очевидно, что собственно эта мѣра была принята въ 1834 г. нашимъ законодателемъ исключительно въ цѣляхъ предупрежденія пожаровъ. Это наше соображеніе вполне подтверждается содержаніемъ послѣдующаго правила настоящаго закона: „если владѣлецъ двора, на который пущены окна сосѣднаго дома, изъяснитъ *опасеніе отъ огня* или другое какое либо неудобство, то“ и т. д.

Изъ этого надо вывести, что цѣлью ст. 6 закона 29-го Декабря 1834 г. было *предотвращеніе опасности отъ огня*. Но эта была не единственная цѣль упомянутой статьи: другою ея цѣлью должно считать устраненіе также „*другого какого либо неудобства*“, сопряженнаго съ существованіемъ оконъ въ сосѣднемъ домѣ (ср. объясненіе проф. Мейера).

*) До обнародованія настоящаго закона.

**) „и не брандмауеръ“—сказано въ законѣ. Почему, однако, запрещалось въ немъ возведеніе брандмауера? Не противорѣчитъ ли это тому, что мы говоримъ далѣе — въ текстѣ: о противопожарныхъ задачахъ разсматриваемыхъ постановленій? Вѣроятно, нельзя было возводить одного только брандмауера (безъ каменнаго строенія), чтобы не заслонять безъ нужды окна въ домѣ, существовавшемъ уже до обнародованія закона 29-го Декабря 1834 года. Защищая такимъ образомъ (запрещеніемъ возведенія брандмауера) интересы хозяина такого дома, законодатель вмѣстѣ съ тѣмъ *предписалъ всетаки, въ случаѣ надобности, принимать къ отвращенію опасности отъ огня* (или „другого какого-либо неудобства“) „приличныя мѣры“.

И вотъ ст. 6 зак. 29-го Дек. 1834 г. (въ отношеніи строений съ окнами на сосѣдніе дворы, существовавшихъ уже до его обнародованія) предусматривала необходимость принятія въ указанныхъ (двухъ) случаяхъ „приличныхъ мѣръ“ предосторожности, предписывая между прочимъ: „устанавливать просвѣты вышиною отъ пола три аршина, или ставить фигурныя рѣшетки въ окнахъ, или проволочныя сѣтки, либо желѣзные щиты и т. п.“

Отмѣченную сейчасъ нами *двойную ratio legis*, выраженную въ ст. 6 зак. 29-го Дек. 1834 г. словами: „опасеніе отъ огня или другое какое либо неудобство“, есть полное основаніе, думается намъ, считать лежащею въ основаніи также другихъ статей того же закона,—а значить и ст. 446, п. 1, который на этомъ законѣ основанъ.

Сказаннымъ вполне опредѣляется, по нашему мнѣнію, то *общее*, что имѣется между запретомъ, содержащимся въ ст. 446, п. 1 т. X ч. 1, и *cautio damni infecti*. *Это—проникающая обоимъ идея опасности (при извѣстныхъ условіяхъ) со стороны сосѣднаго строенія, вреда, коимъ оно (быть можетъ) угрожаетъ, и необходимости въ виду этого принять „къ отвращенію сего приличныя мѣры“.*

Итакъ, въ предыдущемъ изложеніи мы все время ставили въ нѣкоторую связь съ *cautio damni infecti* запреты, содержащіеся въ ст. ст. 445 и 446, п. 1 т. X ч. 1. Конечно, эти запреты мы только сопоставляли, сличали съ положеніями о *cautio damni infecti*,—сближая ихъ, лишь до извѣстной степени, въ мѣрѣ возможнаго—поскольку тѣмъ и другимъ присущи нѣкоторыя *общія черты*. Напротивъ, совершенно приравнивать, *отождествлять cautio damni infecti* съ запретами ст. ст. 445 и 446, п. 1 т. X ч. 1, разумѣется, невозможно, такъ какъ между ними имѣются, какъ это само собою очевидно, и *коренныя черты несходства*.

Во-первыхъ. Случаи примѣненія въ Римѣ института *cautio damni infecti* были *многочисленны и весьма разнообразны*; къ нимъ—какъ мы видѣли—относились „*vitium loci, arborum, aedium, operis* (напр., навѣса, *sugrundia et protectiones, хлѣбной печи*, *) колодца, навозной ямы, водопроводныхъ трубъ и желобовъ“). Напротивъ, случаи примѣненія нашихъ статей 445 и 446, п. 1 гражд. зак. и *немногочисленны, и достаточно однообразны*, потому что

*) Ср. п. 1 ст. 445 т. X ч. 1.

эти статьи касаются, главным образом, мѣръ предупрежденія пожара. Затѣмъ, приведенный перечень случаевъ примѣненія въ Римѣ cautio damni infecti былъ, очевидно, *не исчерпывающей, а лишь примѣрный*; слѣд., въ Римѣ онъ самъ собою (при содѣйствіи магистрата) восполнялся новыми casus'ами, въ зависимости отъ возникновенія новыхъ *конкретныхъ* обстоятельствъ даннаго сосѣдскаго спора. Напротивъ, у насъ всѣ мѣры предотвращенія опаснаго состоянія сосѣдняго строенія, поскольку онѣ предусмотрены т. X ч. 1, въ немъ *точно указаны, при чемъ, какъ число ихъ, такъ и самые способы ихъ примѣненія вполне опредѣленно въ немъ нормированы.*

Во-вторыхъ. *Правовымъ* (и матеріально-исковымъ) обоснованіемъ обязанности сосѣда принять мѣры къ устраненію неисправнаго состоянія его недвижимости и вознаградить въ подлежащихъ случаяхъ за причиненный вредъ служила—въ Римѣ—именно cautio damni infecti *). Cautio же устанавливалась въ формѣ *стипуляціи* **), а стипуляція была (вербальнымъ) *договоромъ*. Основаніемъ санкции (и самою санкціею) *той же* обязанности у насъ, напротивъ, является *прямое вѣльніе самой закона*, короче же говоря, *законъ*.

Въ-третьихъ. *Мѣры воздѣйствія* на собственника недвижимости на сосѣдномъ участкѣ, находящейся въ неисправномъ состояніи, въ Римѣ, какъ извѣстно, были *весьма сложны*. Это объясняется отчасти тѣмъ, что въ Римѣ юридическая обязанность сосѣда къ устраненію такого состоянія недвижимости, какъ мы видѣли, *сама собою не разумьлась*; не предполагалась тамъ также сама собою и *юридическая отвѣтственность* собственника сосѣдней недвижимости за вредъ, причиненный этою недвижимостью. Сказаннымъ и обуславливалась вся эта сложная система (находившаяся вообще въ связи съ особенностями римскаго процесса) воздѣйствія на собственника угрожающей недвижимости: истребованіе cautio damni infectio (подъ угрозою: либо cavere, либо carere), предоставленіе требуемой cautio, въ противномъ же случаѣ, missio—сперва: ex primo decreto, а затѣмъ и—ex secundo decreto и т. п.

*) Некоторые cautiones обеспечивали судебное производство по такимъ притязаніямъ, которыя сами по себѣ не защищались исками (курсивъ нашъ); сюда относится, напр., cautio damni infecti (Дернбургъ. Пандекты. Общая часть, русск. переводъ, § 164).

**) Баронъ. Система, § 315.

Конечно, всѣ указанные способы воздѣйствія на упорствующаго сосѣда, собственника зданія, находящагося въ неисправномъ состояніи, являются совершенно чуждыми нынѣ дѣйствующему русскому праву.

Изъ всего изложеннаго мы дѣлаемъ такой *конечный выводъ*: подобно cautio damni infecti, относящейся къ области римскаго *обязательственнаго* права, запреты, содержащіеся въ ст. ст. 445 и 446, п. 1 т. X ч. 1, также должны быть разсматриваемы, какъ нормы *отечественнаго обязательственнаго* права; только—въ Римѣ сосѣдскія обязанности въ силу cautio damni infecti возникали изъ *договора* (stipulatio), а у насъ эти обязанности основываются *непосредственно на самомъ законѣ*.

Въ виду сказаннаго, иски, направленные на защиту тѣхъ правъ участія частнаго, о коихъ говорятъ ст. 445 и 446, п. 1 т. X ч. 1, надо считать, равнымъ образомъ, *обязательственными исками*.

§ 9. Ученіе римскаго права о защитѣ правъ сосѣдства—въ примѣненіи къ нашимъ искамъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго (продолженіе).

III. Намъ остается еще только ближе ознакомиться съ основными положеніями римскаго и русскаго права объ институтѣ „необходимой дороги“ (Nothweg) и о защитѣ права на указанную дорогу.

Въ древнемъ Римѣ „сосѣдъ гробницы долженъ (былъ) за вознагражденіе установить заинтересованнымъ лицамъ право проѣзда, если къ гробницѣ нельзя добраться инымъ путемъ.“ *) Объ этомъ свидѣлствуетъ слѣдующее мѣсто Дигестъ:

l. 12 pr. D. de religiosis et sumptibus funerum 11, 7 (Ulpianus libro vicensimo quinto ad edictum). Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, impetrator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adjunctum habeat. non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses et jam compellere debet justo pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.

*) Баронъ. Система, § 126.

Такимъ образомъ, римское право дозволяло принужденіе къ предоставленію необходимаго прохода единственно лишь къ гробницѣ. Напротивъ, древніе германскіе источники признавали право на Nothweg также во многихъ другихъ случаяхъ, а въ особенности, при чрезполосности участковъ деревенскихъ жителей. „Отсюда возникъ (говорить Дернбургъ. Пандекты. Вещное право § 253, вын. 2) обычай общаго права, дополнившій римское правило“.

О Nothweg мы высказались уже въ томъ смыслѣ, что подъ нимъ надлежитъ разумѣть институтъ сосѣдскаго, значить, — *обязательственнаго* права. Нѣкоторое, однако, недоумѣніе способно вызывать мѣсто, традиціонно отводимое Nothweg'у въ курсахъ пандектнаго права. Именно Вагон и Дернбург, напр., упоминаютъ о немъ *дважды*: въ ученіи объ ограниченіяхъ собственности и въ *ученіи о сервитутахъ* *). А Windscheid идетъ еще далѣе, *категорически исключая его вовсе изъ числа ограниченій собственности и опредѣленно включая его въ категорію сервитутныхъ правъ* **).

Въ этомъ необходимо разобраться.

Мы думаемъ, что *самое право* одного сосѣда по отношенію къ другому *требовать* отъ него, чтобы онъ дозволилъ проходить по его участку, *никакъ нельзя считать вообще вещнымъ правомъ (сервитутнымъ или какимъ-либо другимъ)*. Вѣдь это право есть правовое отношеніе (основанное на законѣ) *лица къ лицу*, а не лица къ вещи! А слѣдовательно это — *обязательственное* (не вещное) правоотношеніе. То же, какъ кажется, можно вывести изъ слѣдующихъ словъ самого Вагон'а: „судья можетъ также установить сервитутъ съ цѣлью исполненія рѣшенія, которымъ отвѣтчикъ приговоренъ къ установленію какого-либо сервитута (?), напр.: права проѣзда“ (слѣдуетъ ссылка на 1. 12 pr. De religiosis 11,7). Оставляя въ сторонѣ тѣ сомнѣнія, кои вызываютъ въ насъ заключительныя слова этой цитаты (неясно: какіе еще „сервитуты“, кромѣ права проѣзда, имѣетъ въ виду Вагон) ***), мы склонны истолковать при-

*) Точнѣ говоря, въ ученіи о возникновеніи сервитутовъ по судебному распоряженію (Вагон § 168; Дернбург § 253).

***) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I § 169¹ и § 212⁶.

***) Дернбург (Вещное право, § 253), базируясь на томъ-же 1. 12 pr. D. 11,7, выражается болѣе осторожно (ближе къ тексту этого lex'a). „Судья въ случаяхъ крайней необходимости, можетъ присудить къ установленію до-

веденную форму Вагон'а такимъ образомъ: судъ исполнилъ рѣшеніе тѣмъ, что *установилъ „проѣздъ“*, до этого же момента, отвѣтчикъ *былъ присужденъ* дать проѣздъ, а еще ранѣе этого, сосѣдъ (позже отвѣтчикъ), очевидно, уже былъ къ сему *обязанъ*, именно въ силу законныхъ сосѣдскихъ правоотношеній.

Проходя теперь мысленно тотъ же путь (цѣль) сужденій, но только уже въ обратномъ направленіи — можно констатировать, какъ кажется, *двойкій* правовой смыслъ, придаваемый пандектистами выраженію „Nothweg“. Излагая этотъ институтъ въ ученіи объ ограниченіяхъ собственности, они разумѣютъ, надо думать, подъ нимъ *самое право* на необходимую дорогу, *обязательственное* право, возникающее изъ сосѣдства (право сосѣдства); касаясь впоследствии того-же Nothweg'а въ ученіи о возникновеніи сервитутовъ, они понимаютъ подъ нимъ уже не притязаніе сосѣда къ сосѣду на проѣздъ, но *самый проѣздъ* (установленный судомъ) чрезъ сосѣдній участокъ.

Если пандектистамъ этотъ проѣздъ угодно считать дорожнымъ сервитутомъ и, *слѣдовательно, примѣнять къ нему правила о сервитутахъ*, то это мы оставляемъ всецѣло на ихъ ответственности: настоящей вопросъ въ данномъ случаѣ (при изученіи правъ сосѣдства) насъ непосредственно, очевидно, не касается. Но мы тѣмъ опредѣленнѣе настаиваемъ на *необходимости строгаго различія* *обоихъ значеній выраженія Nothweg*, — отнюдь не допуская, напротивъ, какого-либо ихъ *слѣшенія или отождествленія*. Впрочемъ, этого и не дѣлаютъ, несомнѣнно, ни Вагон, ни Дернбург!

Различая же, какъ и они, оба смысла этого понятія, мы вмѣстѣ съ тѣмъ склонны считать, что *выраженіе Nothweg имѣетъ, по преимуществу, значеніе именно законнаго обязательственнаго сосѣдскаго притязанія* (а не „дорожнаго сервитута“).

Переходя теперь къ постановленіямъ дѣйствующаго русскаго права о необходимомъ проходѣ (ст. ст. 448 — 451 т. X ч. I), припомнимъ, прежде всего, уже сказанное нами выше о смыслѣ этихъ постановленій. Именно. Нами было уже указано, что ст. ст. 448 — 451 т. X ч. I имѣютъ въ виду отнюдь не дорожное право на особый институтъ обязательственнаго права: сосѣдское право на необходимый проходъ; доказывая это, мы ссылались на то обстоятельство, что названныя статьи включены въ отдѣленіе 1-ой главы 2-ой (книги 2-ой зак. гражд.) въ число статей о правѣ участія частнаго (= правѣ сосѣдства), а не въ отдѣленіе 2-ой главы 2-ой (той

же книги), посвященное праву угодій въ чужихъ имуществѣхъ, т.-е. сервитутному праву. Тогда же мы указали, что наша юриспруденція право на необходимый проходъ по русскому праву смѣшиваетъ (и соотвѣтственно ошибочно конструируетъ) съ дорожнымъ сервитутомъ. Отсюда проистекаютъ, по нашему убѣжденію, противорѣчія, а равно и затрудненія, испытываемыя, въ частности, нашею судебною практикою, при истолкованіи смысла ст. ст. 448 — 451 т. X ч. I. Такъ, Прав. Сенатъ первоначально держался, повидимому, того мнѣнія, что мировымъ учрежденіямъ, на основаніи п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд. и ст. ст. 448—451 т. X ч. I, безусловно подсудны дѣла также о проложеніи *новыхъ* дорогъ, а не исключительно лишь о возстановленіи дорогъ, уже ранѣе существовавшихъ. По крайней мѣрѣ, изъ рѣш. 1869 г. № 627 мы узнаемъ между прочимъ слѣдующее: „мировой съѣздъ... нашель, что Баевъ просить не о возстановленіи нарушеннаго права его довѣрителей въ отношеніи проѣзда по той дорогѣ, существованіе которой до устройства желѣзной дороги онъ доказываетъ, что и невозможно безъ уничтоженія сооруженій линіи желѣзной дороги, а объ устройствѣ новыхъ сообщеній съ городомъ и церерѣзанными тою дорогою частями дачи Барановой и Буханова, каковое ходатайство Баева не подходитъ подъ 5 п. 29 ст. Уст. Гр. Суд., 442—451 ст. т. X ч. I и должно быть предъявлено тому мѣсту, которому оно можетъ быть подвѣдомо по свойству иска и по пѣнѣ его (ст. 1—3, 29 и 202 Уст. Гр. Суд.). Велѣдствіе сего, признавъ искъ Баева въ настоящемъ его видѣ неподлежащимъ разсмотрѣнію мировыхъ судебныхъ установленій“,—мировой съѣздъ отмѣнилъ рѣшеніе мирового судьи, состоявшееся по этому дѣлу. Однако, гражд. кассац. д-тъ Прав. Сената не согласился въ указанномъ рѣшеніи *) съ приведенными доводами мирового съѣзда и отмѣнилъ, въ свою очередь, его рѣшеніе—по допущеніи имъ (сказано въ этомъ кассац. рѣшеніи) „неправильнаго толкованія 5 п. 29 ст. Уст. Гр. Суд. и 448 ст. т. X ч. I“. Впослѣдствіи Прав. Сенатъ придалъ, какъ кажется, *еще болѣе широкое значеніе и примѣненіе указанной ст. 448 и слѣд.*, — какъ это можно заключить изъ слѣдующаго свидѣтельства проф. Васьковскаго: „Изъ буквального смысла этихъ статей (448 и 451) и изъ узаконеній, на которыхъ онѣ основаны, слѣдуетъ только, что владѣльцы участковъ, со всѣхъ сторонъ окруженныхъ чужими владѣніями, могутъ требовать проложенія черезъ эти владѣнія малыхъ дорогъ шириною въ

*) 1869 г. № 627.

три сажени (449, 450). Но сенатъ, имѣя въ виду практическія потребности жизни, призналъ, что хозяинъ замкнутаго участка или двороваго мѣста въ городѣ *можетъ, при отсутствіи всякаго доступа къ своей собственности, прямо проходить и проѣзжать черезъ смежныя владѣнія, не требуя отведенія дороги* (87/173; 75/978)“ *—**).

Наконецъ, въ рѣшеніи 1910 г. № 8 Прав. Сенатъ предложилъ, какъ сейчасъ увидимъ, *опять новое толкованіе (и притомъ диаметрально-противоположное прежнимъ)* п. 5 ст. 29 Уст. гр. суд. и ст. ст. 448 — 451 т. X ч. 1. „Въ кассационной жалобѣ (читаемъ въ этомъ рѣшеніи) повѣренный наследниковъ Войцеха Солтана, Владислава и Станислава Солтановъ, Левинъ доказываетъ, что искъ о назначеніи дороги *вновь* *) чрезъ постороннюю дачу отнесенъ, именно, къ вѣдомству мирового судьи, такъ какъ въ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. упомянутъ *сервитутъ* *), указанный въ 450 ст. т. X ч. 1, то есть отводъ дороги *вновь* *), и поэтому просить отмѣнить рѣшеніе окружнаго суда по нарушенію ст. 450 т. X ч. 1 и 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. Жалоба эта не заслуживаетъ уваженія по слѣдующимъ соображеніямъ. Буквальный смыслъ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд., опредѣляющаго подвѣдомственность мировому судѣю „искъ о правѣ участія частнаго (зак. гражд. ст. 442, 445—451), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года“, не возбуждаетъ никакого сомнѣнія, что *подвѣдомственность исковъ о правѣ участія частнаго обусловливается наличностью нарушенія этого права* *) и предьявленія иска до истечения года со времени нарушенія. Въ примѣненіи къ *сервитуту* *), установленному въ ст. 448 и слѣд. т. X ч. 1 о правѣ прохода и проѣзда владѣльца чрезъ постороннія дачи къ своему угодию, нарушеніе права участія частнаго предполагаетъ, что *до нарушенія владѣлецъ пользовался правомъ прохода и проѣзда* *), ибо въ противномъ случаѣ не могло бы быть рѣчи о нарушеніи. Отсюда слѣдуетъ, что если не было пользованія, не было нарушенія, и *искъ* предьявленъ не о возстановленіи нарушеннаго права участія частнаго, а *о признаніи отвѣтчика обязаннымъ предоставить впервые проходъ и проѣздъ чрезъ свои дачи, для чего назначается опредѣленной ширины дорога,—то такой искъ, по точному смыслу 5 п. 29 ст. уст. гражд. суд., какъ правильно призналъ окружной судъ, не подлежитъ вѣдомству мирового судьи*“ *).

*) Курсивъ наш.

**) Учебникъ гражданскаго права, вып. II, стр. 88.

Итакъ, нашею кассационною практикою *намѣчены*, повидимому, три возможные вообще толкованія смысла и содержанія ст. 29, п. 5 уст. гражд. суд. и ст.ст. 448—451 т. X ч. 1, а именно: а) право на необходимую дорогу по русскому праву есть право (обязательственное?) одного сосѣда по отношенію къ другому проходить или проѣзжать черезъ участокъ послѣдняго, и при томъ, очевидно, право—вовсе независимое въ своемъ осуществленіи отъ наличія той или иной, *конкретной*, дороги, пролегающей чрезъ этотъ участокъ; б) право на необходимую дорогу есть право *какъ на возстановленіе уже существовавшей (необходимой) дороги, такъ и на проведеніе лишь впервые новой дороги* и в) это право есть право *только на возстановленіе ранѣе уже существовавшей дороги*, а не также на проведеніе впервые новой дороги.

Изъ этихъ трехъ толкованій наименѣе приемлемо, думается намъ, послѣднее (п. в.). Какъ видно изъ приведеннаго кассационнаго рѣшенія (1910 г. № 8), въ которомъ оно изложено, въ основаніе его положена Прав. Сенатомъ сервитутная теорія, вслѣдствіе чего право на необходимую дорогу, въ результатѣ такого толкованія, оказалось просто отождествленнымъ съ дорожнымъ сервитутомъ. Этому толкованію, повидимому, родственно и близко по духу другое, помѣченное нами, какъ п. б, потому что и оно, кажется, мыслить Nothweg, какъ отношеніе лица къ вещи (участку), точнѣе: къ дорогѣ,—другими словами, какъ *вещное* отношеніе. Поэтому толкованіе, обозначенное лит. б, является, по нашему мнѣнію, также ошибочнымъ. Ближе всего, повидимому, къ истинѣ первое изъ приведенныхъ толкованіе (п. а). Его положительная сторона заключается, можно думать, въ томъ, что оно какъ бы *отрываетъ* самое право на необходимую дорогу отъ его конкретного (и вещественнаго) осуществленія, т. е. дороги, достигая этимъ выдвигенія на первый планъ элемента личнаго отношенія сосѣда къ сосѣду, т. е. какъ разъ того, что существенно въ ученіи о Nothweg, какъ правѣ (и обязанности) сосѣдства. Конечно, это право одного сосѣда по отношенію къ другому проходить и проѣзжать черезъ его участокъ не можетъ быть совершенно безусловно и безгранично. Правда, какъ свидѣтельствуетъ проф. Васильевскій (см. выше), Прав. Сенатъ высказалъ нѣкогда взглядъ, что хозяинъ замкнутаго участка вправе „*прямо* проходить и проѣзжать черезъ смежныя владѣнія, *не требуя отведенія дороги*“. Но это сужденіе Прав. Сената не совсѣмъ точно (если не вовсе неправильно). Уже римское право предписывало, какъ мы видѣли, *ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus*

magnum patiatur detrimentum. Это требованіе римскаго права нашло себѣ признаніе и въ пандектномъ правѣ, — и было реципировано также нашею послѣдующею кассационною практикою (см. рѣш. 1902 № 7).

На основаніи всего изложеннаго заключаемъ, что ст.ст. 448—451 т. X ч. 1 суть нормы *обязательственнаго* права*) (такъ какъ онѣ касаются Nothweg'a, института обязательственнаго права), а отсюда выводимъ, что искъ, направленный на защиту того „права участія частнаго“, о коемъ упоминаютъ названныя статьи, надо считать также *искомъ обязательственнымъ* **).

Итакъ, всѣ иски о правѣ участія частнаго (п. 5 ст. 29 прежней редакціи), или о нарушеніи права участія частнаго (п. 3 ст. 29 новой редакціи)—что, очевидно, совершенно одно и то же—суть иски обязательственные, направленные на защиту обязательственныхъ (сосѣдскихъ) правъ, основанныхъ на законѣ.

Если и наши юристы-практики (и судьи, и законодатели), и наши юристы-теоретики спорили прежде, спорятъ еще и нынѣ о

*) То же надо сказать, какъ явствуетъ впрочемъ уже изъ всего выше-изложеннаго, и относительно другихъ статей т. X ч. I, на кои ссылается п. 3 ст. 29 Уст. гражд. суд. Всѣ эти статьи („не лей воды, не сметай сора, не дѣлай оконъ въ брандмауерѣ, отведи необходимый для сосѣда проходъ чрезъ твои владѣнія“ и т. д.) суть также *нормы обязательственнаго права*.

**) П. 3 ст. 29 Уст. гражд. суд. ссылается на ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. I. Къ нѣкоторымъ изъ этихъ статей есть примѣчанія: къ ст. 442 имѣется два примѣчанія, къ ст. 445—одно; всѣ три указаннныя примѣчанія сразу же бросаются въ глаза, благодаря богатству своего содержанія (такъ какъ источникомъ ихъ происхожденія являются многочисленныя постановленія нашего законодательства). И тѣмъ не менѣе, въ разсмотрѣніе содержанія этихъ примѣчаній мы не вошли и входить не будемъ. *Этихъ* примѣчаній *не было* въ томъ изданіи (1857 г.) зак. гражд., коимъ могли пользоваться составители Устава гражд. суд., — такъ что они являются *наслоньями болѣе поздняго времени*. А мы уже знаемъ, что въ нашихъ законодательныхъ сферахъ, очевидно, также въ *кодификаціонныхъ*, отсутствуетъ точное и правильное пониманіе правъ уч. ч. и ихъ защиты! Поэтому еще вопросъ: удачно ли отнесены эти примѣчанія къ статьямъ гражд. зак., посвященнымъ праву уч. ч. И какой вообще смыслъ ихъ включенія въ отдѣленіе I главы 2-й кн. II т. X ч. I? И далѣе: *ссылку п. 3 ст. 29 Уст. гр. суд. на ст. ст. 442 и 445 должно ли распространять также на названныя примѣчанія?* Всѣ эти вопросы сами собою не рѣшаются. Поэтому, мы считали *методологически болѣе осторожнымъ* не входить въ обсужденіе содержанія указанныхъ примѣчаній. Тѣмъ болѣе, что наше изслѣдованіе имѣетъ конечною цѣлью дать *общее* ученіе объ искахъ о правѣ у. ч., а отнюдь не исчерпывающее изложеніе всѣхъ этихъ отдѣльныхъ исковъ.

томъ: поессорные ли это иски, или петиторные,—то такой споръ, конечно, не въ состоянн помочь самому дѣлу познанн названнхъ исковъ, свидѣтельствую лишь объ одномъ: о *коренномъ непониманн* спорящими сторонами юридической природы и вообще существа указаннхъ исковъ, ибо интересующе насъ иски—и ни поессорные, и ни петиторные, и даже самая категория *possessorium—petitorium* къ выясненн ихъ сущности, какъ оказывается, на самомъ дѣлѣ, просто даже непримѣнима.

Нашихъ юристовъ занимаетъ въ послѣднее время также вопросъ, чего достигла (да и достигла ли вообще чего-нибудь) коммиссія Государственной Думы по судебнымъ реформамъ измѣненн редакціи прежняго п. 5 ст. 29 уст. гр. суд. (включенн въ него выраженн: о „нарушенн“ права участн частнаго). Какъ извѣстно, сама коммиссія придавала весьма серьезное значенн этому редакціонному нововведенн, намѣреваясь при посредствѣ его точно установить *владельческой* характеръ исковъ о защитѣ правъ участн частнаго. Нѣкоторые наши комментаторы вполне одобрили этотъ образъ дѣйствн коммиссіи и присоединились къ ея мнѣнн по настоящему предмету *). Но другіе наши юристы (напр. проф. Ельяшевичъ, проф. Поповъ) не согласились съ коммиссіею и даже нашли,

*) Выше мы указывали на сен. В. Л. Исаченко, какъ сторонника коммиссіи. Сошлемся теперь еще на С. Г. Щегловитова, автора комментарія къ Судебнымъ Уставамъ (изд. 2-е 1914 г., стр. 253 въ концѣ): „Въ цѣломъ рядѣ рѣшенн (слѣдуетъ указанн на сенатскія рѣшенн) Сенатъ провелъ существенное различн между исками о возстановленн владѣнн и о правѣ уч. ч., допустивъ въ послѣднихъ рѣшенн не только на основанн факта пользования этимъ (курсивъ автора) правомъ, но и на основанн права на оное (курсивъ автора), и даже установилъ, что рѣшенн мир. учреждений по искамъ о правѣ уч. ч. лишаютъ истца права возобновить тотъ же искъ въ общихъ суд. мѣстахъ (Г. К. Д. 79/278 и др.). Эти разъясненн были признаны въ сужденнхъ Гос. Думы по законопроекту о реформѣ мѣстнаго суда результатомъ недоразумѣнн, и правило закона о подсудности исковъ о правѣ уч. ч. (п. 3 ст. 29) было исправлено указаннмъ на особую подвѣдомственность мир. учреждениямъ лишь искомъ о нарушеннхъ (курсивъ автора) права уч. ч., именно съ цѣлью устраненн упомянутаго недоразумѣнн. Вслѣдствн этого, разъясненн Сената (курсивъ нашъ), и со времени введенн въ дѣйствн закона о реформѣ слѣдуетъ признать, что иски о правѣ уч. ч. сравненн, относительно устраненн вопроса о правѣ, съ владельческими исками (курсивъ нашъ), т. е. что мировые судьи могутъ разбирать иски о правѣ участн частнаго лишь въ случаяхъ, когда цѣна ихъ не превышаетъ 1000 р., а о нарушеннхъ сего права въ предѣлахъ указаннаго п. 3 ст. 29 у. гр. с. срока—независимо отъ цѣны иска“.

что самая попытка ея ввести нѣчто новое въ п. 5 (прежнн) ст. 29 вовсе не увѣнчалась какимъ либо успѣхомъ: что иски о нарушенн права участн частнаго, подобно искамъ о правѣ участн частнаго, суть также иски о самомъ правѣ—„петиторные“,—и что тѣ и другіе иски—вполнѣ тождественны.

Для доказательства этого, названнне юристы черпаютъ доводы изъ ученн о толкованн законовъ, указывая въ особенности на то, что „намѣренн законодателя имѣютъ мало значенн, поскольку они не нашли объективнаго выраженн въ законѣ“ (проф. Ельяшевичъ *), что „редакторы устава хотѣли сказать въ пунктѣ 3 одно, а высказали другое“ (проф. Поповъ **) и проч.

Мы также высказываемся въ пользу *тождества* исковъ о нарушенн права участн частнаго и исковъ о правѣ участн частнаго, хотя эти иски не считаемъ, конечно, (подобно другимъ сторонникамъ ихъ тождества) исками петиторными ***). Только мы доказываемъ существованн между ними этого тождества при помощи нѣсколько иной (чѣмъ приведенная сейчасъ) *аргументаціи*.

Она сводится къ слѣдующему.

При введенн мировыхъ судебныхъ установленн въ Царствѣ Польскомъ и Прибалтійскихъ губерннхъ (см. выше), п. 5 ст. 29 уст. гр. суд. былъ также видоизмѣненъ, и при томъ, дѣйствительно, весьма существеннымъ образомъ. Тогда дѣло не ограничилось, какъ недавно (при реформѣ мѣстнаго суда) включеннмъ въ текстъ п. 5 ст. 29 уст. гр. суд. одного лишь словечка: „нарушенн“; напротивъ, тогда названнй текстъ былъ кореннымъ образомъ переработанъ и редактированъ (какъ мы видѣли) въ такихъ выраженнхъ: „иски о нарушенн пользования указанными въ книгѣ второй гражданскаго кодекса сервитутами“ и проч. и „иски о нарушенн пользования сервитутами въ недвижимомъ имуществѣ“ и т. д. Благодаря такому изложенн, тогда п. 5 ст. 29 уст. гр. суд., на самомъ дѣлѣ, совершенно утратилъ (какъ мы уже указали) присущее ему ранѣе значенн и вовсе лишился прежняго своего содержания, но за то, дѣйствительно, приобрѣлъ новое. Мы выше объяснили, какъ могла случиться вся эта метаморфоза: составители „польскаго и прибалтійскаго закона“, по недоразумѣнн, просто отождествили права участн частнаго съ сервитутами и смѣшали иски о правѣ

*) Вѣстникъ гражд. права 1913 г. № 3, стр. 51.

**) Право 1914 г. № 13, стр. 1049.

***) Потому что тѣ и другіе иски суть просто обязательственные иски.

участія частного съ исками о нарушеніи пользованія сервитутами. Хотя комиссія Государственной реформы по судебнымъ дѣламъ исполнѣ повинна въ точно такихъ же заблужденіяхъ (отождествленіи, смѣшеніи и проч.), она тѣмъ не менѣе, включивъ въ текстъ п. 3 ст. 29 уст. гр. суд. одно лишь выраженіе „нарушеніе“, но ни въ чемъ другомъ его не измѣнивъ, *сохранивъ въ немъ даже ссылку на ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. 1*, отнюдь не достигла (и не вправѣ надѣяться достигъ) того правового эффекта, котораго достигли въ свое время составители „польскаго и прибалтійскаго закона“, кореннымъ образомъ (какъ мы видѣли) реформируя п. 5 ст. 29 у. г. с. Ни включеніе, напротивъ, въ нынѣшній п. 3 ст. 29 уст. гр. суд. слова „нарушеніе“, ни то обстоятельство, что редакторы этого пункта употребляли встрѣчающійся въ немъ терминъ „право участія частного“, быть можетъ, дѣйствительно, въ значеніи сервитута, — *не въ состояніи всетаки приобрѣсти перевѣса надъ самымъ фактомъ сохраненія въ п. 3 ст. 29 уст. гр. суд. ссылки на прежнія статьи гражд. законовъ о правѣ участія частного.*

Поэтому, иски о нарушеніи права участія частного остались и нынѣ тѣми же исками, каковыми они были прежде, когда назывались просто исками о правѣ участія частного, — т. е. исками, направленными на защиту правъ сосѣдства (а не сервитутныхъ правъ), исками обязательственными, не — вещными.

§ 10. Годичный срокъ для предъявленія исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частного. Существующія сужденія о немъ и ихъ критика. — Необходимость историко-критическаго изслѣдованія происхожденія текста п. 3 ст. 29 Уст. гражд. суд.

Все предыдущее изложеніе въ достаточной мѣрѣ, полагаемъ, выяснило нашъ взглядъ на юридическую природу и существо исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частного. Въ результатѣ этого, правильная, по нашему убѣжденію, конструкція названныхъ исковъ нами уже дана. Настоящее наше изслѣдованіе, въ связи съ сказаннымъ, можно было бы считать законченнымъ.

Однако, согласно намѣченному нами выше *методологическому* плану, мы должны еще разсмотрѣть и, по возможности, изучить также *законодательные матеріалы судебной реформы 1864 года*, поскольку эти матеріалы касаются интересующихъ насъ исковъ.

Потребность въ изученіи указанныхъ матеріаловъ ощущается нами тѣмъ сильнѣе, что мы все еще не считаемъ исполнѣ изъясненнымъ п. 3 ст. 29 уст. гр. суд., несмотря на весь (сравнительно долгій) путь, нами уже пройденный — въ цѣляхъ интерпретаціи этого пункта. Вѣдь мы, въ сущности, пока почти не коснулись еще смысла и значенія (а равно и историческаго происхожденія) *ключительныхъ словъ* названнаго пункта: „*когда со времени сего нарушенія прошло не больше года*“! Точнѣе говоря, мы приводили до сихъ поръ лишь нѣкоторыя сужденія насчетъ этого годичнаго срока, но своего мнѣнія по настоящему предмету еще не высказали.

Какъ увидимъ ниже, дать удачное объясненіе указанному годичному сроку и самому появленію его въ текстѣ п. 3 ст. 29 уст. гражд. суд. возможно только при условіи примѣненія *историко-критическаго метода* къ изученію этого текста. Мысль же о примѣненіи названнаго метода приводитъ насъ какъ разъ къ сознанию необходимости ближе познакомиться съ законодательными матеріалами судебной реформы 1864 г.

Но предварительно осуществленія этой (последней) части нашего методологическаго плана, попробуемъ ориентироваться въ уже знакомыхъ намъ сужденіяхъ нашихъ юристовъ объ интересующемъ насъ сейчасъ годичномъ срокѣ, предусмотрѣнномъ п. 3 ст. 29 уст. гр. суд.

Какъ мы уже знаемъ, по одному мнѣнію (К. П. Побѣдоносцева и проф. Ельяшевича), непредъявленные до истеченія годичнаго срока иски о нарушеніи права (или о правѣ) участія частного оказываются (послѣ этого срока) неподвѣдомственными ни мировымъ судьямъ, *ни также окружнымъ судамъ*; согласно этому мнѣнію, названные иски съ истеченіемъ годичнаго срока разъ навсегда *погашаются*: это, равносильно, очевидно, признанію за указаннымъ годичнымъ срокомъ значенія *подлинной исковой давности*. Приведенное мнѣніе убѣдительно (на нашъ взглядъ) опровергается слѣдующимъ соображеніемъ вышепоименованной объяснительной записки къ проекту новой редакціи Уст. гражд. суд. т. III, стр. 11: „то обстоятельство, что установленный въ п. 5 ст. 29 годичный срокъ имѣетъ исключительно судопроизводственное значеніе, подтверждается, между прочимъ, и тѣмъ, что въ законахъ гражданскихъ не постановлено никакого исключенія изъ общаго срока земской давности для права участія частного; законы же процессуальные не могли ввести такого существеннаго измѣненія матеріальнаго права, какъ сокращеніе давности для столь важнаго

права, каково участіе частное". А что право участія частного (по общему правилу) *важное и весьма цѣнное право* и притомъ не только для управомоченнаго на него сосѣда, но и—косвенно—для всего общества не подлежитъ, дѣйствительно, никакому сомнѣнію *). Именно, въ силу свойственной правамъ участія частного важности и подлинной ихъ необходимости (ср. право на необходимую дорогу) и произвольная воля сторонъ, не ихъ добровольное соглашеніе, не договоръ созидаютъ эти права участія частного; *ихъ устанавливаетъ, имъ прямо велитъ „быть“ самъ законъ!* **). Допустима ли въ виду этого самая мысль о столь упрощенномъ способѣ прекращенія правъ участія частного, какъ пропускъ годичнаго срока со времени ихъ нарушенія? Возможно ли, чтобы невчиненіе въ теченіе столь краткаго срока, какъ одинъ годъ, иска о правѣ участія частного окончательно (разъ навсегда) лишало лицо, управомоченное на это право судебной защиты противъ его нарушенія?

По нашему убѣжденію, на эти вопросы можно отвѣтить только въ отрицательномъ смыслѣ ***).

По другому мнѣнію (В. Л. Исаченко), значеніе интересующаго насъ годичнаго срока заключается въ слѣдующемъ. По нашимъ законамъ, защита правъ участія частного возможна *двоякимъ* путемъ: 1) *поссессорнымъ* искомъ—ему специально посвященъ, согласно этому мнѣнію, п. 3 ст. 29 уст. гр. суд.—и 2) *петиторнымъ* искомъ; послѣдній искъ можно предъявить только въ окружномъ судѣ (онъ, слѣдовательно, неподвѣдомственъ мировому судѣ); что же касается

*) Припомнимъ вышеприведенныя слова Dernburg'a объ actio aquae pluviae arcendae (относимыя нами также къ иску о нарушеніи права, основаннаго на п. 1 ст. 442 т. X ч. 1): „если бы каждому предоставлялось, по своему произволу, устраивать плотины (и проводить каналы), какъ того одно-сторонне требуютъ интересы его участка, то отъ этого могло бы произойти затопленіе или разореніе сосѣднихъ участковъ или зараженіе цѣлой округи“. — *Общепользныи* (именно: противопожарныи) характеръ имѣютъ, какъ мы уже знаемъ, также другія постановленія нашего т. X ч. 1 о правѣ участія частного.

**) Сказанное не предрѣшаетъ, конечно, вопроса о недопустимости (или допустимости) соглашеній между сосѣдами, въ силу конхъ одинъ изъ нихъ отказывается отъ своего права участія частного въ пользу другого. Дозво- лительная запись на устройство оконъ предусмтрѣна самимъ закономъ (ст. 446 т. X ч. 1).

***) Большинство нашихъ юристовъ (см. выше) высказывается также противъ пониманія предусмтрѣннаго п. 3 ст. 29 уст. гр. суд. годичнаго срока въ смыслѣ давностнаго срока.

поссессорнаго иска, то, при условіи вчиненія его до истеченія го- дичнаго срока со времени нарушенія (даннаго права участія част- наго), этотъ искъ относится къ вѣдомству мирового судьи, по исте- ченіи же этого срока, *хотя его и можно все еще предъявить, но уже только въ окружномъ судѣ.*

При такомъ пониманіи смысла и значенія годичнаго срока, оказывается, однако, совершенно необъясненнымъ слѣдующее: какой собственно *raison d'être* могло бы имѣть подобное правило, опре- дѣляющее, что искъ о нарушеніи права участія частного до исте- ченія годичнаго срока подвѣдомственъ мировому судѣ, а по исте- ченіи этого срока *тотъ же искъ*—искъ о нарушеніи права уча- стія частного *)—уже не относится болѣе къ вѣдомству мирового судьи, а лишь—окружнаго суда? Можно ли, въ самомъ дѣлѣ, убѣ- дительно объяснить и оправдать достаточно основательными дово- дами такую процессуальную перемѣну въ отношеніи подвѣдомствен- ности даннаго иска, *матеріально остающагося все тѣмъ же искомъ*,—перемѣну, обусловливаемую единственно лишь истече- ніемъ годичнаго срока? По крайней мѣрѣ, мы на это не надѣемся.

Другое совсѣмъ дѣло, конечно, если считать такъ: искъ, направ- ленный на защиту правъ участія частного, до истеченія годичнаго срока есть *поссессорный*, и до этого момента относится къ вѣдом- ству мирового судьи, а послѣ указаннаго срока—названный искъ изъ *поссессорнаго неизбѣжно превращается* въ *петиторный* искъ и, *въ качествѣ такового*, становится подвѣдомственнымъ уже лишь окружному суду. Вполнѣ возможно (и даже вѣроятно), что именно такова была точка зр. комиссіи Государственной Думы по судебнымъ реформамъ на значеніе годичнаго срока, предусмтрѣн- наго п. 3 ст. 29 уст. гр. суд.! **) Во всякомъ случаѣ, такое объ- ясненіе—и только такое объясненіе ***)—смысла и значенія указан- наго годичнаго срока даетъ, на нашъ взглядъ, болѣе или менѣе

*) Владѣльческій искъ, согласно приведенному мнѣнію.

**) Мы уже выше указали, что В. Л. Исаченко, стоящій въ вопросѣ о пониманіи п. 3 ст. 29 уст. гр. суд., вообще говоря, на точкѣ зр. комиссіи Госуд. Думы по судебнымъ реформамъ, разошелся, можно думать, съ нею во взглядѣ на то, допустимо ли вчиненіе *поссессорнаго* иска о правѣ участія частного (ко- нечно, уже въ *окружномъ судѣ*) также по истеченіи годичнаго срока. Именно: В. Л. Исаченко допускаетъ это, вопреки противоположному (вѣ- роятно) мнѣнію по этому предмету названной комиссіи.

***) Но отнюдь не объясненіе, предложенное В. Л. Исаченко.

убѣдительно обоснованіе и разумное оправданіе *) самому факту существованія этого срока въ нашемъ процессуальномъ правѣ!

Однако, и это объясненіе смысла и значенія годичнаго срока, упоминаемаго въ п. 3 ст. 29 уст. гр. суд., по существу, удовлетворить насъ, само собою разумѣется, не можетъ. Ибо и оно (равно какъ и объясненіе, предложенное В. Л. Исаченко) исходитъ изъ совершенно невѣрнаго основнаго взгляда на иски, направленные на защиту правъ участія частнаго, какъ *вещные* (поссессорно-петиционные) иски.

По третьему мнѣнію (мнѣнію нашей кассационной практики и вообще господствующему въ нашей юриспруденціи), иски, направленные на защиту правъ участія частнаго, суть иски (какъ мы знаемъ) о самомъ правѣ, петиционные иски (точнѣе: петиционные *сервитутные* иски): до истеченія годичнаго срока, они предъявляются у мирового судьи, а по истеченіи этого срока—въ окружномъ судѣ.

Не касаясь самой подобной конструкціи настоящихъ исковъ (какъ петиционныхъ сервитутныхъ исковъ),—конструкціи, по самому существу дѣла, конечно, *ошибочной*,—мы должны всетаки сказать по поводу сейчасъ приведенной формулы слѣдующее:

Если въ эту формулу внести одну (правда, весьма существенную) поправку въ томъ смыслѣ, чтобы признать, что настоящіе иски суть иски, хотя и, дѣйствительно, о самомъ правѣ, но только не вещномъ (сервитутномъ), а обязательственномъ (такъ что эти иски—отнюдь непетиционные, но обязательственные), то тогда противъ приведенной формулы мы не могли бы, въ сущности, сдѣлать какихъ-либо возраженій, *но лишь съ точки зр. буквального смысла п. 3 ст. 29 Уст. гр. суд., точнѣе-же говоря — заключительныхъ словъ названнаго пункта*. Тогда оказалась-бы на лицо такая модификація этой формулы: *законные обязательственные иски, направленные на защиту правъ сосѣдства*, до истеченія годичнаго срока со времени нарушенія (даннаго сосѣдскаго права), предъявляются у мирового судьи, а по истеченіи этого срока—въ окружномъ судѣ.

Однако, рѣшеніе вопроса о смыслѣ и значеніи годичнаго срока, предусмотрѣннаго п. 3 ст. 29 Уст. гр. суд., и въ указанной форму-

*) Убѣдительно и разумно въ этомъ объясненіи, по крайней мѣрѣ, то, что оно относитъ поссессорный искъ (менѣе важный искъ) къ вѣдомству мирового суда, а петиционный искъ (болѣе важный искъ)—къ вѣдѣнію окружного суда.

лировкѣ, также не въ состояніи дать намъ сколько-нибудь *полнаго удовлетворенія*.

Вѣдь что-же оказывается?

Одни и тѣ-же иски, въ зависимости единственно лишь отъ момента ихъ вчиненія (до или послѣ истеченія годичнаго срока), предъявляются то въ мировомъ судѣ, то въ окружномъ судѣ. Но въ такомъ случаѣ, вновь воскресаютъ въ насъ сейчасъ высказанныя нами недоумѣнія, вызванныя мыслью В. Л. Исаченко, что *одинъ и тотъ же искъ* (владѣльческій, по объясненію В. Л. Исаченко—о нарушеніи права участія частнаго) можно предъявить и въ мировомъ судѣ, и въ окружномъ судѣ (въ зависимости исключительно лишь отъ момента его предъявленія)! Ибо вновь мы спрашиваемъ себя: да какой собственно *raison d'être* можетъ имѣть это странное (на нашъ, по крайней мѣрѣ, взглядъ) правило, опредѣляющее, что данный искъ (все равно, назовемъ-ли мы его владѣльческимъ, о нарушеніи права участія частнаго, какъ В. Л. Исаченко, или петиционнымъ, о самомъ правѣ, какъ господствующее мнѣніе, или же наконецъ, искомъ о законномъ обязательственномъ правѣ, возникающемъ изъ отношеній сосѣдства), до истеченія годичнаго срока, подвѣдомственъ мировому судѣ,—а по истеченія этого срока, *онъ же* (*матеріально оставшійся всё тѣмъ же искомъ*) *вдругъ оказывается не относящимся уже болѣе къ вѣдомству мирового судьи, но—окружного суда?*

Надо сказать, что, къ сожалѣнію, наша юриспруденція вообще не задумывается, *въ должной мѣрѣ*, надъ этимъ (столь любопытнымъ) вопросомъ. *А между тѣмъ, пока онъ удовлетворительно не разрѣшенъ, интерпретацію текста п. 3 ст. 29 Уст. гр. суд. еще никакъ нельзя считать вполне удавшеюся*.

Какъ мы уже сказали, ключъ къ разрѣшенію указанной загадки—въ примѣненіи историко-критическаго метода къ изученію этого текста.

Этой темѣ настоящей книги—исторіи происхожденія текста п. 3 (точнѣе п. 5 прежней редакціи) ст. 29 Уст. гражд. суд.—мы посвящаемъ особую, вполне самостоятельную (слѣдующую) главу.

ГЛАВА III.

Исторические источники происхождения текста п. 5 (нынѣ п. 3)
ст. 29 Устава гражданского судопроизводства и ихъ
критическая оцѣнка.§ 11. Матеріалы по судебному преобразованію 1864 года.—
Отечественные и западно-европейскіе источники происхо-
жденія текста п. 5 (нынѣ—п. 3) ст. 29 Уст. гражд. суд.

Обращаясь непосредственно къ законодательнымъ матеріаламъ судебной реформы 1864 г. мы должны констатировать, прежде всего, слѣдующее.

Нынѣшняя книга первая Устава гражд. судопроизводства (Порядокъ производства въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ) появилась въ названномъ Уставѣ не сразу. Проектъ Устава гражданского судопроизводства, составленный Вторымъ Отдѣленіемъ Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи *) и внесенный 8-го іюля 1857 г. въ Государственный Совѣтъ, не содержалъ еще въ себѣ правилъ о порядкѣ производства въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ. Только 14-го апрѣля 1860 г. былъ внесенъ въ Государственный Совѣтъ „Проектъ правилъ о порядкѣ производства спорныхъ гражданскихъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ“**), составленный Вторымъ Отдѣленіемъ Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи.

Между тѣмъ, 29-го сентября 1862 г. были Высочайше утверждены „Основныя Положенія преобразования судебной части въ Россіи“ и въ тотъ же день открыты занятія комиссіи, Высочайше учрежденной при Государственной Канцеляріи для составленія проектовъ законоположеній о преобразованіи судебной части***).

*) Библ. Госуд. Совѣта. — „Матеріалы по судебному преобразованію 1864 г.“, т. I.

**) Вошелъ въ названные „Матеріалы“, т. IV.

***) См. юбилейное изданіе Министерства Юстиціи „Судебные Уставы 20 ноября 1864 г. за 50 лѣтъ“, т. I, Хронологическія данныя, стр. 724.

Названною комиссіею былъ составленъ, въ числѣ другихъ проектовъ, Проектъ Устава гражданского судопроизводства, въ составъ коего (на этотъ разъ) уже вошелъ, въ качествѣ книги первой, также „Порядокъ производства у мировыхъ судей и въ мировыхъ сѣздахъ“ *).

Такимъ образомъ, въ подготовительныхъ къ судебной реформѣ 20-го ноября 1864 г. матеріалахъ мы находимъ три основныхъ варианта (мы не касаемся частныхъ замѣчаній и предположеній, имѣющихся въ числѣ названныхъ матеріаловъ) правилъ, определяющихъ вѣдомство мировыхъ судей: одинъ содержится въ проектѣ Второго Отдѣленія С. Е. И. В. К. Правилъ о порядкѣ производства спорныхъ гражд. дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ, другой—въ Основныхъ Положеніяхъ преобразования судебной части въ Россіи и третій—въ Порядкѣ производства у мировыхъ судей и въ мировыхъ сѣздахъ, кн. I-ой Проекта Устава гражд. судопроизводства, составленнаго Высочайше учрежденной при Государственной Канцеляріи комиссіею для составленія проектовъ законовъ о преобр. суд. ч.

I. Остановимся, прежде всего, на первомъ изъ указанныхъ вариантовъ: Проектъ правилъ о порядкѣ производства спорныхъ гражданскихъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ.

Для насъ имѣютъ ближайшій интересъ лишь слѣдующія статьи этого (первоначального) Проекта:

Ст. 6. Вѣдомству Судовъ Мировыхъ подлежатъ, также по закону, споры о завладѣніи чужимъ недвижимымъ имуществомъ, о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ, и о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обочинѣ съ нимъ межъ, но только въ случаѣ, когда сін споры предъявлены въ Мировомъ Судѣ не позднѣе 10-ти недѣль со времени завладѣнія, или поврежденія границы, межи или межевого знака, или же нарушенія правъ сосѣда при постройкѣ дома или инаго зданія. По минованіи вышеозначеннаго срока, дѣла сего рода могутъ быть вчиняемы только въ высшихъ судебныхъ мѣстахъ, по правиламъ, постановленнымъ въ общемъ Уставѣ Судопроизводства Гражданскаго.

Ст. 7. По спорамъ, означеннымъ въ предшедшей 6 статьѣ, Мировые Суды, не входя въ разсмотрѣніе права собственности на имущество, принимаютъ лишь мѣры для примиренія спорящихъ, а когда

*) См. „Матеріалы“, т. I.

въ томъ не успѣють, то приводятъ въ извѣстность, въ чьемъ владѣніи или въ какомъ состояніи находился спорный предметъ за 10 недѣль предъ начатіемъ спора, и постановляетъ рѣшеніе о возвращеніи сего предмета въ прежнее владѣніе или состояніе до разсмотрѣнія дѣла, по просьбѣ одной изъ сторонъ, въ надлежащемъ высшемъ судебномъ мѣстѣ. Недовольный симъ рѣшеніемъ можетъ на оное жаловаться Уѣздному Суду.

Замѣтимъ, прежде всего, что въ самомъ Проектѣ въ началѣ каждой изъ этихъ статей приведены (на поляхъ), въ качествѣ (очевидно) источниковъ ихъ происхожденія, нѣкоторыя статьи нашего Свода законовъ: во-первыхъ, ст.ст. 6—10, 21 и 22 т. X-го, ч. 2 (Законы о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ) и, во-вторыхъ, ст.ст. 445 и 446 того же т. X, ч. 1 (Законы гражданскіе).

Постараемся же теперь дать себѣ отчетъ насчетъ степени (доли) дѣйствительнаго заимствованія статьями 6 и 7 интересующаго насъ сейчасъ Проекта тѣхъ правовыхъ идей, кои содержатся въ указанныхъ статьяхъ нашего гражданского процессуальнаго (до-реформеннаго, конечно) и матеріальнаго законодательства.

Ст.ст. 6—10 зак. суд. гражд. говорили „о вѣдомствѣ дѣлъ безспорныхъ по обидамъ, по ущербамъ имущества и по завладѣнію“.

Въ частности, ст. 6*) Зак. суд. гражд. гласила: „Удовлетвореніе обидъ, вознагражденіе убытковъ и ущербовъ имущества, возвращеніе отнятаго насильно или взятаго самовольно, и расправа по дѣламъ о завладѣніяхъ, прежде производства ихъ судебнымъ порядкомъ, принадлежать къ обязанностямъ городской или земской полиціи, смотря по тому, въ городѣ или уѣздѣ учинено насиліе, самовольство или завладѣніе“.

Далѣе, ст. 10 Зак. суд. гражд. опредѣляла: „Срокъ на подачу въ полицію прошенія о насильномъ и самовольномъ завладѣніи (Зак. Гражд. ст. 527, 528), съ просьбою о возвращеніи имущества въ прежнее владѣніе, назначается вообще *десятидневный*, а по Закавказскому краю четырехмѣсячный, считая отъ времени происшествія. Пропустившій сей срокъ, долженъ начинать искъ свой въ судебномъ мѣстѣ (ср. ст. 21)“.

*) Эту статью (какъ и послѣдующія) мы цитируемъ по изданію ч. 2 т. X Св. Зак. 1857 года, потому что составители настоящаго Проекта имѣли въ виду, надо думать, именно это изданіе.

Приведемъ еще ст.ст. 21 и 22 Зак. суд. гражд. (касающіяся сего „порядка производства безспорныхъ дѣлъ по обидамъ, ущербамъ и завладѣніямъ имуществомъ“).

Ст. 21. Полиція, по принятіи прошенія, отбираетъ, ни мало не медля, показанія истца и отвѣтчика, и безъ пространнаго письменнаго производства изслѣдуетъ на мѣстѣ чрезъ вѣрныхъ и свѣдущихъ свидѣтелей или другими возможными способами событіе, подавшее поводъ къ жалобѣ, *приводя по дѣламъ о насильномъ и самоуправномъ завладѣніи въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣніе тогда, когда на ономъ учинено насиліе, не требуя и не входя впрочемъ въ разсмотрѣніе представляемыхъ письменныхъ доказательствъ, принадлежащихъ единственно разбирательству судебныхъ мѣстъ*, не опредѣляя ни въ какомъ случаѣ присяги, назначеніе коей предоставляется равномерно исключительно судебнымъ мѣстамъ, и наблюдая при томъ, что дѣло о самовольномъ или насильственномъ завладѣніи чужимъ имуществомъ въ такомъ лишь случаѣ подлежитъ ея разсмотрѣнію, когда жалоба принесена не позднѣе, какъ *въ теченіе десяти недѣль послѣ завладѣнія* (ст. 10); въ противномъ случаѣ полиція должна представить все дѣло на разсмотрѣніе надлежащаго судебного мѣста.

Ст. 22. Полиція, по окончаніи изслѣдованія и приведенія въ ясность дѣла, буде у кого что отнято, *тотчасъ возвращаетъ отнятое* прежнему владѣльцу, предоставляя другой сторонѣ отыскивать свои *права* на завладѣнное имущество, буде имѣетъ ихъ, судебнымъ порядкомъ; въ случаѣ спора объ удовлетвореніи за причиненную обиду, убытокъ или насиліе, полиція равнымъ образомъ, предоставляетъ спорящимъ разбираться въ судебномъ мѣстѣ, и отсылаетъ учиненное ею изслѣдованіе о дѣйствительности событія въ судъ, для опредѣленія мѣры вознагражденія.

Ст.ст. 445 и 446 Гражд. зак., на кои также ссылается одна изъ приведенныхъ сейчасъ нами статей (ст. 6) разсматриваемаго Проекта, намъ уже извѣстны изъ предыдущаго изложенія: это—двѣ статьи изъ числа тѣхъ (статей) т. X ч. 1, кои касаются правъ участія частнаго. Онѣ гласятъ: ст. 445—„хозяинъ дома можетъ требовать: 1) чтобы сосѣдъ не пристраивалъ поварни и печи къ стѣнѣ его дома; 2) не лилъ воды и не сметалъ сора на домъ или дворъ его; 3) не дѣлалъ ската кровли своей на дворъ его, но обрацалъ оный на свою сторону, и 4) не дѣлалъ оконъ и дверей въ брандмауерѣ, отдѣляющемъ кровлю смежныхъ зданій“, а ст. 446—„строющій домъ на самой межѣ сво-

его двора не долженъ дѣлать оконъ на дворъ или на крышу своего сосѣда, безъ согласія сего послѣдняго“ и т. д. и т. д.

Изъ простаго сличенія приведенныхъ ст.ст. 6—10, 21 и 22 Зак. суд. гражд. и ст.ст. 445 и 446 Гражд. зак. со ст.ст. 6 и 7 Проекта, явствуетъ съ несомнѣнностью, что названныя статьи Зак. суд. гражд. и Гражд. зак., на самомъ дѣлѣ, послужили матеріаломъ для редакторовъ Проекта, при составленіи ими указанныхъ его статей — 6 и 7.

Но, наряду съ этимъ, не подлежитъ также никакому сомнѣнію, отнюдь не все содержаніе ст. 6 и слѣд. Зак. суд. гражд. вошло въ ст.ст. 6 и 7 Проекта (такъ что первыя не были использованы полностью, при составленіи послѣднихъ). Это—съ одной стороны. Съ другой—ст.ст. 6—10, 21 и 22 Зак. суд. гражд., а равно и ст.ст. 445 и 446 Гражд. зак. никакъ нельзя считать *единственнымъ источникомъ происхожденія* тѣхъ же статей 6 и 7 Проекта.

Дѣйствительно.

Зак. суд. гражд., на кои ссылаются эти ст. ст. Проекта, касались, какъ мы видѣли, дѣлъ безспорныхъ: а) по обидамъ, б) по ущербамъ имуществъ и в) по завладѣнію. Изъ числа этихъ дѣлъ—ст. 6 Проекта, говоря о вѣдомствѣ мировыхъ судовъ, упоминаетъ лишь о „спорахъ о завладѣніи чужимъ недвижимымъ имуществомъ“ и, напротивъ, *ничего не говоритъ* ни „объ обидахъ“, ни „объ ущербахъ имуществъ“.

Та же статья 6 Проекта относить къ вѣдомству мировыхъ судовъ споры „о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ“. Она основывается, при этомъ, очевидно, на ст. 445 и (особенно) 446 т. X ч. 1.

Но ст. 6 Проекта упоминаетъ еще о „спорахъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“, *неизвѣстныхъ* ни ст. ст. 6-10, 21 и 22 Зак. суд. гражд., ни ст. ст. 445 и 446 Гражд. зак. Откуда же въ такомъ случаѣ была заимствована составителями Проекта самая мысль о спорахъ этой послѣдней категоріи? Чѣмъ было вызвано также это сопряженіе въ ст. 6 Проекта споровъ о завладѣніи (Зак. суд. гражд.) со спорами о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. (Гражд. зак.)? Почему споры: а) о завладѣніи, б) о поврежденіи границъ и в) о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ—составители Проекта отнесли *одинаково* къ вѣдомству мировыхъ судовъ? Почему далѣе они *столь тѣсно объединили* ихъ, благодаря упоминанію о всѣхъ этихъ спорахъ *въ одномъ мѣстѣ* (ст. 6), хотя Проектъ опредѣлялъ

вѣдомство мировыхъ судей во многихъ своихъ статьяхъ (см. его ст. ст. 1—9)? Почему, наконецъ, они примѣнили ко всѣмъ указаннымъ спорамъ *одни и тѣ же* общія правила о срокахъ ихъ предьявленія и порядкѣ разсмотрѣнія въ мировомъ судѣ?

Ниже мы дадимъ, конечно, отвѣты на всѣ эти вопросы. Но предварительно еще обратимся къ другимъ (позднѣйшимъ) основнымъ вариантамъ (нами выше названнымъ) правилъ о вѣдомствѣ мировыхъ судей, относящимся къ матеріаламъ судебной реформы 1864 г.,—чтобы прослѣдить и отмѣтить наличіе преемственной исторической связи между ст. ст. 6 и 7 Проекта и соответствующими имъ статьями указанныхъ вариантовъ, подобно тому, какъ мы уже установили существованіе таковой же связи между тѣми же ст. ст. 6 и 7 Проекта и ст. ст. 6—10, 21 и 22 Зак. суд. гражд. и ст. ст. 445 и 446 Гражд. зак.

II. Обращаемся съ этою цѣлью сперва къ Высочайше утвержденнымъ 29 сентября 1862 г. Основнымъ Положеніямъ преобразования судебной части въ Россіи.

Въ этихъ Основныхъ Положеніяхъ вѣдомству мировыхъ судей были посвящены части III-ей (Гражданское судопроизводство), раздѣла ея I-го (О судопроизводствѣ у Мировыхъ Судей) ст. 1 и слѣдующія.

Но для нашихъ цѣлей имѣетъ, до извѣстной степени, интересъ только п. 4 указанной статьи 1.

Она опредѣляла:

„Вѣдомству Мирового Судьи подлежатъ: . . . 4) дѣла о *возстановленіи нарушеннаго владѣнія*, когда съ нарушеніемъ не соединяется, основаннаго на формальномъ актѣ, спора о самомъ правѣ на владѣніе“.—Ср. еще ст. 2 тѣхъ же Основныхъ Положеній: „Всѣ споры о правѣ собственности и о правѣ на владѣніе недвижимостью, утвержденномъ на формальномъ актѣ, изъ вѣдомства Мировыхъ Судей исключаются“.

Несомнѣнно, что это есть (уже знакомый намъ) отзвукъ (отголосокъ) статей 6 и 7 Проекта Второго Отдѣленія С. Е. И. В. К. правилъ о порядкѣ произ. спорн. гражд. д., подлежащ. вѣд. суд. миров., такъ какъ „дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“ (Основныя Положенія) вполне тождественны, само собою разумѣется, „спорамъ о завладѣніи чужимъ недвижимымъ имуществомъ“ (Проектъ). И по Основнымъ Положеніямъ, и по Проекту, этого рода „дѣла“, или „споры“, одинаково подвѣдомственны мировымъ судьямъ,

при томъ непремѣнномъ условіи, чтобы послѣдніе не входили въ разсмотрѣніе самого права собственности на имущество.

Однако, Основныя Положенія не упоминаютъ сверхъ того (какъ это дѣлаетъ Проектъ) ни о „спорахъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“, ни (что для насъ особенно важно) о „спорахъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ“.

Въ виду этого, не останавливаясь болѣе на Основныхъ Положеніяхъ, переходимъ теперь къ

III. Проекту Устава гражданского судопроизводства, составленному комиссіею при Государственной Канцеляріи.

Согласно ст. 1 этого Проекта, — „вѣдомству мирового судьи подлежать: . . . 3) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе *трехъ* мѣсяцевъ; 4) иски о правѣ участія частнаго (ст. 442, 445—451 зак. гражд.), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года“ *).

Какъ видимъ, по настоящему Проекту, срокъ для вчиненія исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія былъ определенъ въ три мѣсяца, а для исковъ о правѣ участія частнаго — въ одинъ годъ.

Припомнимъ, что по первоначальному Проекту, для предъявленія объединенныхъ въ одной и той же ст. 6 этого Проекта исковъ о завладѣніи и исковъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., былъ установленъ одинаковый срокъ: десятидѣльный. Основныя Положенія (какъ мы уже знаемъ) упоминали только объ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія — безъ указанія при томъ какого либо определеннаго срока для предъявленія также этихъ исковъ. Настоящій Проектъ вновь касается какъ тѣхъ, такъ и другихъ исковъ, но уже *дифференцируетъ* ихъ — въ томъ отношеніи, что, во первыхъ, *упоминаетъ о нихъ не вмѣстѣ, но въ отдѣльныхъ пунктахъ (п. п. 3—4)* и, во вторыхъ, назначаетъ для ихъ вчиненія *совершенно разные сроки*.

Такъ обр., Проектъ Устава гражд. судопр. определенъ для предъявленія исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія трехмѣсячный срокъ, вмѣсто прежняго десятидѣльнаго. Этотъ переходъ отъ 10 недѣль, или считая иначе, 2 мѣс. 10 дней къ *цѣлымъ* 3-мъ мѣсяцамъ не долженъ, на нашъ взглядъ, вызывать какихъ либо недоумѣній. Просто составителями Проекта были взяты *полные*

3 мѣсяца, вмѣсто прежнихъ 2 мѣс. 10 дней, — тѣмъ болѣе, что этотъ десятидѣльный срокъ, вѣроятно, показался имъ вообще достаточно краткимъ *).

Но Проектъ ввелъ также *новый* — годичный — срокъ (для вчиненія исковъ о правѣ участія частнаго), — *срокъ, совершенно неожиданной продолжительности*.

Мы объяснимъ впоследствии происхожденіе этого срока. Теперь же скажемъ еще нѣсколько словъ по поводу п. 4 ст. 1 настоящего Проекта.

Если мы сравнимъ п. 4 ст. 1 этого Проекта со ст. 6 первоначальнаго Проекта, то окажется, что первый произошелъ отъ второй въ результатѣ процесса, который можетъ быть описанъ такимъ образомъ: изъ ст. 6 первоначальнаго Проекта, прежде всего, были *особо выдѣлены* „споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ“; затѣмъ, было принято во вниманіе, что матеріально-правовымъ основаніемъ для этихъ споровъ служатъ (согласно свидѣтельству той же ст. 6 первоначальнаго Проекта) ст. ст. 445 и 446 гражд. зак.; далѣе — къ послѣднимъ статьямъ были приобщены еще другія статьи *того самаго* отд. 1 гл. 2-ой разд. II кн. II гражд. зак., въ которомъ помѣщены названныя ст. ст. 445 и 446, а именно: *ст. ст. 442, 447—451 гражд. зак.*, — и наконецъ, въ соотвѣтствіи съ этимъ, прежнее выраженіе: „споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ“ и проч. — было замѣнено *новымъ* (болѣе общимъ) обозначеніемъ: „*иски о правѣ участія частнаго*“.

Такъ устанавливается существованіе *исторической преемственности* между текстами ст. 6 первоначальнаго проекта и п. 4 ст. 1 Проекта Устава гражд. судопр. (а значитъ, и между ст. 6 первоначальнаго Проекта и п. 5 ст. 29 Устава гражд. суд. 20-го ноября 1864 г., потому что п. 4 ст. 1 Проекта Устава гражд.

*) Замѣтимъ, что составители Проекта находили трехмѣсячный срокъ уже вполне достаточнымъ. См. „Матеріалы“, т. LI, Объяснительная Записка къ Проекту Устава гражд. суд., стр. 17 — 18. Однако, позже раздался голоса за продленіе также этого срока. Ср. замѣчаніе статсъ-секретаря графа Панина (на п. 3 ст. 1 Проекта): „срокъ, назначенный въ 3-мъ пунктѣ, слишкомъ коротокъ. Независимо отъ пространства и населенности многихъ мѣстностей въ государствѣ, раннее время можетъ часто препятствовать къ своевременному обнаруженію самовольныхъ захватовъ. Поэтому слѣдовало бы назначить *шестимѣсячный* срокъ“ (см. „Матеріалы“, т. XLIV). Этотъ — шестимѣсячный — срокъ (для предъявленія исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія) и былъ введенъ въ ст. 29 Устава гражд. судопр. 20-го ноября 1864 года. — Настоящій шестимѣсячный срокъ въ законѣ о преобр. мѣстн. суда (ст. 29 новой редакціи) былъ доведенъ, какъ извѣстно, до одного года.

*) „Матеріалы“, т. L.

суд. въ дальнѣйшемъ теченіи судебной реформы не подвергся болѣе какому либо измѣненіямъ)

Установивъ эту историческую связь, существующую между указанными текстами, мы можемъ теперь вновь возвратиться къ ст. 6 Проекта правилъ о порядкѣ произв. спорн. гражд. д., подлежащ. вѣд. мир. суд., — съ тѣмъ, чтобы теперь довести уже до конца начатую было нами (но прерванную затѣмъ) работу по изученію текста этой статьи.

Выполняя сію работу, мы отвѣтимъ въ то же время на всѣ вопросы, поставленные нами въ предыдущемъ изложеніи, и (что особенно важно) прольемъ тѣмъ самымъ свѣтъ также на смыслъ и значеніе, наконецъ, подлинное содержаніе п. 5 ст. 29 Устава гражд. судопр. 20-го ноября 1864 г.

Мы прерывали въ свое время наше изслѣдованіе текста ст. 6 первоначальнаго Проекта именно для того, чтобы указать, что познаніе происхожденія текста этой статьи совершенно необходимо для должной интерпретаціи и пониманія также п. 5 ст. 29 Уст. гр. суд.

Мы уже выше указали на то, что подлинными источниками происхожденія ст. 6 Проекта правилъ о порядкѣ произв. спорн. гражд. д., подлежащ. вѣд. мир. суд., нельзя считать только ст. ст. 6—10, 21 и 22 Зак. суд. гражд. и ст. ст. 445 и 446 Гражд. зак. Именно. Въ предыдущемъ изложеніи мы убѣдились въ слѣдующемъ: если, съ одной стороны, содержаніе поименованныхъ статей нашего отечественнаго законодательства *не вошло полностью* въ ст. 6 этого Проекта, то, съ другой стороны, также *не все содержаніе названной статьи 6 Проекта было заимствовано лишь изъ указанныхъ статей 6—10, 21 и 22 Зак. суд. гражд. и ст. ст. 445 и 446 Гражд. зак.*

Какъ сейчасъ увидимъ, эта ст. 6 Проекта содержитъ въ себѣ, на ряду съ началами отечественнаго права, несомнѣнно, также элементы не русскаго—чужеземнаго происхожденія, или выражаясь иначе, *начала западно-европейскаго права*. Мы именно утверждаемъ (и надѣемся доказать), что *названная ст. 6 сложилась подъ несомнѣннымъ (прямымъ) вліяніемъ нѣкоторыхъ образцовъ иностраннаго процессуальнаго права*, опредѣлившихъ какъ самое ея содержаніе и, въ частности, включеніе въ нее споровъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ, такъ

и, въ особенности, отмѣченный уже нами выше фактъ соединенія (въ этой статьѣ) споровъ о завладѣніи со спорами о поврежденіи границъ и о нарушеніи правъ сосѣда.

Фактъ вліянія западно-европейскаго права на ст. 6 Проекта прав. о произв. спорн. гражд. д., подлежащ. вѣд. мир. суд., устанавливается, прежде всего, благодаря слѣдующему обстоятельству.

Въ Библиотекѣ Государственнаго Совѣта хранится, въ числѣ „Матеріаловъ по судебному преобразованію 1864 г.“, документъ выдающагося интереса и большой цѣнности для изслѣдователя историческаго происхожденія текста статей нашего Устава гражданского судопроизводства. Это—„Сравнительный указатель статей уставовъ гражданского судопроизводства—русскаго, французскаго, женеваго и итальянскаго“ *).

Согласно приведенному указателю, надлежитъ считать соответствующими статьѣ 29 русскаго Устава гражданского судопроизводства нижеслѣдующія статьи иностранныхъ законодательствъ:

1) ст. ст. 1—9 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ и ст. 23 Code de procédure civile;

2) ст. ст. 5 и 6 закона о судоустройствѣ женеваго кантона **), и

3) ст. ст. 1—5 Устава гражд. судопр. итальянскаго королевства 1859 г. ***).

Само собою разумѣется, что не всѣ статьи этихъ иностранныхъ законодательствъ представляютъ для насъ одинаковый интересъ. Прежде всего, не всѣ онѣ являются источникомъ происхожденія и заимствованій *собственно для п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 уст. гражд. суд.* Это надо отнести, въ особенности, къ вышеприведеннымъ статьямъ (5 и 6) зак. о судоуст. женевак. кантона ****). Затѣмъ, ст. ст. 1—5

*) См. т. XI названныхъ „Матеріаловъ“.

**) 4-го марта 1848 г. (Сравнительный указатель не отмѣчаетъ даты этого закона). Русскій переводъ его имѣется въ „Матеріалахъ“, т. XXXVII, стр. 263 и слѣд.

***) Этотъ уставъ (въ русскомъ переводѣ кн. М. С. Волконскаго) вошелъ въ т. XXXV „Матеріаловъ“.

*****) Эти статьи гласятъ: ст. 5 — „Мировые судьи постановляютъ окончательныя рѣшенія до суммы ста пятидесяти франковъ по искамъ личнымъ (personelles), и о движимомъ имуществѣ (mobilières), также по всѣмъ спорамъ и требованіямъ, возникающимъ между собственниками и наемщиками или арендаторами, и по искамъ объ очищеніи квартиръ или иныхъ помѣщеній по случаю неуплаты или просрочки платежа за наемъ или аренду, когда предметъ иска или ежегодная плата за наемъ не превышаетъ 150 франковъ“.

итальянского устава гражд. судопр. вообще нельзя считать подлинным источником происхождения и заимствований по отношению къ ст. 29 нашего уст. гр. суд.—по той простой причинѣ, что указанныя статьи итальянского процессуального кодекса, въ свою очередь, не являются достаточно самостоятельными; собственно говоря, онѣ представляют собою не болѣе, какъ переработку того же французскаго законодательства, откуда были заимствованы также основныя начала ст. 29 русскаго уст. гражд. судопр.; именно, въ основу ст.ст. 1—5 итальянскаго процессуального кодекса, какъ и ст. 29 русскаго, одинаково, *легли постановленія вышеприведенныхъ статей франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ*. По-нятно, поэтому, что *указанныя статьи итальянскаго устава гражд. судопр. представляют для насъ гораздо меньшій интересъ*, нежели соотвѣтствующія имъ статьи названнаго франц. закона *).

Въ силу приведенныхъ соображеній, намъ придется, въ дальнѣйшемъ изложеніи, удѣлить *особенное вниманіе* именно закону

Дѣла сіи начинаются въ судѣ, въ обыкновенныхъ случаяхъ, по правиламъ, изложеннымъ въ статьяхъ 35 — 41-й закона 30-го ноября 1842 года, и въ случаяхъ, указанныхъ во 2-мъ пунктѣ статьи 69-й того-же закона, повѣсткою о вызовѣ и по правиламъ, предписаннымъ закономъ о гражданскомъ судопроизводствѣ*; ст. 6.—Мировые суды вѣдаютъ, каждый въ своемъ округѣ: 1) проступки о бродяжничествѣ и нищенствѣ, указанные въ статьяхъ 269-й до 277-й уголовного устава; нарушения законовъ о погребеніи, означенныя въ статьяхъ 358 — 360-й, и дѣла объ обидахъ, означенныя въ статьѣ 375-й того же устава; 2) полицейскія нарушения (*contraventions de simple police*), указанные въ уголовномъ уставѣ; 3) нарушения правилъ о сельской полиціи (*police rurale*), установленныя закономъ 6-го октября 1791 года, и 4) нарушения полицейскихъ законовъ и наказовъ (*règlement*), изданныхъ въ кантонѣ съ 1814 года и неотмѣненныхъ. Дѣла сего рода мировой судья вѣдаетъ: 1) *въ послѣдней степени*, о наложеніи штрафа и о возвращеніи убытковъ или о конфискаціи (*confiscation*) арестованныхъ имуществъ, коихъ цѣнность ниже 50 франковъ; 2) *съ предоставленіемъ права апелляціи (à charge d'appel)*, о присужденіи къ личному задержанію, возвращенію убытковъ или конфискаціи имущества (*confiscation*), на сумму выше 50 франковъ*.

*) Изданный въ 1859 г. Уставъ гражданского судопроизводства итальянскаго королевства, былъ, въ сущности, лишь новымъ изданіемъ прежняго Устава гражд. суд. (1854 г.). Уже этотъ послѣдній Уставъ представлялъ собою не болѣе, какъ *переработку* французской гражданской процессуальной системы.—См. объ этомъ „Матеріалы“, т. XXXV, предисловіе, а также статью проф. Васильковскаго: „Значеніе судебной реформы въ области гражд. процесса“ (Вѣстн. гражд. права 1914 г. № 7, стр. 30—31).

25-го мая 1838 г. о мировомъ судѣ,—точнѣе же говоря,—его ст. 6, *являющейся, какъ увидимъ сейчасъ, подлиннымъ (историческимъ) источникомъ п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд.*

Вотъ интересующій насъ французскій текстъ (la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, art. 6):

Les juges de paix connaissent, en outre, à charge d'appel:—1° Des entreprises commises dans l'année, sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines et moulins, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative dans les cas déterminés par les lois et par les règlements; des dénonciations de nouvel oeuvre, complaints, actions en réintégration et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année;—2° Des actions en bornage et de celles relatives à la distance prescrite par la loi, les règlements particuliers et l'usage des lieux, pour les plantations d'arbres ou de haies, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés;—3° Des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'article 674 du Code civil, lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées;—4° Des demandes en pension alimentaire n'excédant pas cent cinquante francs par an, et seulement lorsqu'elles seront formées en vertu des articles 205, 206 et 207 du Code civil.

Такъ какъ „Сравнительный указатель“ называется, какъ мы видѣли, кромѣ франц. зак. 25 мая 1838 г., также ст. 23 Code de procédure civile — въ качествѣ статьи, соотвѣтствующей ст. 29 русскаго Устава гражд. суд., то приведемъ и названную ст. 23 французскаго процессуального кодекса.

Она гласитъ такимъ образомъ:

Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées, dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire.

Если мы теперь сопоставимъ приведенные французскіе тексты съ текстомъ ст. 6 нашего Проекта, то окажется вполне возможнымъ установить наличіе такого соотношенія между ихъ отдѣльными „элементами“:

- a) Les actions possessoires соотвѣтствуютъ, конечно, „споры о завладѣніи чужимъ недвижимымъ имуществомъ“;
- b) Des actions en bornage—„споры о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“;

в) Des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'article 674 *) du Code civil etc. etc.—спору о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ“.

Сказаннымъ вполне устанавливается, очевидно, историческое происхождение ст. 6 Проекта (не только изъ ст. ст. 6—10, 21 и 22 зак. суд. гражд. и ст. ст. 445 и 446 Гражд. зак., но и) изъ la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, art. 6 и Code de procédure civile, art. 23.

Обнаруженіе этого факта—„иноземнаго“ (въ значительной степени) происхождения ст. 6 Проекта—даетъ намъ теперь полную возможность высказаться по поводу всѣхъ поставленныхъ нами выше вопросовъ относительно общаго содержанія (и конструкции) этой статьи, а именно:

Во-первыхъ. Составители Проекта заимствовали самую идею о *неизвестныхъ* ни ст. ст. 6—10, 21 и 22 Зак. суд. гражд., ни ст. ст. 445 и 446 Гражд. зак. *спорахъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ* изъ ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ.

Во-вторыхъ. Слѣдуя примѣру этой же статьи 6-ой франц. закона, они, на первый взглядъ столь неожиданнымъ образомъ (по крайней мѣрѣ, если исходить изъ однихъ только данныхъ отечественнаго права), *сопрягли* въ ст. 6 Проекта споры о завладѣніи (Зак. суд. гражд.) со спорами о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. (Гражд. зак.).

Въ-третьихъ. Слѣдуя тому же примѣру, составители Проекта отнесли *одинаково* къ вѣдомству мировыхъ судей какъ споры о завладѣніи, такъ и споры о поврежденіи границъ, а равно и споры о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.

Въ-четвертыхъ. Находясь, надо думать, также подъ вліяніемъ указанной ст. 6 франц. зак. о миров. судѣ, они не только отнесли всѣ эти споры одинаково къ вѣдомству мировыхъ судей, но и *тѣсно объединили ихъ другъ съ другомъ*, благодаря упоминанію о нихъ

*) Art. 674. Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non;—Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau,—Y adosser une étable,—Ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives,—Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin.

въ *одномъ мѣстѣ* (въ ст. 6 Проекта), несмотря на то, что Проектъ (также, впрочемъ, какъ и франц. законъ) опредѣляетъ вѣдомство мировыхъ судей во многихъ своихъ статьяхъ (въ ст. ст. 1—9) и, слѣд., могъ бы, казалось, упомянуть о нихъ въ разныхъ своихъ статьяхъ и даже образовать для нихъ самостоятельныя статьи и т. п.

Наконецъ, въ пятыхъ. Составители Проекта примѣнили, какъ было сказано выше, ко всѣмъ указаннымъ спорамъ *одни и тѣ же* общія правила о срокахъ ихъ предъявленія и о порядкѣ разсмотрѣнія въ мировомъ судѣ. Благодаря этому, они довели эту унификацію названныхъ споровъ явно до крайности! *Такой унификаціи мы не наблюдаемъ даже въ ст. 6 франц. закона о мировомъ судѣ.* Можно думать, что составители Проекта слѣдовали при этомъ примѣру (неудачному) составителей итальянскаго процессуальнаго кодекса.

Подробнее скажемъ объ этомъ ниже.

§ 12. Критическая оцѣнка ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ. Анализъ и подробная интерпретація ст. 6¹ этого закона.

Мы окончательно установили, такимъ образомъ, историческое происхождение ст. 6 Проекта правилъ о порядкѣ произв. спорн. гражд. д., подлежащ. вѣд. миров. суд.

Какъ оказывается, ея происхождение „смѣшанное“: съ одной стороны, изъ ст. ст. 6—10, 21 и 22 Зак. суд. гражд. и ст. ст. 445 и 446 Гражд. зак., а съ другой, изъ ст. 6 франц. зак. 25 мая 1838 г. о миров. судѣ и ст. 23 франц. процессуальнаго кодекса.

Еще раньше мы объяснили также, какъ, благодаря *простой переработкѣ* текста ст. 6 этого Проекта (и *дифференціаціи* ея содержанія), изъ нея впоследствии произошли: сперва—п. 4 ст. 1 разд. I ч. III Основныхъ Положеній о подвѣдомственности мировому судѣ „дѣлъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“, а затѣмъ—п. п. 3 и 4 ст. 1 Проекта Устава гражд. судопроизводства о подвѣдомственности мировому судѣ „исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“ и „исковъ о правѣ участія частнаго“.

Послѣ того, какъ въ пунктѣ 3 ст. 1 Проекта Устава гражд. суд. трехмѣсячный срокъ былъ замѣненъ шестимѣсячнымъ, этотъ пунктъ сталъ уже дѣйствующимъ закономъ, образовавъ п. 4 ст. 29 Уст. гражд. суд. 20-го ноября 1864 г. Пунктъ же 4 ст. 1 Проекта Уст. гражд. суд. уже безъ дальнѣйшихъ измѣненій, какъ было

выше отмѣчено, вошелъ въ ст. 29 того же Устава въ качествѣ ея п. 5-го.

Въ концѣ концовъ, мы установили так. обр. наличие исторической преемственной (впрочемъ, не непосредственной) связи (или зависимости) между п. 5 (и п. 4) ст. 29 Уст. гражд. суд. и ст. 6 франц. зак. 25 мая 1838 г. о миров. судѣ (и ст. 23 Code de procédure civile).

Этимъ закончено наше собственно историческое изслѣдование происхожденія п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд. Но имъ мы, конечно, не ограничимся.

Намъ необходимо теперь использовать достигнутые уже результаты, и съ этою цѣлью: дабы пролить возможно полный свѣтъ на смыслъ, значеніе и подлинное содержаніе п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд.,—намъ придется заняться въ дальнѣйшемъ изложеніи подробно критическою оцѣнкою ст. 6 франц. зак. о миров. судѣ (въ связи со ст. 23 франц. процессуальнаго кодекса), а затѣмъ, и ст. 6 Проекта прав. о поряд. произв. спорн. гражд. д., подлежащ. вѣд. мир. суд.

Къ этому мы теперь и приступимъ.

Предварительно надо сказать слѣдующее.

При введеніи во Франціи (въ 1790 г.) института мировыхъ судей, къ ихъ вѣдомству были отнесены, по-преимуществу, мелкія дѣла. Какъ общее правило, они рѣшали всякаго рода дѣла, „чисто личные и о движимомъ имуществѣ“ (de toutes les causes purement personnelles et mobilières), цѣною до 100 франковъ; рѣшенія ихъ по дѣламъ до 50 фр. считались окончательными, а на рѣшенія по дѣламъ, цѣною свыше 50 фр. (до 100 фр.), допускалось принесеніе апелляціи *). Но съ теченіемъ времени, гражданская компетенція мировыхъ судей все болѣе и болѣе расширялась: сперва—въ силу закона 25-го мая 1838 г., а затѣмъ—на основаніи закона 12-го іюля 1905 г.

Само собою разумѣется, что для насъ наибольшій интересъ представляетъ вопросъ объ ихъ гражданской компетенціи по закону 25-го мая 1838 г.

Въ ст. 1 этого закона, въ качествѣ общаго правила, опредѣляющаго вѣдомство мировыхъ судей, постановлялось, что мировые судьи разбираютъ всякаго рода иски, чисто личные или о дви-

*) La loi des 16—24 août 1790, tit. III, art. 9.

жимомъ имуществъ (de toutes actions purement personnelles ou mobilières), цѣною до 200 фр., при чемъ, рѣшенія ихъ по искамъ, цѣною ниже 100 фр., почитались окончательными, а на рѣшенія по искамъ, цѣною свыше этой суммы (до 200 фр.), дозволялось принесеніе апелляціи. Но изъ этого общаго правила, относящагося до вѣдомства мировыхъ судей, названнымъ закономъ было допущено также значительное число изъятій (ст. ст. 2—5) посредствомъ указанія такихъ исключительныхъ случаевъ, когда мировые судьи рѣшали иски, цѣною и свыше 200 фр.,—то лишь въ предѣлахъ 1.500 фр., то даже неограниченно (на всякую сумму *).

Но, кромѣ всѣхъ этихъ исковъ, „чисто личныхъ и о движимомъ имуществѣ“, по закону 25 мая 1838 г., вѣдомству мировыхъ судей подлежали еще особые иски,—иски, являвшіеся, съ т. зр. французскаго законодателя, исками не „чисто личными“ и не „исками о движимомъ имуществѣ“. Это—иски, о коихъ говорить уже цитированный нами выше art. 6:

Les juges de paix connaissent, en outre, à charge d'appel etc. etc.

Иски, коимъ посвящена эта ст. 6 закона 25-го мая 1838 г., суть, несомнѣнно, иски sui generis.

Въ виду историческаго значенія названной ст. 6, какъ одного изъ источниковъ происхожденія ст. 29 нашего Уст. гражд. судопр., намъ придется теперь ближе ознакомиться съ юридической природой указанныхъ исковъ, предусмотрѣнныхъ статьею 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о миров. судѣ.

Начнемъ съ исковъ, о коихъ говорится въ п. 1 этой статьи 6. Опъ, какъ мы уже знаемъ, гласитъ:

1°. Des entreprises commises dans l'année, sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines et moulins, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative dans les cas déterminés par les lois et par les règlements; des dénonciations de nouvel oeuvre, complaints, actions en réintégration et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année.

Интерпретацію этого мѣста мы начнемъ не съ первыхъ его строкъ, какъ можно было бы ожидать, а съ послѣднихъ—на томъ основаніи, что, какъ увидимъ, вложенная именно въ эти послѣднія

*) Конечно, во всѣхъ этихъ исключеніяхъ мировыхъ судей

строки идея является как бы *логическим сосредоточіемъ, фокусомъ* по отношенію ко всему содержанію приведеннаго п. 1 ст. 6, и даже, пожалуй, не одного только этого пункта, по всей вообще статьи 6¹⁻³ *).

Анализируя указаннымъ способомъ п. 1 ст. 6, находимъ слѣдующее.

Въ концѣ этой цитаты говорится объ *actions possessoires*, причемъ, какъ по буквальному ея смыслу, такъ и согласно объясненію французскихъ юристовъ, къ числу названныхъ *actions possessoires* въ ней отнесены: а) *dénonciations de nouvel oeuvre*, б) *complaintes*, в) *actions en réintégration* и г) *autres actions possessoires* **).

Разсмотримъ теперь, въ отдѣльности, перечисленные виды посессорныхъ исковъ.

I. Подъ *la complainte* надо разумѣть посессорный искъ владѣльца недвижимой вещи, предъявляемый имъ противъ того, кто *нарушаетъ* его владѣніе, съ цѣлью устраненія этого нарушенія на будущее время.

Этому посессорному иску французскаго права соотвѣтствовали въ римскомъ правѣ, очевидно, *interdictum uti possidetis*.

Для предъявленія *la complainte* должны быть на лицо, согласно ученію французскихъ юристовъ:

- 1) владѣніе;
- 2) владѣніе, удовлетворяющее требованіямъ art. 23 du Code de procédure и art. 2229 du Code civil, т. е. постоянное и непрерывное, спокойное, гласное, не сомнительное и на правѣ собственности;
- 3) владѣніе *въ теченіе года* (*annale*).

Настоящій искъ долженъ быть предъявляемъ *не позже года со времени нарушенія* (art. 23 du Code de procédure) ***).

*) Сказанное не относится къ ст. 64 настоящаго французскаго закона. Этотъ п. 4 ст. 6 говоритъ о „*pension alimentaire*“. Очевидно, поэтому, что его ни въ какомъ случаѣ нельзя считать источникомъ происхожденія ст. 6 нашего первоначальнаго Проекта, а значить, и—п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд. Ст. 64 франц. зак. 25 мая 1838 г. мы не будемъ касаться также въ дальнѣйшемъ нашемъ изложеніи.

**) Мы оставляемъ пока совершенно открытымъ вопросъ, не слѣдуетъ ли къ посессорнымъ искамъ причислить также *des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau*, упоминаемая въ самомъ началѣ ст. 61 (о нихъ см. ниже).

***) Manuel élémentaire de procédure civile par R. Foignet, 3 éd. 1908 p. 79—80.

II. *La réintégrande* есть посессорный искъ владѣльца недвижимаго имущества, лишившагося его вслѣдствіе насилія, *о возстановленіи владѣнія*.—Ср. въ римскомъ правѣ—*interdictum de vi*.

Среди французскихъ юристовъ споренъ вопросъ объ условіяхъ вчиненія настоящаго посессорнаго иска. По этому вопросу существуетъ три мнѣнія.

По одному мнѣнію, для его предъявленія требуются тѣ же условія, что и для предъявленія *la complainte*, простою разновидностью которой онъ является.

По другому мнѣнію, *la réintégrande* есть искъ, отличный отъ *la complainte*; и тотъ, и другой искъ должны удовлетворять требованіямъ art. 2229 du Code civil, но для вчиненія *la réintégrande* не требуется (какъ это необходимо для предъявленія *la complainte*) имѣть владѣніе въ теченіе года (*une possession annale*).

Наконецъ, по третьему мнѣнію (франц. кассационной практики), *la réintégrande*—искъ, отличный отъ *la complainte* въ двухъ отношеніяхъ: а) онъ не требуетъ *une possession annale*, и б) онъ можетъ быть предъявляемъ даже детенторомъ (напр.: фермеромъ или нанимателемъ), въ силу стараго правила каноническаго права: *spoliatus ante omnia restituendus* *).

III. *La dénonciation de nouvel oeuvre*—институтъ, несомнѣнно, также заимствованный изъ римскаго права,—римская *operis novi nuntiatio*.

Надо правду сказать, — это заимствованіе, какъ оно было выполнено французскою юриспруденціею, оказалось *чрезвычайно неудачнымъ*.

Въ римскомъ правѣ *operis novi nuntiatio* означала, какъ извѣстно, запрещеніе (со стороны заинтересованнаго лица) по адресу лица, начавшаго постройку, производить дальнѣйшія работы. Другими словами, нунціація была въ римскомъ правѣ приказаніемъ пріостановить начатую постройку. Она была какъ бы *заклинаніемъ* постройки. Ее можно было заявить въ любой формѣ, но непременно при самомъ строеніи (*nuntiatio fit in rem*), въ присутствіи хозяина работъ или кого либо изъ его людей.

Формально-дѣйствительная нунціація имѣла, по римскому праву, извѣстныхъ *юридическія послѣдствія*. Такъ, въ особенности, она рождала для хозяина работъ *обязанность* ихъ пріостановить; эта обязанность возникала въ силу нунціаціи сама собою, т. е. неза-

*) Назван. сочиненіе, стр. 81.

висимо отъ того, была ли постройка предпринята въ матеріально-правовомъ отношеніи. правильно или неправильно. Если же постройка всетаки (несмотря на нунціацію) производилась, нунціантъ былъ *управомоченъ* потребовать разрушенія выстроеннаго (поср. interd. de opere restituendo, названнаго новыми юристами demolitorium). Но нунціантъ былъ *обязанъ* доказать въ процессѣ, въ течение опредѣленнаго срока (1 года—по праву до-юстиніанову), неправомѣрность opus'a, а иначе, нунціація лишалась силы.

Таковы *взаимныя права и обязанности*, возникающія въ силу нунціаціи на сторонѣ какъ нунціанта, такъ и хозяина постройки—*по отношенію другъ къ другу*.

Эти, основанныя на operis novi nuntiatio, правоотношенія (касающіяся, кстати сказать, въ большинствѣ случаевъ сосѣдей) имѣютъ, очевидно, характеръ *обязательственныхъ* правоотношеній; во всякомъ случаѣ, германскіе пандектисты относятъ, какъ извѣстно, operis novi nuntiatio, равно какъ и actio finium regundorum, cautio damni infecti, actio aquae pluviae arcendae и interdictum quod vi aut clam (см. выше), къ категоріи институтовъ (и исковъ) именно *обязательственнаго права* *).

На какомъ же основаніи — возникаетъ теперь вопросъ — п. 1 ст. 6 франц. закона 25-го мая 1838 о мировомъ судѣ причислялъ *la dénonciation de nouvel oeuvre къ actions possessoires* **)?

Едва-ли (послѣ всего сказаннаго) это можно объяснить чѣмъ-либо инымъ, какъ не только *какимъ то недоразумѣніемъ!*

И дѣйствительно. Какъ свидѣтельствуесть Glasson, появленіе *la dénonciation de nouvel oeuvre* во французскомъ правѣ, въ *качествѣ новаго поссessorнаго иска*, произошло (подъ вліяніемъ римскаго права) вслѣдствіе того, что ученіе его объ operis novi nuntiatio *не было правильно понято* старыми французскими юристами.

Вотъ слова по этому поводу самого Glasson'a ***):

*) Дернбургъ. Пандекты. Вещное право § 223. Баронъ. Система римскаго гражданскаго права § 324.

**) Что законъ 25-го мая 1838 г. относилъ *la dénonciation de nouvel oeuvre* къ числу поссessorныхъ исковъ, что именно въ этомъ смыслѣ надо понимать п. 1 ст. 6 указаннаго закона,—какъ кажется, *общепризнано* среди французскихъ юристовъ.

***) См. его Précis théorique et pratique de procédure civile, éd. 2, t. I. p. 263.

Quelques-uns (jurisconsultes), sous l'influence du droit romain et en l'interprétant *maladroitement* *), ont introduit, pendant la dernière partie du moyen âge, une nouvelle action possessoire **) qu'ils ont appelée dénonciation de nouvel oeuvre. En droit romain, cette expression se rapportait à un acte extrajudiciaire et pétitoire ***), par lequel une personne défendait à un voisin de continuer des travaux qu'il avait commencés sur son propre fonds, sous prétexte qu'ils nuisaient à son droit, par exemple, à un droit de servitude... *C'est ce que ne comprirent pas nos anciens jurisconsultes* *); ils firent de la dénonciation de nouvel oeuvre une action possessoire dont ils ne parvinrent jamais à déterminer l'application d'une manière bien précise. Aussi ne pénétra-t-elle pour ainsi dire pas la pratique et finit-elle même par tomber dans l'oubli. Au XVI^e siècle, ceux qui s'en occupent encore l'assimilent, en réalité, à la complainte.

En dernier lieu, l'ordonnance de 1667, tit. XVIII, ne parle plus que de deux actions possessoires, la complainte et la réintégrande.

Nous avons vu—говорить въ другомъ мѣстѣ тотъ-же Glasson ****)—qu'avant l'ordonnance de 1667 quelques jurisconsultes avaient essayé, sans succès, de l'introduire dans la pratique en la dénaturant: elle était, chez les Romains, un moyen extrajudiciaire et pétitoire; ils en firent une action possessoire, *par suite d'une fausse interprétation des textes du droit romain* *). D'autres jurisconsultes s'en tinrent de plus près à la doctrine romaine, et il en résulta une véritable confusion. Mais la pratique n'accepta pas la dénonciation de nouvel oeuvre et l'ordonnance de 1667 la passa sous silence. La loi de 16—24 août 1790 et le Code de procédure gardèrent le même silence. Certains auteurs en ont conclu, et avec quelque apparence de raison, que la dénonciation de nouvel oeuvre n'existait plus ou tout au moins qu'elle se confondait avec la complainte. La Cour de cassation, en s'inspirant du droit romain, la fit revivre par plusieurs arrêts qui lui donnaient un caractère *sui generis* et la distinguaient nettement de la complainte.

*) Курсивъ нашъ.

**) Къ тому времени во французскомъ правѣ уже существовали два другихъ поссessorныхъ иска: la complainte и la réintégrande.

***) Едва-ли это выраженіе: *pétitoire*, въ примѣненіи къ нунціаціи — точно и вообще удачно. Вѣдь въ римскомъ правѣ нунціація была (какъ мы объяснили) *сдѣлкою обязательственнаго права*.

****) Названное сочиненіе, стр. 275.

La loi du 25 mai 1838 (art. 6) a confirmé cette jurisprudence de la Cour de cassation et placé la dénonciation de nouvel oeuvre parmi les actions possessoires *).

Итакъ, что же оказывается? La dénonciation de nouvel oeuvre въ значеніи possessорнаго иска впервые появилась во французскомъ правѣ еще въ средніе вѣка—благодаря тому, что старые французскіе юристы *неправильно* усвоили себѣ ученіе римскаго права объ operis novi nuntiatio **). Но на практикѣ эта la dénonciation de nouvel oeuvre совершенно не укоренилась и даже постепенно вовсе вышла изъ употребленія. Въ связи съ этимъ, ни ордонансъ 1667 г., ни законъ 16—24 августа 1790 г., ни Code de procédure о ней не говорятъ ни слова. Только Cour de cassation опять *воскресилъ* этотъ, казалось, уже давно забытый институтъ, и, благодаря такому содѣйствію кассац. практики, онъ вновь появился въ законѣ 25 мая 1838 г. въ прежнемъ своемъ значеніи—possessorнаго иска.

Къ сожалѣнію, указанный законъ 25 мая 1838 г. не позаботился о томъ, чтобы сколько-нибудь хотя бы опредѣлить характерныя (по его мнѣнію) черты la dénonciation de nouvel oeuvre. Эта неопредѣленность ея юридической природы въ самомъ законѣ доставляетъ, повидимому, и теперь еще *не мало хлопотъ* французскимъ юристамъ—при установленіи ея *видовыхъ* свойствъ, какъ одной изъ actions possessoires. Въ концѣ концовъ, среди нихъ возникаетъ даже сомнѣніе: да существуетъ-ли, на самомъ дѣлѣ, la dénonciation de nouvel oeuvre, *какъ особый владѣльческій искъ, отличный отъ la complainte*? Какъ свидѣтельствуемъ Н. Bonfils ***) , большинство французскихъ юристовъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ. Такъ, напр., Garsonnet держится того мнѣнія, que la dénonciation de nouvel oeuvre *n'est autre que la complainte* *) exercée dans le cas de travaux susceptibles de porter atteinte à la possession d'autrui; en d'autres termes, que la complainte prend le nom de dénonciation de nouvel oeuvre, quand le

*) Курсивъ нашъ.

**) Glasson въ § 7 своей статьи: „De la possession et des actions possessoires au moyen-âge“ (напечатанной въ Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, année 1890 t. XIV) сравнительно подробно описываетъ этотъ процессъ пересаживанія, въ эпоху среднихъ вѣковъ, operis novi nuntiatio изъ римскаго права во французское,—процессъ, въ результатъ котораго названный институтъ подвергся, очевидно, *полному искаженію* (см. въ текстѣ).

***) Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale, éd. 2, 1892, p. 76.

trouble *) consiste dans des travaux entrepris au préjudice du demandeur. Peu importe, dès lors, que le nouvel oeuvre soit exécuté sur le fonds de l'une ou de l'autre partie, et qu'il soit fini ou seulement commencé: le juge de paix pourra ordonner aussi bien la suppression des travaux achevés que la suspension des travaux en cours d'exécution **).

Но и противоположное мнѣніе, что la dénonciation de nouvel oeuvre вполне отлична отъ la complainte, имѣетъ своихъ сторонниковъ. Эти послѣдніе считаютъ, что если законъ особо (на ряду съ la complainte) называетъ la dénonciation de nouvel oeuvre, то съ этимъ обстоятельствомъ нельзя не считаться, потому что „là où le législateur sépare, l'interprète ne doit pas confondre“ (Bonfils). Въ чемъ же заключается различіе, существующее, по мнѣнію этой группы французскихъ юристовъ, между la dénonciation de nouvel oeuvre и la complainte? Одинъ изъ числа ихъ—уже цитированный нами выше Glasson—такъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ: elle (la dénonciation de nouvel oeuvre) suppose des travaux qu'une personne *entreprend sur son propre fonds* *) et non sur celui du possesseur; ces travaux ne causent pas un trouble actuel *et menacent d'un trouble éventuel* *); enfin, tandis que la complainte se prescrit comme la réintégrande, par le délai d'un an à partir du trouble ou de la dépossession (art. 23 C. pr.), la dénonciation de nouvel oeuvre est, par la force des choses, soumise à un système spécial. Elle est permise tant que les travaux sont en cours d'exécution et ne causent pas encore un trouble; s'il y a trouble, même avant la fin de l'oeuvre entreprise, la dénonciation de nouvel oeuvre est immédiatement éteinte et remplacée par la complainte. Une fois les travaux achevés, il ne peut plus être question de dénonciation de nouvel oeuvre: ou ces travaux causent un trouble et il faut recourir à la complainte; ou ils ne produisent aucun trouble et alors il n'y a pas lieu à action possessoire ***).

Впрочемъ, и по мнѣнію Glasson'a (равно какъ и другихъ сторонниковъ того взгляда, что la dénonciation de nouvel oeuvre отлична отъ la complainte) эти possessорные иски имѣютъ также нѣкоторыя общія имъ обоемъ черты,—а именно, la dénonciation de nouvel

*) Курсивъ нашъ.

**) Garsonnet. Traité théorique et pratique de procédure, éd. 2, t. I, p. 595.

***) Glasson. Précis théorique et pratique de procédure civile, 2 éd., t. I, p. 277.

oeuvre, подобна la complainte, требуетъ (для ея предъявленія), чтобы на лицо было: а) владѣніе въ теченіе года (une possession annale), и при томъ б) владѣніе, удовлетворяющее требованіямъ art. 2229 du Code civil *).

Таково, въ общихъ чертахъ, положеніе вопроса о la dénonciation de nouvel oeuvre во французскомъ законодательствѣ и литературѣ.

Совсѣмъ не наше дѣло—брать на себя попытку выполненія той самой задачи, къ достиженію которой стремятся французскіе юристы! То, что ихъ особенно интересуетъ въ отношеніи la dénonciation de nouvel oeuvre—вопросъ объ условіяхъ примѣненія ея на практикѣ—для насъ не представляетъ особаго интереса! Поэтому, намъ нѣтъ никакой, въ сущности, надобности ставить себѣ (и обсуждать) вопросы, вродѣ тѣхъ, надъ разрѣшеніемъ коихъ трудятся, какъ мы сейчасъ видѣли, французскіе юристы: въ какомъ отношеніи къ la complainte находится la dénonciation de nouvel oeuvre? совпадаютъ ли оба эти посессорные иски, или же они отличны одинъ отъ другого? если между ними есть различіе, то въ чемъ именно оно заключается? какова юридическая природа (и правильная конструкція) la dénonciation de nouvel oeuvre, въ значеніи посессорнаго иска? и проч. и проч.

Французскіе юристы ищутъ (и, повидимому, тщетно ищутъ) надлежащаго отвѣта на всѣ эти вопросы—только потому, что они чувствуютъ потребность найти *выходъ* изъ того неблагоприятнаго положенія вещей, которое создалось для французской юриспруденціи вслѣдствіе допущенной составителями закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ, можно сказать, *роковой ошибки* (хотя и оправдываемой исторически), выразившейся въ столь неумѣстномъ включеніи la dénonciation de nouvel oeuvre въ число actions possessoires.

Напротивъ, для нашей цѣли (критической оцѣнки ст. 6 этого французскаго закона) вполне достаточно (а принимая во вниманіе, что названная статья является источникомъ ст. 29 нашего Уст. гражд. суд., и совершенно необходимо) лишь констатировать, что эта ст. 6 (точнѣе ея п. 1) *весьма несовершенна*—уже въ описанномъ отношеніи.

Какъ сейчасъ увидимъ, указанный *дефектъ* (включеніе la dénonciation de nouvel oeuvre въ число actions possessoires) статьи 6

*) Тамъ же.

зак. 25-го мая 1838 г. *не единственный*: въ ней имѣются еще и другіе дефекты.

Припомнимъ, что конецъ пункта 1 ст. 6 зак. 25 мая 1838 г., назвавъ въ отдѣльности: des dénonciations de nouvel oeuvre, complaints и actions en réintégration, — вслѣдъ за этимъ перечисленіемъ добавляетъ „et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année“.

Autres actions possessoires! Невольно рождается вопросъ: какіе еще посессорные иски извѣстны французскому праву? У Glasson'a мы находимъ такой комментарий къ этому выраженію (et autres actions possessoires) статьи 6¹ зак. 25 мая 1838 г.: le législateur en relève trois (подр. les différentes actions possessoires): la complainte, la réintégration, la dénonciation de nouvel oeuvre et, dans la crainte d'être incomplet, *), il ajoute que les autres actions possessoires sont également de la compétence du juge de paix, disposition *absolument inutile, car ces autres actions n'existent pas.* *)—**). Ср. Bonfils, Traité, p. 73: Il (l'art. 6¹ de la loi du 25 mai 1838) indique nommément trois actions possessoires: Y en a-t-il d'autres? Le texte le dit: mais on s'accorde à reconnaître que la rédaction de l'article est *vicieuse et qu'il est impossible de découvrir d'autres actions possessoires que les trois actions spécialement nommées dans le texte* *).

Если, однако (согласно приведеннымъ свидѣтельствамъ), никакихъ другихъ посессорныхъ исковъ (кромѣ трехъ) въ дѣйствительности не существуетъ, то составителямъ закона 25 мая 1838 г. вовсе не слѣдовало, казалось бы, и упоминать объ этихъ „другихъ (не существующихъ) посессорныхъ искахъ“. Если же они (составители закона 25 мая 1838 г.) все-таки, какъ видимъ, о нихъ упомянули, то остается, казалось бы, лишь пожалѣть объ этомъ! вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя въ такомъ случаѣ не констатировать, что статья 6 настоящаго закона, кромѣ уже отмѣченнаго нами ранѣе дефекта (см. выше), дѣйствительно, свойствененъ еще и другой *порокъ*: указаніе ею какихъ-то autres actions possessoires, на самомъ дѣлѣ, даже не существующихъ. Оказывается, такимъ образомъ, что и въ данномъ случаѣ составители закона 25 мая 1838 г. поступили явно ошибочнымъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, страннымъ и даже почти загадочнымъ образомъ!

*) Курсивъ нашъ.

***) Назван. сочиненіе, стр. 265.

Таковъ, по крайней мѣрѣ, логически послѣдовательный выводъ изъ тѣхъ комментаріевъ къ выраженію: *et autres actions possessoires*, съ коими мы сейчасъ познакомились.

Но, быть можетъ, сами то эти комментаріи—не совсѣмъ точны и не такъ ужъ справедливы?

Какъ мы видѣли, Glasson объясняетъ настоящее добавленіе (къ отдѣльнымъ посессорнымъ искамъ, перечисленнымъ въ п. 1 ст. 6 закона 25 мая 1838 г.): *et autres actions possessoires*, ничѣмъ инымъ, какъ лишь опасеніемъ составителей названнаго закона пробѣловъ (*la crainte d'être incomplet*). Однако, уже психологически просто непонятно, какъ собственно у составителей зак. 25 мая 1838 г. могло даже зародиться подобное опасеніе, коль скоро (говоря словами Glasson'a) *ces autres actions n'existent pas*.

Съ точки зрѣнія Glasson'a, это послѣднее положеніе есть, повидимому, самоочевидная истина. Но въ такомъ случаѣ, странно, что оно осталось какъ будто бы вовсе неизвѣстнымъ составителямъ закона 25 мая 1838 г.

Всѣ это вызываетъ вполне естественныя сомнѣнія и недоумѣнія, въ коихъ, однако, намъ необходимо, по возможности, разобраться.

Вспомнимъ, прежде всего, что мы начали интерпретацію пункта 1 ст. 6 этого закона, по заранѣе нами намѣченному плану, съ его *заключительныхъ*, а не начальныхъ строкъ, какъ слѣдовало бы ожидать. Выше, говоря объ этомъ методѣ интерпретаціи, мы объяснили его выборъ тѣмъ, что именно въ концѣ п. 1 ст. 6 находится какъ бы логическое сосредоточіе, фокусъ для всего вообще содержанія этого п. 1 ст. 6 и даже, быть можетъ, для содержанія всей вообще статьи 6¹⁻³.

Теперь мы должны ближе опредѣлить *мѣстонахожденіе* (если такъ можно выразиться) указаннаго логическаго фокуса. По нашему мнѣнію, онъ лежитъ какъ разъ въ этомъ (столь ненужномъ—казалось бы!) выраженіи: *et autres actions possessoires*.

Дѣло въ томъ, что настоящее выраженіе не только связуетъ и объединяетъ между собою *des dénonciations de nouvel oeuvre, complaints et actions en réintégration* тѣмъ, что подводитъ ихъ, несомнѣнно, подъ одно—*общее*—понятіе: *actions possessoires*. Оно устанавливаетъ, какъ сейчасъ увидимъ, *точку соприкосновенія и даже тѣсную логическую связь* (пусть нѣсколько страннымъ и неожиданнымъ образомъ) также между концомъ и началомъ пункта 1 ст. 6 закона 25 мая 1838 г., точнѣе же говоря, между его отдѣльными (тѣми—тремя) посессорными исками, съ одной

стороны, и *des entreprises commises dans l'année etc. etc.*, упоминаемыми въ самомъ началѣ этого пункта, съ другой. Можно даже думать, что это выраженіе: *et autres actions possessoires*, является тѣмъ связующимъ цементомъ, коимъ *спаяны*, по крайней мѣрѣ, до нѣкоторой степени—въ ст. 6 зак. 25 мая 1838 г.—*не только отдѣльныя части ея 1-го пункта* (*des entreprises, des dénonciations de nouvel oeuvre, complaints et actions en réintégration*), *но и цѣлыя куски этой статьи, точнѣе говоря: ея п. п. 1—3*.

Во всякомъ случаѣ, вполне допустимо, на нашъ взглядъ, предположеніе, что составители зак. 25 мая 1838 г. *могли* подвести „*des entreprises commises dans l'année*“ и проч. подъ категорію: *actions possessoires* или,—что они *могли*, по крайней мѣрѣ, *сблизить* ихъ съ *actions possessoires*. Такое предположеніе не должно, казалось бы, само по себѣ особенно удивлять, хотя бы уже по одному тому, что они же трактовали (какъ было сейчасъ установлено), въ качествѣ особаго посессорнаго иска, *la dénonciation de nouvel oeuvre*,—институтъ, не имѣющій, на самомъ дѣлѣ, ничего общаго ни съ *possessio*, ни съ ея защитою.

И дѣйствительно, есть *самыя серьезныя основанія* считать, что составители зак. 25 мая 1838 г. рассматривали „*des entreprises*“ именно подъ угломъ зрѣнія посессорнаго иска.

Это, прежде всего, основаніе *историческое*.

Дѣло въ томъ, что редакторы закона 25-го мая 1838 г. пользовались, не подлежитъ никакому сомнѣнію, въ качествѣ матеріала для его составленія, текстомъ закона 16—24 августа 1790 г., впервые введеннаго во Франціи, какъ мы уже сказали, институтъ мировыхъ судей и опредѣлительнаго, вмѣстѣ съ тѣмъ, ихъ компетенцію.

Надо считать, поэтому, что историческимъ источникомъ п. 1 ст. 6 зак. 25 мая 1838 г. явился п. 2 ст. 10 Разд. III закона 16—24 августа 1790 г., гласившей так. обр.:

Art. 10. Il (le juge de paix) connaîtra de même, sans appel, jusqu'à la valeur de cinquante livres, et à charge d'appel à quelque valeur que la demande puisse monter:

.....

2^o. Des déplacements de bornes, *des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commises dans l'année; des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés, commises pareillement dans l'année, et de toutes autres actions possessoires.*

Ясно, что *весь* этот п. 2 ст. 10 разд. III зак. 16—24 августа 1790 г. *был посвящен исключительно лишь* *поссessorнымъ искамъ*: сперва — *des déplacements de bornes, des usurpations de terres etc. etc.*, затѣмъ — *des entreprises sur les cours d'eau*, наконецъ — *toutes autres actions possessoires*. *Слѣдовательно, по зак. 16—24 августа 1790 г., подвѣдомственные мировымъ судьямъ иски, касавшіеся des entreprises sur les cours d'eau, были, несомнѣнно, поссessorными исками или, по крайней мѣрѣ, исками, имъ аналогичными.*

Толковать иначе приведенный текстъ закона 16 — 24 августа 1790 г., очевидно, совершенно невозможно!

Такъ какъ п. 2 ст. 10 разд. III закона 16—24 августа 1790 г. является историческимъ источникомъ п. 1 ст. 6 зак. 25 мая 1838 г. (это явствуетъ съ полною очевидностью уже изъ простого сопоставленія обоихъ названныхъ текстовъ), то сказанное нами относительно *des entreprises sur les cours d'eau* — въ текстѣ закона 1790 г. — сохраняетъ, очевидно, силу также по отношенію тѣхъ-же *des entreprises*, значущихся въ законѣ 1838 г.

Таково историческое основаніе къ тому, чтобы считать *иски о des entreprises sur les cours d'eau*, упоминаемыхъ въ п. 1 ст. 6 закона 25 мая 1838 г., *именно поссessorными исками* *).

Но кромѣ этого основанія, имѣется еще и другое къ тому основаніе: въ отличіе отъ перваго, это второе основаніе можно назвать *догматическимъ*. Дѣло въ томъ, что иски по поводу *des entreprises sur les cours d'eau* должны быть вчиняемы, согласно ст. 6¹ зак. 25 мая 1838, *въ теченіе года* (*dans l'année*), — совершенно также, какъ и другіе (три) поссessorные иски, упоминаемые въ той-же статьѣ 6¹. Повидимому, это согласовано съ общимъ правиломъ о годичномъ

*) Замѣтимъ, что текстъ п. 2 ст. 10 разд. III закона 16 — 24 августа 1790 г. позже былъ еще разъ — почти дословно — воспроизведенъ въ ст. 3 Code de procédure civile. Она гласитъ: Elle (la citation) le sera devant le juge de la situation de l'objet litigieux, lorsqu'il s'agira.... 2^o Des déplacements de bornes, des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commises dans l'année; des entreprises sur les cours d'eau, commises pareillement dans l'année, et de toutes autres actions possessoires. Такъ какъ приведенная статья Code de procédure civile, воспроизводящая текстъ п. 2 ст. 10 разд. III зак. 16 — 24 августа 1790 г., дѣйствовала и послѣ изданія закона 25 мая 1838 г. (дѣйствуетъ и нынѣ), то также въ силу этого обстоятельства *конструкцію исковъ о des entreprises и пр., какъ поссessorныхъ исковъ, по закону 1790 г., надо считать сохранившей все свое значеніе и послѣ отмѣны его закономъ 25 мая 1838 г.*

срокъ, установленномъ во французскомъ правѣ — для предъявленія поссessorныхъ исковъ — выраженнымъ, какъ извѣстно, въ ст. 23 Code de procédure civile: les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées *dans l'année* du trouble. Поэтому, требованіе ст. 6¹ зак. 25 мая 1838, чтобы иски о *des entreprises sur les cours d'eau* предъявлялись въ теченіе года, равнымъ образомъ, даетъ намъ извѣстное основаніе (мы назвали его догматическимъ) къ тому, чтобы эти иски считать, въ свою очередь, поссessorными.

И должно теперь сказать, что французская *судебная практика*, дѣйствительно, относитъ интересующіе сейчасъ насъ иски именно къ категории поссessorныхъ исковъ. Объ этомъ свидѣтельствуютъ практическіе комментаріи къ французскому процессуальному кодексу Sirey, Dalloz и друг. Такъ, напр., въ Code de procédure civile annoté de Sirey (въ комментаріяхъ этого автора къ art. 6 de la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix) имѣется, между прочимъ, тезисъ (№ 170), гласящій: pour ne pas scinder la matière *des actions possessoires* *) (complaintes, dénonciations de nouvel oeuve, réintégrandes, *entreprises sur les cours d'eau* *), nous reportons à l'art. 23, Cod. proc., qui trace des règles sur la recevabilité de ces actions, toutes les décisions relatives à cette matière importante et difficile: Voy. *infra*. Обращаясь, согласно этому указанію, къ комментаріямъ Sirey къ l'art. 23, Cod. proc., мы находимъ въ нихъ, между прочимъ, слѣдующіе тезисы (заимствованные изъ судебной практики): подъ № 73 — *Un cours d'eau est, de sa nature, susceptible d'une possession caractérisée servant de base à une action possessoire* *)...... La question ne fait plus doute aujourd'hui; подъ № 76 — *L'action en complainte pour entreprise sur une rivière* *), formée par un propriétaire riverain contre le propriétaire de la rive opposée, est admissible lorsque la rivière n'est pas navigable dans le territoire de la situation des propriétés des parties, encore qu'elle le soit dans un autre lieu; подъ № 78 — *Décidé encore que le juge de paix est compétent pour prononcer sur une action en complainte intentée à l'occasion d'ouvrages établis par un particulier sur un cours d'eau* *), et par suite, pour ordonner la suppression de ces ouvrages, en accueillant l'action possessoire, и друг.

Равнымъ образомъ, въ Code de procédure civile annoté par Dalloz (въ его комментаріяхъ къ art. 6 de la loi du 25 mai 1838

*) Курсивъ нашъ.

sur les justices de paix), мы читаемъ: § 1-er.—*Entreprises sur les cours d'eau et actions possessoires* *). Это заглавіе явственно сближаетъ *entreprises sur les cours d'eau* съ *actions possessoires*. И дѣйствительно, п. 4 названнаго § прямо опредѣляетъ: pour que les entreprises sur les cours d'eau soient de la compétence des juges de paix, *il faut que l'action ait tous les caractères de l'action possessoire* *). Но есть и особенность у этихъ поссессорныхъ исковъ по поводу *entreprises sur les cours d'eau*. О ней говорится въ п. 6 того же § 1: les actions tendant à la répression des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés ou au mouvement des usines, *ne sont pas subordonnées à la preuve d'une possession annale, comme en matière de complainte*: *) il suffit qu'il y ait entreprise *troublant* *) le demandeur dans sa jouissance, et que cette entreprise ait eu lieu *dans l'année* *). Заканчивается настоящій § пунктомъ 9-мъ, гласящимъ: Le code de procédure a réglé la matière des actions possessoires autres que celles relatives aux entreprises sur les cours d'eau.—V. *infra.*, art. 23 et 25 c. pr. civ. Говоря объ „*actions possessoires autres* que celles relatives aux entreprises sur les cours d'eau“, этотъ пунктъ имѣетъ въ виду, очевидно: *complainte, réintégrande, dénonciation de nouvel oeuvre*.

Итакъ, мы видимъ, что французская *практическая* юриспруденція, относить упоминаемые въ ст. 6¹ закона 25 мая 1838 иски объ *entreprises sur les cours d'eau*, несомнѣнно, къ числу поссессорныхъ исковъ.

Но не одна только *практическая* юриспруденція поступаетъ указаннымъ образомъ. То же самое дѣлаетъ, какъ сейчасъ убѣдимся, и такой выдающійся представитель французской *теоретической* юриспруденціи, какъ Garsonnet.

Les juges de paix connaissent—говоритъ названный авторъ **)—à quelque chiffre qu'elles puissent s'élever, mais toujours en premier ressort: 1) des actions possessoires etc. etc. L'article 6¹ de la loi du 25 mai 1838 les énumère, продолжаетъ Garsonnet,—полностью (начиная со словъ: *Entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau* и т. д. и т. д.) цитируя эту ст. 6¹. Le caractère possessoire de ces diverses contestations (включая въ ихъ число, конечно, и споры по поводу *entreprises*) se reconnaît—поясняетъ онъ—à ce signe *que l'action doit être intentée dans l'année* *)

*) Курсивъ нашъ.

**) Traité théorique et pratique de procédure, 2 éd., 1898 t. II, p. 60.

et, sur le principe que les actions possessoires relèvent exclusivement de la compétence du juge de paix *).

Изъ сказаннаго нельзя не заключить, что Garsonnet также вполне опредѣленнымъ образомъ причисляетъ иски объ *entreprises sur les cours d'eau*, о конхъ говорится въ ст. 6¹ зак. 25 мая 1838 г., къ поссессорнымъ искамъ.

Мы закончили интерпретацію пункта 1-го ст. 6-ой закона 25 мая 1838 г.; мы исчерпали его содержаніе и, какъ кажется, убѣдились въ томъ, что этотъ пунктъ (какъ и п. 2 ст. 10 разд. III закона 16—24 августа 1790 г.—см. выше) посвященъ исключительно лишь поссессорнымъ искамъ. Мы выяснили также, что въ ст. 6¹ закона 25 мая 1838 г. упоминается о *четырехъ* поссессорныхъ искахъ, а не трехъ только (какъ думаютъ нѣкоторые французскіе юристы—теоретики).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ сейчасъ выполненномъ нами процессѣ интерпретаціи ст. 6¹ закона 25 мая 1838 г., очевидно, нашло себѣ *полное подтвержденіе* сдѣланное нами выше указаніе на то, что выраженіе: *et autres actions possessoires*, является не только связующимъ и объединяющимъ между собою: *des dénonciations de nouvel oeuvre, complaints et actions en réintégrande*, но и устанавливающимъ точку соприкосновенія и даже тѣсную логическую связь между концомъ и началомъ (или, если угодно, между второю и первою частью) пункта 1 ст. 6 закона 25 мая 1838 г. Выяснилась, говоря другими словами, родственная близость, если такъ можно выразиться, приписываемая этимъ закономъ тѣмъ (тремъ) поссессорнымъ искамъ и *des entreprises commises dans l'année etc. etc.*, упоминаемымъ въ самомъ началѣ настоящаго пункта.

Поэтому, „*actions possessoires*“, дѣйствительно, можно считать тѣмъ логическимъ фокусомъ, около (или вокругъ) котораго проходятъ какъ бы концентрическіе пласты (или наслоенія) поссессорныхъ исковъ. Ближайшій отъ него пластъ составляютъ тѣ три поссессорные иска; болѣе отдаленный—*entreprises etc.* Въ текстѣ ст. 6¹ закона 25 мая 1838 г. оба эти пласта отдѣлены, другъ отъ друга—посредствомъ точки съ запятой. Поссессорная „порода“ выражена въ первомъ

*) Ср. въ другомъ мѣстѣ того же сочиненія Garsonnet (т. I, стр. 604): l'article 6¹ de la loi du 25 mai 1838... dit... que les juges de paix connaissent, *comme atteintes à la possession* (нашъ курсивъ), *des entreprises* (нашъ курсивъ) commises sur les cours d'eau qui servent à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines et des moulins.

изъ указанныхъ пластовъ лучше, чѣмъ во второмъ. Но и въ первомъ пластѣ она не вездѣ одинаково замѣтна; она тѣмъ явственнѣе, чѣмъ ближе къ центру (фокусу): *possessorный характеръ des dénonciations de nouvel oeuvre*, очевидно, не столь несомнѣненъ, какъ *complaintes* или *actions en réintégrande*.

Такимъ образомъ, сужденіе Glasson'a и Bonfils'a, что редакція l'art. 6¹ de la loi du 25 mai 1838 — неудачна, потому что нѣтъ иныхъ *possessorныхъ* исковъ, *кромя трехъ*, оказывается *не совсѣмъ правильнымъ*: *кромя трехъ*, мы обнаруживаемъ въ текстѣ того же l'art 6¹ *еще и четвертый* *possessorный искъ* (*entreprises etc.*).

Правда, *этотъ послѣдній, по существу, столь же ошибочно относитъ къ числу possessorныхъ исковъ, какъ и la dénonciation de nouvel oeuvre*. Подобно тому, какъ *la dénonciation etc.* соотвѣтствовала—въ римскомъ правѣ—*operis novi nuntiatio*, также точно *des entreprises etc.* соотвѣтствовала, можно считать, въ томъ же правѣ *actio aquae pluviae arcendae* *). Но послѣдній искъ есть *actio in personam*, слѣдов. и *des entreprises* надлежитъ признать *личнымъ, или обязательственнымъ (сосѣдскимъ) искомъ*.

Однако, какъ показало наше изложеніе, составители закона 25 мая 1838 г. конструировали *des entreprises*, подобно *la dénonciation*, *въ качествѣ именно possessorныхъ исковъ*.

На основаніи всего сказаннаго нельзя не констатировать, что имъ, несомнѣнно, была присуща какая то *тенденція* къ увеличенію вообще числа *possessorныхъ* исковъ, къ сообщенію этой „*possessorной природы*“ и такимъ искамъ, коимъ она отнюдь не свойственна. *Внѣшнимъ обнаруженіемъ этой ихъ тенденціи* и явилось, можно думать, настоящее выраженіе (въ ст. 6¹ сего закона): „*et autres actions possessoires* **).

Указанная тенденція обнаружилась, какъ мы утверждаемъ, *даже за предѣлами ст. 6¹*.

*) Въ нашемъ правѣ—*des entreprises* корреспондируютъ „запруды“, упоминаемыя п. 1 ст. 442 г. X ч. 1.

***) Слѣдов., это выраженіе появилось, какъ оказывается, въ текстѣ ст. 6¹ *не вслѣдствіе простого только опасенія* ея редакторовъ пробѣловъ: *la crainte d'être incomplet*, какъ думаетъ Glasson. Напротивъ, правильнѣе его считать какъ бы *проявленіемъ* вовсе не пассивнаго, непремѣнно, состоянія духа—„*опасенія*“, а *совсѣмъ другого—болѣе активнаго* его состоянія,—той именно *тенденціи* (хотя, можетъ быть, и недостаточно сознанный), о которой говорится въ текстѣ.

Мы убѣдимся въ этомъ, интерпретируя въ дальнѣйшемъ изложеніи ст. 6²⁻³ зак. 25 мая 1838 г., въ частности же, выясняя *юридическую природу des actions en bornage, des actions relatives aux constructions и т. д.* (исковъ, о коихъ въ ней говорится) и опредѣляя *тѣ соотношенія, въ коихъ они пребываютъ къ actions possessoires*.

Но обо всемъ этомъ мы скажемъ уже въ слѣдующемъ параграфѣ; пока же подсчитаемъ дефекты статьи 6¹, намѣченные нами въ предыдущемъ изложеніи. Выше мы назвали: 1) включеніе *la dénonciation de nouvel oeuvre* въ число *actions possessoires* и 2) упоминаніе въ текстѣ ст. 6¹ весьма неудачнаго выраженія: *et autres actions possessoires*, по справедливости, вызывающаго всякаго рода сомнѣнія и недоумѣнія. Къ этимъ двумъ дефектамъ названной статьи мы должны теперь присоединить *еще третій дефектъ*, сейчасъ только нами обнаруженный: это—*отнесеніе* статью 6¹ *des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau также къ числу possessorныхъ исковъ*.

Переходимъ теперь къ интерпретаціи *слѣдующихъ* пунктовъ ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г.

§ 13. Критическая оцѣнка ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ (продолженіе). Анализъ и подробная интерпретація ст. 6²⁻³ этого закона.

Ст. 6² франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ упоминаетъ, прежде всего, о *des actions en bornage*.

Начнемъ, поэтому, изложеніе настоящаго § съ выясненія юридической природы этихъ исковъ и ихъ отношенія къ *actions possessoires*.

Кажется, мы не ошибемся, если скажемъ, что *l'action en bornage* соотвѣтствовала въ римскомъ правѣ *actio finium regundorum*.

Подъ *actio finium regundorum* (искомъ объ отграниченіи) должно разумѣть *личный искъ* собственника (или иного вещноуправомоченнаго лица) о „признаніи собственностью истца участка земли до указываемыхъ границъ“. Въ этомъ смыслѣ—„онъ замѣняетъ собою *виндикацію*“. Тѣмъ не менѣе, „главная цѣль его—*пограничный миръ между сосѣдями* *). Такимъ образомъ, искъ направленъ противъ лица и является *actio in personam* **).

*) Курсивъ подлинника.

***) Курсивъ нашъ.

ления границъ, прежде всего, руководящимъ является право собственности, которое можетъ быть основано на экстраординарномъ давностномъ владѣнн. Затѣмъ, рѣшающимъ моментомъ является спокойное владѣнне. Если же и его не было, то спорная пограничная полоса должна быть разсматриваема, какъ общая земля, и должна быть раздѣлена между сосѣдями“. „Судебное рѣшеніе должно опредѣлять границу. Кромѣ того, оно должно предписать, чтобы граница обозначалась вѣшними признаками“ *) и т. д. и т. д.

Мы совершенно далеки отъ мысли утверждать тождественность l'actio en bornage сейчасъ нами описанной actio finium regundorum. Напротивъ, мы считаемъ даже своимъ долгомъ указать на одно *принципальное различіе*, существующее между указанными исками, — именно: l'action en bornage подвѣдомственна мировымъ судьямъ лишь тогда, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés (l'art. 6²), такъ что она *принципально исключаетъ* всякій споръ о собственности, — между тѣмъ, какъ actio finium regundorum, напротивъ, его вполне допускаетъ, какъ мы сейчасъ видѣли.

Но на ряду съ этимъ кореннымъ отличіемъ l'action de bornage отъ actio finium regundorum, у обоихъ названныхъ исковъ имѣются также, думается намъ, нѣкоторыя общія имъ черты: и l'actio en bornage, и l'actio finium regundorum, очевидно, одинаково относятся къ категоріи исковъ, возникающихъ въ силу *сосѣдскихъ* отношеній; главная цѣль какъ того, такъ и другого иска, повидимому, одна и та же: „пограничный миръ ***) между сосѣдями“ — посредствомъ установленія либо упорядоченія границъ, пролегающихъ между смежными участками. *Можно думать, поэтому, что конструкція actio finium regundorum, какъ личнаго иска (actio in personam), вполне примѣнима также къ l'actio en bornage.*

Высказавъ эти общія соображенія насчетъ юридической природы l'actio en bornage, обращаемся теперь къ обсужденію вопроса о значеніи этого иска *собственно въ текстѣ ст. 6 закона 25 мая 1838 г.*

Мы уже указывали, что историческимъ источникомъ ст. 6¹ закона 25 мая 1838 г. является п. 2 ст. 10 разд. III закона 16—24 августа 1790 г.

*) Дерибургъ. Пандекты. Вещное право, русск. переводъ подъ редакціею бар. А. Ф. Мейендорфа § 229.

**) Ср. les justices de paix, къ вѣдомству коего и отнесены, согласно l'art. 6², des actions en bornage.

густа 1790 г. Можно думать, что и для ст. 6² закона 25 мая 1838 г., если не историческимъ источникомъ, въ собственномъ смыслѣ этого слова, то, по крайней мѣрѣ, извѣстною историческою базою послужилъ, равнымъ образомъ, тотъ же п. 2 ст. 10 разд. III зак. 16—24 августа 1790 г.

Припомнимъ, что этотъ послѣдній относилъ къ вѣдомству мировыхъ судей *des déplacements de bornes, des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commises dans l'année; des entreprises sur les cours d'eau... et de toutes autres actions possessoires.* Такимъ образомъ, въ самомъ началѣ этой цитаты мы читаемъ о *des déplacements de bornes*; статья же 6² закона 25 мая 1838 г. начинается словами: *des actions en bornage etc. etc.* Можно думать, что споры по поводу *des déplacements de bornes*, упоминаемые закономъ 1790 г., и суть позднѣйшія (по закону 1838 г.) *des actions en bornage.*

Но мы выше установили, что п. 2 ст. 10 разд. III закона 16—24 августа 1790 г. былъ посвященъ исключительно *поссessorнымъ* искамъ. Таковыми, т.-е. *поссessorными* исками являются, въ частности, и иски относительно *des déplacements de bornes.*

Въ силу сказаннаго, можно было бы ожидать, что *des actions en bornage* суть, равнымъ образомъ, иски *поссessorные.*

Однако, *des actions en bornage* — въ текстѣ ст. 6² закона 25 мая 1838 г. — едва ли было бы правильно считать также *поссessorными* исками.

Противъ такой конструкціи этихъ исковъ говорятъ слѣдующія соображенія. Въ текстѣ п. 2 ст. 10 разд. III зак. 1790 г. отведено мѣсто: *des déplacements de bornes, des usurpations de terres etc. etc., des entreprises etc. et de toutes autres actions possessoires.* Это все *поссessorные* иски; среди нихъ упоминаются и *des déplacements de bornes.* Въ зависимости отъ этого, *поссessorный* характеръ послѣднихъ стоитъ, дѣйствительно, вѣ въ всякихъ сомнѣнн.

Но совсѣмъ иное мѣсто занимаютъ (и совершенно другое, очевидно, значеніе имѣютъ) *des actions en bornage* въ текстѣ ст. 6 зак. 1838 г. Пунктъ 1 названной статьи 6, подобно п. 2 ст. 10 разд. III зак. 1790 г., также посвященъ всецѣло *поссessorнымъ* искамъ; однако, среди нихъ *des actions en bornage* вовсе не упоминаются. Далѣе. Ст. 6¹, перечисливъ отдѣльные *поссessorные* иски, въ заключеніе упоминаетъ объ *autres actions possessoires.* Затѣмъ слѣдуетъ ст. 6², начинающаяся слова: *des actions en bornage.* Трудно допустить, чтобы законодатель, закончивъ перечисленіе *пос-*

сессорныхъ исковъ и специально отведенный имъ пунктъ общимъ выраженіемъ: *autres actions possessoires fondées sur des fait etc.* (ст. 6¹), вновь вернулся къ той-же темѣ — уже съ первыхъ словъ слѣдующаго за ними пункта 2-ого настоящей статьи.

Такимъ образомъ, ни мѣсто, занимаемое *des actions en bornage* въ текстѣ ст. 6 закона 25 мая 1838 г., ни общая ея редакция, ни соотношеніе ея отдѣльныхъ пунктовъ, — ничто, очевидно, не даетъ основаніе къ тому, чтобы признать *des actions en bornage* въ текстѣ названной статьи посессорными исками.

Справедливость сейчасъ сказаннаго нами по поводу юридической природы *des actions en bornage* подтверждается еще и тѣмъ, что статьею 6² не требуется соблюденія (при предъявленіи этихъ исковъ) годичнаго срока (*dans l'année*), какъ то предписано (статьею 6¹) въ случаяхъ вчиненія посессорныхъ исковъ, а прежде требовалось также (п. 2 ст. 10 разд. III зак. 1790 г.), при предъявленіи исковъ *o des déplacements de bornes*.

Что *des actions en bornage* не являются посессорными исками, это — повидимому — общепризнано и среди французскихъ юристовъ (практиковъ и теоретиковъ).

Такъ, напримѣръ.

Въ комментаріяхъ къ франц. процессуальному кодексу (точнѣе, къ закону 25 мая 1838 о мир. судѣ) Sirey читаемъ (подъ № 175): *L'action en bornage n'est une action possessoire *)* et n'est pas dès lors soumise aux conditions exigées pour la recevabilité de cette espèce d'action: c'est une véritable action pétitoire. Сравни у того-же автора комментарій къ ст. 23 Code de procédure civile (подъ №№ 49 и 50): *L'action possessoire ayant pour but principal le bornage n'est pas admissible. Mais il en est différemment au cas de déplacement de bornes: alors la plantation de bornes, comme accessoire de l'action possessoire, peut être ordonnée par le juge saisi de cette dernière action.*

Аналогичныя замѣчанія находимъ и у Dalloz'a (см. его комментарій къ ст. 23 Code de procédure civile подъ № 14): *L'action en bornage est une action pétitoire et non une action possessoire *)*; и (подъ № 103): *Le déplacement de bornes est un trouble de fait qui peut donner lieu à l'action possessoire. Toutefois, l'action fondée sur un pareil déplacement ne doit pas être confondue avec l'action en bornage *)* de l'art. 646, action qui ne rentre dans la compétence

*) Курсивъ нашъ.

du juge de paix que *comme action ordinaire* *). Сравни у того же автора (комментарій къ ст. 25 кодекса подъ № 288): *Le juge du possessoire peut ordonner la plantation de bornes, non pour fixer définitivement la limite séparative des propriétés, mais dans le but unique d'assurer la possession paisible du demandeur.*

Само собою разумѣется, что и тѣ французскіе юристы — теоретики, кои опредѣляютъ число посессорныхъ исковъ точною цифрою 3 (см. выше), также не признаютъ *les actions en bornage* посессорными исками. Но не только эти юристы, — и Garsonnet, насчитывающій, какъ мы видѣли, большее число посессорныхъ исковъ, нежели они (4 вмѣсто 3), держится того-же мнѣнія, *что les actions en bornage не являются посессорными исками, по крайней мѣрѣ, въ собственномъ смыслѣ этого слова.*

Впрочемъ, взгляды Garsonnet на юридическую природу этихъ исковъ нельзя считать, по нашему мнѣнію, достаточно яснымъ, исполнѣ опредѣлившимся.

Въ то время, какъ французскіе комментаторы Code de procédure civile увѣренно и категорически называютъ, какъ мы видѣли, *les actions en bornage* *петиторными* исками, Garsonnet явно колеблется въ своихъ сужденіяхъ насчетъ юридической природы этихъ исковъ.

Такъ, на стр. 145 тома II *Traité théorique et pratique de procédure* онъ говоритъ по поводу *les actions en bornage*, что *elles sont réelles **)*. Далѣе. На стр. 334 т. III того же труда, касаясь *la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire*, онъ находитъ, что это запрещеніе относится только до *aux actions possessoires proprement dites* *), et ne concerne pas *les contestations prévues par les lois du 25 mai 1838 (Art. 6²⁻³) et du 10 juin 1854, à savoir: les actions relatives au bornage, à la distance prescrite pour les plantations d'arbres ou de haies, et aux travaux énoncés dans l'article 674 du Code civil etc.* Изъ сопоставленія этихъ двухъ мѣстъ (заимствованныхъ изъ сочиненія Garsonnet) можно было бы заключить, что также по его мнѣнію *les actions en bornage*, являясь *réelles*, и не будучи, однако, *actions possessoires proprement dites*, суть подлинныя петиторныя иски. Но такому умозаключенію явно противостоитъ сужденіе того же Garsonnet (въ т. I, стр. 587—588) объ искахъ: посессорныхъ, пе-

*) Курсивъ нашъ.

***) Ср. на стр. 32—33 т. II этого сочиненія: *les articles 5¹ et 6²⁻³ de la loi du 25 mai 1838 qui n'attribuent compétence aux juges de paix, pour les questions immobilières (нашъ курсивъ) par eux énumérées, qu'autant que les droits de propriété ou de servitude ne sont pas contestés.*

иторныхъ и искахъ, упоминаемыхъ въ ст. 6²⁻³ зак. 25 мая 1838 г. On n'appelle actions possessoires que celles—говорить онъ въ указанномъ мѣстѣ—où le demandeur conclut à être maintenu ou rétabli dans sa possession; on les oppose donc: 1) aux actions péti-toires *) où le demandeur conclut, au fond, à la reconnaissance d'un droit réel; 2) à d'autres actions *) qui ne sont, à proprement parler, ni possessoires ni pétitoires *), qui rentrent même dans la compétence des juges de paix comme les actions possessoires *), mais qui n'exigent pas les mêmes conditions. Ce sont les actions relatives au bornage, aux dommages causés aux champs, fruits et récoltes, à l'élagage, au curage, et à la distance prescrite pour les constructions et plantations, qu'énumèrent les articles 3¹ du Code de procédure, 5¹, 6² et 6³ de la loi du 25 mai 1838, mais qu'ils évitent de confondre avec les actions possessoires *).

Всѣ эти разсужденія Garsonnet объ юридической природѣ les actions en bornage нельзя не признать, по нашему мнѣнью, малоубѣдительными, хотя бы уже въ силу одной, присущей имъ, неопредѣленности.

Если les actions en bornage суть, по признанію самого Garsonnet, réelles, то онѣ должны быть либо посессорными, либо петиторными (tertium non datur); и вдругъ онъ объявляетъ ихъ и не посессорными, и не петиторными,—чтобы затѣмъ всетаки признать ихъ посессорными, хотя и не въ собственномъ смыслѣ этого слова.

Въ концѣ концовъ, Garsonnet, въ сущности, такъ и не выясняетъ, что же такое, наконецъ, представляютъ собою эти les actions en bornage?

Можно думать всетаки, что онъ наиболѣе склоненъ считать ихъ исками sui generis, занимающими какъ бы промежуточное мѣсто между петиторными и посессорными исками.

Поскольку мы стремимся дать правильную конструкцію les actions en bornage, отнюдь не связывая себя вопросомъ объ ихъ значеніи собственно въ контекстѣ ст. 6 закона 25 мая 1838 г., мы не считаемъ возможнымъ согласиться ни съ тѣмъ мнѣніемъ, которое называетъ ихъ петиторными исками, ни съ тѣмъ, которое характеризуетъ ихъ, какъ посессорные въ несобственномъ смыслѣ этого слова.

*) Курсивъ нашъ.

По вопросу о правильной конструкціи les actions en bornage мы выше уже высказались. Названные иски суть, дѣйствительно, ни петиторные, ни посессорные. Подобно римскимъ actiones finium regundorum, они—actiones in personam.

Материально-правовымъ основаніемъ этихъ исковъ надо считать ст. 646 Code civil: Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contigues. Le bornage se fait à frais communs. Эта статья помѣщена въ liv. II. tit. IV. chapitre I: Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. Конечно, подъ этими „сервитутами“ нужно понимать не сервитуты въ собственномъ смыслѣ этого слова, а особый видъ ограниченія права собственности—обязательства, возникающія изъ отношеній сосѣдства (ср., напр., actio aquae pluviae arcendae).

Въ соответствіи съ этимъ, и ст. 646 Code civil говоритъ о правѣ одного сосѣда по отношенію къ другому требовать размежеванія (tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage). Это право можетъ быть осуществляемо въ подлежащихъ случаяхъ также судебнымъ порядкомъ: посредствомъ вчиненія у мирового судьи l'action en bornage—впрочемъ, лишь тогда, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés *).

Ясно, въ виду сказаннаго, что правильнѣе всего конструировать les actions en bornage,—какъ личные (обязательственные) иски.

Но интересно теперь спросить себя: какъ могла, собственно говоря, даже зародиться у французскихъ юристовъ самая мысль называть эти иски то петиторными, то посессорными въ несобственномъ смыслѣ этого слова?

Эта мысль возникла, думается намъ, все на той же почвѣ недостатковъ, свойственныхъ закону 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ.

Какъ мы уже говорили, статья 1 этого закона относитъ къ вѣдомству мировыхъ судей toutes actions purement personnelles ou mobilières,—другими словами, всѣ обязательственные иски **).

*) Это условіе допустимости предъявленія l'action en bornage у мирового судьи болѣе, чѣмъ понятно. Оно обусловлено изъятіемъ изъ его вѣдомства споровъ о собственности и т. п. Напротивъ, въ римскомъ процессѣ при предъявленіи actio finium regundorum допускалось, какъ мы уже выше указывали, обсужденіе также вопроса о правѣ собственности.

**) По свидѣтельству Garsonnet (назван. сочиненіе, т. I, стр. 567), французскій законодатель (какъ въ Code de procédure civile, такъ и въ законѣ 25 мая 1838 г.) употребляетъ, какъ синонимы,—термины: action personnelle и action mobilière, а ровно и—action réelle и action immobilière.

и, въ соответствии съ этимъ, ст. ст. 2—5 перечисляютъ отдѣльные (и разнообразныя) виды названныхъ обязательственныхъ исковъ. Но слѣдующая за ними статья 6, начинающаяся словами: *Les juges de paix connaissent, en outre* (курсивъ нашъ) etc., имѣетъ въ виду, повидимому, уже какіе то, совершенно иные, иски,—значить: вполне новую и самостоятельную категорію исковъ, подвѣдомственныхъ мировымъ судьямъ. Это, очевидно, не обязательственные иски.

Сама собою напрашивается поэтому мысль, что упоминаемые статью 6 закона 25 мая 1838 г. иски суть *вещные*,—и вполне вѣроятно, что эта мысль отнюдь не была чужда даже самимъ составителямъ настоящаго закона. И дѣйствительно, иски, называемые статью 6¹, несомнѣнно, вещные, точнѣе—поссessorные иски.

Въ связи съ сказаннымъ и родился этотъ (знаменательный) вопросъ, останавливающий на себѣ вниманіе французскихъ юристовъ: иски, упоминаемые въ ст. 6²⁻³, а въ частности, *les actions en bornage*—являются ли также поссessorными исками, или, быть можетъ, это—петиционные иски? Мы уже знаемъ, что французскіе интерпретаторы отвѣчаютъ на него различно. Съ точки же зрѣнія составителей закона 25 мая 1838 г. (и самого духа и редакціи ст. 6 этого закона) настоящіе иски едва ли, прежде всего, петиционные иски: вѣдь сами же составители названнаго закона прямо опредѣлили (ст. 6²⁻³), что при предъявленіи этихъ исковъ не допускается возбужденіе (и обсужденіе) вопроса о правѣ собственности. Затѣмъ, иски, упоминаемые въ ст. 6²⁻³ закона 25 мая 1838 г., едва ли также, по мнѣнію составителей этого закона, поссessorные иски. Поссessorнымъ искамъ посвященъ спеціально п. 1 ст. 6,—и надо сказать, что уже въ этомъ пунктѣ область примѣненія поссessorнаго иска расширена до крайности; явно нецѣлесообразно было бы, поэтому, идти еще далѣе: это значило бы совершенно лишитъ характерныхъ чертъ самое понятіе поссessorнаго иска и, такъ сказать, его обезцѣпить. Въ соответствии съ этимъ и находится, думается намъ, то обстоятельство, что *les actions en bornage* и друг. выдѣлены законодателемъ въ *самостоятельные* пункты (2 и 3) ст. 6. Припомнимъ еще разъ, что эти иски не должны быть предъявляемы, непременно, въ теченіе годичнаго срока,—что, однако, столь типично (во французскомъ правѣ) для подлинныхъ поссessorныхъ исковъ; поэтому, также въ силу этого обстоятельства, ихъ нельзя признать поссessorными исками въ собственномъ смыслѣ этого слова.

Казалось бы, что остается лишь одно: считать ихъ обязательственными исками. И относительно *les actions en bornage* мы уже

сказали, что это—единственно правильная ихъ конструкция. Но едва ли такова была мысль самихъ составителей закона 25 мая 1838 г. насчетъ юридической природы исковъ, упоминаемыхъ въ его ст. 6²⁻³! Мы не допускаемъ этого (какъ явствуетъ изъ вышесказаннаго) потому, что законъ 25 мая 1838 г. касается обязательственныхъ исковъ лишь въ ст. ст. 1—5, а ст. 6 посвящена другимъ—вещнымъ—искамъ.

Итакъ, возникаетъ, повидимому, трудно разрѣшимая задача: какова же, наконецъ, юридическая природа исковъ, упоминаемыхъ въ ст. 6²⁻³, впрочемъ, не сама по себѣ *)—не съ т. зр. правильной конструкціи этихъ исковъ,—а по мысли составителей *нашего* закона, съ т. зр. духа его, общаго смысла и редакціи.

Мы думаемъ, что ключъ къ рѣшенію этой задачи заключается въ столь знакомомъ уже намъ выраженіи въ концѣ ст. 6¹: *et autres actions possessoires*.

Выше мы характеризовали это выраженіе, какъ обладающее почти что „магическими“ свойствами; оно связываетъ и объединяетъ между собою (говорили мы) *des dénonciations de nouvel oeuvre, complaints, actions en réintégration* и даже *des entreprises commises dans l'année etc.*, подводя ихъ подъ общее понятіе: *actions possessoires*. Въ эти слова: *et autres actions possessoires*, вложена (указывали мы выше) редакторами закона 25 мая 1838 г. присутствующая, повидимому, имъ тенденція къ увеличенію числа поссessorныхъ исковъ, къ сообщенію этой „поссessorной природы“ даже такимъ искамъ, коимъ она, по существу дѣла, отнюдь не свойственна; при этомъ мы имѣли въ виду, преимущественно, отношеніе составителями этого закона къ категоріи поссessorныхъ исковъ *des dénonciations de nouvel oeuvre* и *des entreprises*. Но и этимъ еще не исчерпывается все то значеніе, которое мы выше приписали выраженію *et autres actions possessoires*; именно: въ предыдущемъ изложеніи мы еще высказали *предположеніе*, что настоящее выраженіе является тѣмъ связующимъ цементомъ, коимъ спаяны (по крайней мѣрѣ, до нѣкоторой степени)—въ ст. 6 зак. 25 мая 1838 г.—не только отдѣльныя части ея пункта 1 (*Des entreprises, des dénonciations de nouvel oeuvre, complaints* и *actions en réintégration*), но даже *цѣлые куски этой статьи—ея п. п. 1—3*.

*) Въ этомъ отношеніи мы высказались уже относительно *les actions en bornage*. Съ этой же т. зр. мы обсудимъ ниже вопросъ о надлежащей конструкціи также другихъ исковъ, упоминаемыхъ въ ст. 6²⁻³.

Остановимся теперь ближе на обсужденіи этого (последняго) нашего предположенія.

Заключительныя слова п. 1 ст. 6 гласят: *et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année.*

По поводу этихъ словъ мы вновь возвращаемся къ вопросамъ, которые ставились уже нами въ предыдущемъ изложеніи: какіе это *autres* possessорныя иски, кромѣ поименованныхъ (четырёхъ) въ ст. 6¹? Да существуютъ ли еще таковыя?

На основаніи всего нами до сихъ поръ сказаннаго можно было бы вывести, что надлежащій отвѣтъ на оба эти вопроса былъ бы: безусловно не существуетъ еще „*autres* possessорныхъ исковъ“, *предъявляемыхъ въ годичный срокъ* (см. заключительныя слова ст. 6¹). А въ такомъ случаѣ, эти заключительныя слова должны быть признаны просто-на-просто излишними: такъ и дѣлаютъ (какъ мы видѣли) французскіе юристы.

Однако, всё это сужденіе намъ кажется достаточнымъ и удовлетворительнымъ только съ догматической т. зр., т. е. единственно лишь въ смыслѣ правильности догматическаго толкованія ст. 6 закона 25 мая 1838 г. Напротивъ, оно насъ *совсѣмъ не удовлетворяетъ*, поскольку мы задумываемся надъ вопросомъ: *по какой всетаки причинѣ*—не догматической, а такъ сказать, *психологической*: мы имѣемъ въ виду процессъ образованія закона 25 мая 1838 г.—эти слова (*et autres actions possessoires etc.*) оказались включенными въ текстъ его ст. 6¹.

Попробуемъ, поэтому, мысленно перенестись къ моменту составленія ст. 6 зак. 25 мая 1838 г., чтобы постичь, насколько возможно, процессъ образованія указанной статьи.

Какъ мы уже говорили, редакторы закона 25 мая 1838 г., несомнѣнно, пользовались, въ качествѣ матеріала, п. 2 ст. 10 разд. III зак. 16—24 августа 1790 г.

Последній подвергся при этомъ весьма существенной *переработкѣ*: одни (извѣстные ему) виды possessорныхъ исковъ были изъяты изъ его текста, другіе, напротивъ,—новые—были въ него включены. Были между прочимъ изъяты: а) *des déplacements de bornes* и б) *des usurpations de... arbres, haies*. Были добавлены новые possessорныя иски: а) *des dénonciations de nouvel oeuvre* и б) *complaintes*.

Спрашивается теперь: какая судьба ждала эти „изъятые“ иски? Прежде всего, составители закона 25 мая 1838 г. ихъ модифицировали, превративъ: *des déplacements de bornes* въ *des actions en*

bornage *) и *des usurpations de... arbres, haies* въ *des actions relatives à la distance prescrite par la loi, les réglemens particuliers et l'usage des lieux, pour les plantations d'arbres ou de haies* **).

Затѣмъ, они помѣстили эти „изъятые“ изъ числа possessорныхъ исковъ (и модифицированные) иски, хотя и за оградю, окружающею область possessорныхъ исковъ (ст. 6¹),—но всетаки вблизи нея: на самой границѣ этой области (ст. 6²).

Почему, однако, по какимъ мотивамъ (хотя бы и неясно сознаннымъ) такъ именно поступили редакторы закона 25 мая 1838 г. *при размѣщеніи бывшаго въ ихъ распоряженіи матеріала по отдѣльнымъ п. п. ст. 6?* Произошло-ли это совершенно случайно, или же, напротивъ, было обусловлено извѣстными внутренними (логическими или даже психологическими) причинами?

Мы лично объясняемъ это слѣдующимъ образомъ.

Несмотря на то, что иски, упоминаемые ст. 6² (не будучи тождественными *des déplacements de bornes* и *des usurpations de arbres, haies*) не являются болѣе (съ точки зрѣнія франц. законодателя) *подлинными* possessорными исками, тѣмъ не менѣе въ отношеніи ихъ сохранилась, прежде всего, извѣстная *историческая традиція*. Она говоритъ объ ихъ, такъ сказать, „*possessorномъ*“ происхожденіи и, напоминая о немъ,—объ ихъ близкомъ (нѣкогда) родствѣ съ possessорными исками,—по крайней мѣрѣ, отчасти все еще сближаетъ ихъ съ ними.

Такое сближеніе къ тому же *крайне облегчается еще тѣмъ*, что самое понятіе possessорнаго иска (какъ въ исторіи французскаго права, такъ и въ области его догмы) *точно не установлено*: контуры possessорнаго иска въ этомъ правѣ не очерчены съ достаточною опредѣленностью, а самое содержаніе его (точнѣе, содержаніе отдѣльныхъ possessорныхъ исковъ) *крайне неоднородно* и пр. Содержаніе же собственно исковъ, упоминаемыхъ въ ст. 6²,—въ извѣстныхъ (и, замѣтимъ, самыхъ существенныхъ) отношеніяхъ—весьма напоминаетъ содержаніе подлинныхъ possessорныхъ исковъ французскаго права (ст. 6¹), такъ какъ, даже при бѣгломъ анализѣ тѣхъ и другихъ исковъ, у нихъ обнаруживаются нѣкоторыя общія (и при томъ, повидимому, болѣе важныя) черты.

Въ самомъ дѣлѣ.

Если *des entreprises commises... sur les cours d'eau, нарушая* владѣніе участкомъ *сосѣда-собственника*, или если сооруженіе по-

*) Объ этомъ мы уже выше говорили.

**) См. ст. 6² зак. 25 мая 1838 г.

ваго строенія (pouvel oeuvre), угрожая только нарушить сосѣднее владѣнiе, даютъ, согласно ст. 6¹, *материально-правовое основанiе для вчиненiя possessорныхъ исковъ*,—то почему бы не признать того же, т. е. что имѣются на лицо *вполнѣ достаточныя условiя для предъявленiя possessорныхъ исковъ* и въ случаяхъ *нарушенiй границъ или угрозъ таковыми нарушенiями*, а равно и въ случаяхъ несоблюденiя правилъ касательно *посадки деревьевъ или устройства изгородей* (ст. 6²)? Вѣдь и въ этихъ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 6², сосѣднiя владѣнiя оказываются *нарушенными* или, по крайней мѣрѣ, *явно угрожаемыми!* Съ этой точки зрѣнiя, въ указанныхъ случаяхъ имѣются *точно такiя же основанiя (не меньшiя—во всякомъ случаѣ) для допущенiя предъявленiя possessорныхъ исковъ*, какъ и въ случаяхъ *des entreprises или des dénonciations de nouvel oeuvre*.

По этимъ соображенiямъ конструкцiю исковъ, перечисленныхъ въ ст. 6², какъ possessорныхъ исковъ, слѣдовало бы признать столь же правильною (откровенно говоря, столь же неправильною,—а во всякомъ случаѣ, не болѣе неправильною), какъ и конструкцiю *des entreprises или des dénonciations de nouvel oeuvre*, въ качествѣ possessорныхъ исковъ.

То же слѣдуетъ сказать въ отношенiи исковъ, предусмотрѣнныхъ ст. 6³. Она гласитъ: *Des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'article 674 du Code civil, lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées*. Нарушенiя правилъ, установленныхъ статьею 674 Code civil въ интересахъ сосѣда (*pour éviter de nuire au voisin*),—для нѣкоторыхъ строенiй и работъ (*pour certaines constructions и travaux*),—можно, казалось бы, съ полнымъ основанiемъ считать случаями, очень напоминающими тѣ случаи, когда примѣняются *des dénonciations de nouvel oeuvre*. Въ соответствiи съ этимъ, *des actions relatives aux constructions et travaux etc.* вполнѣ было бы возможно (а въ силу принципа послѣдовательности—даже слѣдовало бы) также конструировать, какъ possessорные иски.

Изъ всего сказаннаго мы заключаемъ, что и *историческая традиция*, и *догматическая неопредѣленность* понятiя possessорнаго иска во французскомъ правѣ и, наконецъ, *внутреннее сходство* (въ отношенiи содержанiя) исковъ, предусмотрѣнныхъ ст. 6¹, съ исками, перечисленными въ ст. 6²⁻³,—все это ведетъ само собою, неизбѣжно и почти автоматически (по законамъ логики и психологии), къ сближенiю, до известной степени, и объединенiю между собою тѣхъ и другихъ исковъ.

Конечно, разъ кругъ possessорныхъ исковъ уже замкнутъ статьею 6¹, иски, предусмотрѣнные ст. 6²⁻³, нельзя болѣе относить къ числу possessорныхъ исковъ. *Et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année*—это, разумѣется, не они, потому что для ихъ предъявленiя не предписано соблюденiя годичнаго срока! Но что же изъ этого? Если иски, перечисленные въ ст. 6²⁻³, нельзя назвать подлинными possessорными исками, или possessорными исками въ собственномъ смыслѣ этого слова, то ихъ можно назвать *неподлинными* possessорными исками, possessорными исками въ *несобственномъ* смыслѣ этого слова, *квази-possessorными, possessорнообразными и т. п.!*

Сказаннѣе вполнѣ объясняется, думаемъ мы, почему редакторы закона 25 мая 1838 г. именно такъ (а не иначе) размѣстили бывшiй въ ихъ распоряженiи материалъ по отдѣльнымъ п. п. ст. 6 этого закона: статью 6¹⁻³ они посвятили всецѣло possessорнымъ искамъ, такъ сказать, въ широкомъ смыслѣ этого слова,—отведя при этомъ ст. 6¹ специально подлиннымъ possessорнымъ искамъ, а ст. 6²⁻³—*неподлиннымъ* possessорнымъ искамъ. Благодаря описанному процессу образованiя ст. 6, „цѣлые куски этой статьи“ (какъ мы выше выразились), т. е. отдѣльные ея п. п. 1—3 оказались, дѣйствительно, до известной степени, какъ бы спаянными другъ съ другомъ общемою идеею, заложенною въ выраженiи: *et autres actions possessoires* (взятомъ, конечно, безъ дальнѣйшихъ заключительныхъ словъ ст. 6¹: *fondées sur des faits.... commis dans l'année* *).

Въ заключенiе этого §, считаемъ долгомъ еще отмѣтить, что наша интерпретацiя ст. 6¹⁻³, произведенная нами въ цѣляхъ познанiя ея общаго (основного) смысла и проч., вполнѣ совпала, какъ видимъ, съ интерпретацiею этой статьи, предложенною Garsonnet и выше нами изложенною. Ибо и названный авторъ считаетъ, что ст. 6¹⁻³ посвящена всецѣло possessорнымъ искамъ, среди коихъ онъ, равнымъ образомъ, различаетъ *actions possessoires proprement dites* (art. 6¹) и *autres actions.... qui rentrent même dans la compétence des juges de paix comme les actions possessoires, mais qui n'exigent pas les mêmes conditions..... qu'enumèrent les articles... 6² et 6³ de la loi du 25 mai 1838, mais qu'ils évitent de confondre avec les actions possessoires* **).

*) Кстати отмѣтимъ, что въ п. 2 ст. 10 разд. III зак. 16—24 августа 1790 г. этихъ заключительныхъ словъ: *fondées sur des faits etc.*, вовсе не было; названный пунктъ заканчивался прямо словами: *et de toutes actions possessoires*.

**) См. выше.

Въ этомъ заключается наше согласіе съ Garsonnet,—по въ сужденіяхъ нашихъ и названнаго автора по поводу ст. 6¹⁻³ имѣется также *принципіальное различіе*. Въ то время, какъ мы, критически оцѣнивая ст. 6¹⁻³, категорически высказываемся противъ предлагаемыхъ ею конструкций тѣхъ исковъ, кои она перечисляетъ, находя эти конструкции неправильными,—Garsonnet почти что ограничивается одною только интерпретаціею ст. 6¹⁻³ въ указанномъ смыслѣ, не заявляя какого либо протеста противъ самихъ этихъ *ошибочныхъ* конструкций, содержащихся въ названной статьѣ. Такъ, напр., онъ ничего не возражаетъ противъ отнесенія статьею 6¹ des entreprises etc. къ категоріи подлинныхъ посессорныхъ исковъ. Таково же отношеніе его къ конструированію закономъ 25 мая 1838 г. исковъ, упоминаемыхъ въ ст. 6²⁻³, какъ посессорныхъ исковъ въ несобственномъ смыслѣ этого слова.

Между тѣмъ *правильною* конструкціею исковъ, перечисляемыхъ статьею 6²⁻³, была бы конструкція ихъ, въ *качествѣ личныхъ, обязательственныхъ исковъ*.

Мы уже высказались въ этомъ смыслѣ по поводу les actions en bornage.

То же остается теперь сказать относительно юридической природы также другихъ исковъ ст. 6²⁻³. Матеріально-правовыми основаніями ихъ являются предписанія закона по поводу la distance..... pour les plantations d'arbres ou de haies, а также по поводу constructions et travaux,—предписанія закона, *примѣняемая во взаимныхъ отношеніяхъ между сосѣдями, собственниками смежныхъ участковъ*. Слѣдовательно, это также законныя ограниченія права собственности, или права сосѣдства,—вълѣдствіе чего и иски, направленные на защиту названныхъ правъ (de celles relatives à la distance prescrite par loi и des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'art. 674 du Code civil) должны быть конструируемы, равнымъ образомъ, какъ *личные, обязательственные иски*.

Закончивъ критическую оцѣнку ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о миров. судѣ, можно было бы приступить теперь къ изученію того вліянія, которое оказала эта, догматически столь несовершенная (какъ мы убѣдились), статья на конструкцію исковъ о правѣ участія частнаго, принятую нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ 1864 г.

Однако, мы уже знаемъ, что ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мир. судѣ прежде, чѣмъ сдѣлаться источникомъ позаимствованій для ст. 6 нашего первоначальнаго Проекта и ст. 29, п. 5 Уст. гражд. суд., *подвергалась еще рецепціи итальянскимъ* (онъ же сардинскій) *уставомъ гражд. суд.* А такъ какъ послѣдній, наряду съ франц. процессуальной системой, также является источникомъ происхожденія нашей системы, то намъ кажется вполне естественнымъ предварительно ознакомиться еще съ результатами рецепціи ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. названнымъ итальянскимъ процессуальнымъ кодексомъ.

Сказаннымъ опредѣляется въ общихъ чертахъ содержаніе слѣдующаго § этой книги.

§ 14. Рецепція ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ уставами гражданскаго судопроизводства: сардинскимъ (1854 г.) и итальянскимъ (1859 г.).— Измѣненія, коимъ подверглась эта статья въ названномъ процессѣ рецепціи; ихъ критическая оцѣнка.

Согласно приведенному нами выше свидѣтельству „Сравнительнаго указателя“, источникомъ происхожденія ст. 29 Устава гражд. суд. надлежитъ считать, кромѣ французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ (и ст. 23. Code de procédure civile *), также уставъ гражд. судопр. итальянскаго королевства 1859 г.

Въ виду этого, намъ слѣдовало бы обратиться теперь къ изученію тѣхъ постановленій итальянскаго устава, кои также могли послужить, на ряду со ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г., матеріаломъ при составленіи п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 нашего Уст. гр. суд.

Необходимо, однако, предварительно принять во вниманіе слѣдующее.

Итальянскій уставъ гражд. судопроизводства (дѣйствовавшій съ 1859 г. въ бывшемъ Сардинскомъ королевствѣ) былъ, въ сущности, „не новымъ, а прежнимъ сардинскимъ уставомъ 1854 г. **), съ тѣми измѣненіями и дополненіями, которыя внесены въ него вълѣдствіе неудобствъ, обнаруженныхъ на практикѣ пятилѣтнимъ примѣненіемъ прежняго закона. Въ промежутокъ времени съ 1854 по 1859 годъ судебныя мѣста и лица королевства представляли министерству юстиціи замѣчанія о недостаткахъ, какіе опыты обна-

*) А равно и закона о судоустройствѣ женеваго кантона (см. выше).

**) Курсивъ нашъ.

ружилъ въ уставѣ 1854 г.; эти то замѣчанія, выразившія такъ сказать мнѣніе страны о томъ, насколько уставъ удовлетворялъ ея нуждамъ и отвѣчалъ требованіямъ правосудія, послужили основаніемъ измѣненій, которыя мы находимъ въ новомъ уставѣ^{*)}, т. е. въ итальянскомъ уставѣ гражд. суд. 1859 г.

Но этотъ сардинскій уставъ 1854 г., въ свою очередь, представлялъ собою, какъ мы уже имѣли случай отмѣтить^{**}), не болѣе, какъ переработку французской гражданской процессуальной системы.

Благодаря сказанному, выясняется такой процессъ рецепціи французскихъ цивильно-процессуальныхъ законовъ: сперва они были реципированы сардинскимъ уставомъ, затѣмъ—при его посредствѣ, итальянскимъ уставомъ^{***}) и, наконецъ,—при содѣйствіи (быть можетъ, обоимъ названнымъ уставомъ, а во всякомъ случаѣ) послѣдняго изъ нихъ,—также нашимъ уставомъ гражд. судопр.

Естествененъ, поэтому, тотъ интересъ, который долженъ представлять для насъ не только итальянскій, но и сардинскій уставъ гражд. суд.

Къ этому послѣднему мы теперь и обратимся.

Ст. 6 сардинскаго устава^{****}), воспроизводившая ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ, гласила такимъ образомъ:

„Исполнительные судьи^{*****}) разрѣшаютъ, кромѣ того, на какую бы то ни было сумму: 1) споры объ убыткахъ или ущербахъ, причиненныхъ *въ теченіе года* по владѣнію поземельною собственностью, посѣвами, растениями и плодами; 2) споры о перенесеніи *въ теченіе года* межевыхъ знаковъ и оградъ, и о завладѣніи землею и деревьями; 3) споры по устройству водъ, каналовъ, отводовъ воды или рвовъ, также *въ теченіе года*; 4) споры о пользованіи вообще (см. также статьи 445, 446, 1505, 1506 и 1507-ю гражд. устава); 5) споры о разстояніяхъ, установленныхъ законами или мѣстными

*) См. „Матеріалы“, т. XXXV, стр. I.

***) См. выше.

****) Какъ извѣстно, французская процессуальная система была заимствована также другими государствами. Однако, мы не останавливаемъ на этомъ нашего вниманія, потому что вопросъ объ ея рецепціи въ столь широкомъ масштабѣ сейчасъ не представляетъ для насъ интереса.

*****) См. „Матеріалы“, т. XXXIII. Уставъ гражданского судопроизводства Сардиніи.

*****) Или: „мирные судьи“.

обычаями, для посадки деревьевъ или устройства оградъ, когда право собственности не оспаривается, а равно — для обрѣзыванія вѣтвей или корней дерева, по 606-й ст. гражданскаго устава; 6) о проведеніи и розысканіи границъ, когда право собственности не оспаривается“.

Подобно статьѣ 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ, приведенной статьѣ 6 сардинскаго устава также предшествуютъ статьи (1 и слѣд.), относящія къ вѣдомству „исполнительныхъ судей“ (они-же „мирные“) „иски личные и о движимомъ имуществѣ“. Такъ, согласно ст. 1 сардинскаго устава, „исполнительные судьи разрѣшаютъ иски личные и о движимомъ имуществѣ до 300 ливровъ включительно“; по нѣкоторымъ предметамъ, какъ то: споры между держателями гостинницъ и т. п. и путешественниками, споры между путешественниками и извозчиками и проч.—они „разматриваютъ, въ качествѣ суда первой степени, иски и свыше 300 ливровъ, разрѣшаемые окончательно провинціальными судами“ (ст. 2). „Все споры, не превосходящія по цѣнѣ иска 100 ливровъ“, „исполнительные судьи разрѣшаютъ окончательно“ (ст. 8). Въ случаяхъ-же, означенныхъ въ ст. 6-й, апелляція на рѣшеніе исполнительныхъ судей допускается, какъ общее правило^{*)}).

Далѣе. Аналогично ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ, ст. 6 сардинскаго устава начинается словами: „Исполнительные судьи разрѣшаютъ, кромѣ того“ и проч. и проч.

Наконецъ, сардинскимъ уставомъ, также точно, какъ и франц. закономъ 25 мая 1838 г. о миров. судѣ, къ вѣдомству исполнительныхъ судей не отнесены споры о правѣ собственности на недвижимыя имущества.

Въ виду всего сказаннаго (наличія сходства между системами сардинскаго устава и франц. закона 25 мая 1838 г.) можно также ожидать, что ст. 6 сардинскаго устава посвящена спеціально посессорнымъ искамъ (подлиннымъ и неподлиннымъ)—въ смыслѣ ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г.

Обратимся, однако, къ болѣе близкому ознакомленію съ содержаниемъ отдѣльныхъ пунктовъ ст. 6 сардинскаго устава:

Пунктъ 1-ый. Повидимому, источникомъ этого пункта надо считать отнюдь не ст. 6 франц. зак. 25 мая 1838 г., а ст. 51

*) Исключая, согласно ст. 8, „только случая, когда истецъ, ограничиваясь убытками и не оспаривая владѣнія или пользованія, требовалъ не болѣе 100 ливровъ“.

закона, согласно коей къ вѣдомству мировыхъ судей были (между прочимъ) отнесены: *des actions pour dommages faits aux champs, fruits et récoltes, soit par l'homme, soit par les animaux.* На такое именно происхождение настоящаго пункта ст. 6 сардинскаго устава указываютъ, думается намъ, слѣдующія (встрѣчающіяся въ его текстѣ) слова: „по владѣнiю поземельною собственностью, посѣвами, растенiями и плодами“,—являющiяся отчасти передѣлкою, отчасти прямымъ переводомъ приведенныхъ сейчасъ нами словъ французскаго закона: „*au champs, fruits et récoltes.*“ Но есть и особенность въ сопряженiи этихъ словъ съ другими словами текста ст. 6¹ сардинскаго устава, по сравненiю съ тѣмъ, какъ сопряжены соответствующiя имъ слова въ текстѣ ст. 5¹ франц. закона 25 мая 1838 г. Въ послѣдней аух *champs, fruits et récoltes* отнесены къ *dommages (pour dommages faits aux champs etc).* Напротивъ, въ первой изъ названныхъ статей слова: „поземельною собственностью, посѣвами, растенiями и плодами“ приурочены не къ словамъ: „объ убыткахъ или ущербахъ, причиненныхъ“ и проч., а къ выраженiю: „*по владѣнiю*“, вовсе неизвѣстному, кстати сказать, ст. 5¹ франц. зак. 25 мая 1838 г.

Зачѣмъ, однако, было включено это самое выраженiе: „по владѣнiю“, въ текстъ ст. 5¹ названнаго закона (или точнѣе, ст. 6¹ сардинскаго устава),—и съ какою цѣлью былъ соответвенно измѣненъ (сейчасъ указаннымъ нами образомъ) текстъ ст. 5¹? Произшло ли это совершенно случайно? Съ увѣренностью отвѣтить на эти вопросы—мы не беремъ. Но думаемъ, что отнюдь не исключена возможность того, что составители сардинскаго устава нарочно измѣнили (описаннымъ способомъ) текстъ ст. 5¹ франц. закона и, въ частности, восполнили этотъ текстъ словами: *по владѣнiю*,—съ тою именно цѣлью, дабы сообщить названному ими *поссessorный характеръ*. Это соображенiе наше находить себѣ весьма серьезное подкрѣпленiе въ томъ обстоятельстве, что и для предьявленiя указанныхъ „споровъ объ убыткахъ или ущербахъ“ установленъ въ ст. 6¹ сардинскаго устава *годовой срокъ*—совершенно также, какъ это опредѣлено ст. 6¹ франц. закона 25 мая 1838 г. (въ согласiи со ст. 23 *Code de procédure civile*) для вчиненiя упоминаемыхъ ею подлинныхъ *поссessorныхъ исковъ*.

Но центръ тяжести, однако, не въ этомъ, а въ томъ, что *des actions pour dommages*, какъ были *личными, обязательственными исками*, такъ и остались ими, т. е. *личными, обяза-*

тельными исками, и послѣ того, какъ онѣ попали въ ст. 6 сардинскаго устава подъ именемъ: „споровъ объ убыткахъ или ущербахъ“ и проч., и даже не смотря на всѣ эти (нами перечисленные) модификаци (произведенныя составителями сардинскаго устава) текста ст. 5¹ франц. закона 25 мая 1838 г.

Слѣд., для исковъ „объ убыткахъ или ущербахъ“ было выбрано мѣсто, въ системѣ сардинскаго устава, въ концѣ концовъ, менѣе удачное, чѣмъ то, которое занимали аналогичныя имъ иски во франц. законѣ 25 мая 1838 г.

Равнымъ образомъ, обусловивъ подвѣдомственность настоящихъ исковъ исполнительнымъ судьямъ предьявленiемъ ихъ въ годичный срокъ (требованiе, вовсе неизвѣстное франц. закону 25 мая 1838 г. въ отношенiи *des actions pour dommages etc.*), составители сардинскаго устава не только не усовершенствовались, а даже *явно ухудшили* ст. 5¹ франц. закона. Ибо этемъ они достигли лишь того, что получилась такого рода *несообразность*: споры объ убыткахъ или ущербахъ, хотя и предусмотрѣнные ст. 6¹ устава, не подлежатъ вѣдомству исполнительныхъ судей, какъ бы ни была незнакома сумма убытковъ или ущербовъ (напр., нѣсколько ливровъ), если только прошло болѣе года со времени ихъ причиненiя. Но на чѣмъ же, на какомъ *собственно raison d'être* это основано? Вѣдь *поссessorные*, или *владѣльческiе* иски не могутъ быть предьявляемы, по истеченiю года, у мировыхъ судей лишь потому, что иски этого рода вообще должны быть предьявляемы—въ силу извѣстныхъ соображенiй—непремѣнно въ указанный годичный срокъ (ст. 23 *Code de procédure civile*); съ истеченiемъ же года, допускается вчиненiе однихъ только *петиторныхъ исковъ*, кои, *будучи принципиально отличными отъ поссessorныхъ исковъ*, вовсе (независимо отъ срока ихъ предьявленiя) не подлежатъ вѣдомству мировыхъ судей. Напротивъ, иски объ убыткахъ или ущербахъ, упоминаемые въ ст. 6¹ сардинскаго устава, *остаются все тѣми же личными, обязательственными исками*—все равно, когда бы они не вчинялись, т. е. до или по истеченiю годичнаго срока. Слѣдовательно, не имѣлось *достаточнаго основанiя* къ тому, чтобы устанавливать, какъ это дѣлаетъ ст. 6¹ сардинскаго устава, въ качествѣ условiя ихъ подвѣдомственности исполнительнымъ судьямъ, требование вчиненiя ихъ въ теченiе года. Вѣдь иски объ убыткахъ или ущербахъ, упоминаемые въ этой ст. 6¹ *срока не перестаютъ*

ихъ, за истеченіемъ годичнаго срока, изъ вѣдомства исполнительныхъ судей.

Составители сардинскаго устава этого просто не поняли, а потому и приспособили указанный годичный срокъ къ искамъ, упоминаемыхъ ими въ ст. 6¹ сего устава, безъ всякаго на то основанія.

Поэтому, пунктъ 1-ый ст. 6 сардинскаго устава считать удачнымъ никакъ нельзя.

Пунктъ 2-ой. Если признавать, что ст. 6 сардинскаго устава конструируетъ перечисляемые ею иски въ качествѣ посессорныхъ исковъ (въ собственномъ и несобственномъ смыслѣ этого слова), то настоящей пунктъ этой статьи надлежитъ считать какъ бы центромъ всего вообще ея содержанія.

Дѣло въ томъ, что иски, упоминаемые ст. 6² сардинскаго устава, суть, несомнѣнно, *подлинныя посессорныя иски*. Въ особенности, это нужно сказать относительно „споровъ... о завладѣніи землею и деревьями (?)“ *).

Но и „споры о перенесеніи... межевыхъ знаковъ и оградъ“ являются, равнымъ образомъ, посессорными исками. Во французскомъ правѣ имъ соотвѣтствуютъ *des déplacements de bornes* (п. 2 ст. 10 разд. III зак. 16 — 24 августа 1790 г.), но отнюдь не *les actions en bornage* (ст. 6² зак. 25 мая 1838 г.). Въ сардинскомъ уставѣ этимъ послѣднимъ искамъ отведено мѣсто лишь въ 6-мъ пунктѣ его ст. 6 (см. ниже).

*) Нѣсколько странное и даже невыгодное впечатлѣніе производитъ это слово: „деревьями“! Къ чему, въ самомъ дѣлѣ, оно понадобилось? Развѣ не было бы вполне достаточнымъ сказать: „о завладѣніи землею“, не добавляя къ этому выраженію еще: „и деревьями“? Замѣтимъ, однако, что слово: деревья, упоминается не въ одномъ только п. 2 ст. 6 сардинскаго устава, но и въ другихъ также п. п. названной статьи. Прежде всего, въ ст. 6¹ этого устава говорится (какъ мы уже знаемъ): „по владѣнію поземельною собственностью (=землею)... растениями и плодами“, — что, въ сущности, равносильно: „деревьями“. Затѣмъ, это слово встрѣчается еще въ п. 5 настоящей 6 статьи сардинскаго устава, и при томъ — дважды: „для посадки *деревьевъ*... а равно — для обрѣзыванія вѣтвей или корней *деревя*“. Можно думать, что настоящее словечко является чѣмъ-то въ родѣ звена, связующаго отдѣльные пункты ст. 6 сардинскаго устава и какъ бы намекающаго на однородность, конечно, лишь воображаемую, исковъ, перечисляемыхъ этою статью. Но если это такъ, то придумано это, надо сказать, весьма неискусно. Впрочемъ, о *вполнѣ сознательномъ* дѣйствіи составителей сардинскаго устава въ описанномъ направленіи, само собою разумѣется, говорить не приходится.

Пунктъ 3-ий. Онъ называетъ „споры по устройству водъ, каналовъ, отводовъ воды или рвовъ, также въ теченіе года“. Допустимо, что содержаніе этого пункта было навѣяно какъ начальными словами ст. 6¹ франц. закона 25 мая 1838 г.: *Des entreprises com-mises dans l'année sur les cours d'eau etc, такъ и* словами второй части ст. 5¹ того-же закона: *et de celles relatives... au curage, soit des fossés, soit des canaux servant à l'irrigation des propriétés ou au mouvement des usines etc.*

Являются-ли иски, перечисляемые ст. 6³ сардинскаго устава, посессорными исками? Съ точки зрѣнія правильной догмы, они таковыми, конечно, не являются: ихъ надо считать, повидимому, исками сосѣдскаго права. Однако, если мириться съ тѣмъ, какъ *ошибочная догматика* ст. 6¹ франц. закона превращаетъ *des entreprises etc. etc.* въ посессорныя иски, то въ такомъ случаѣ ничего нельзя возразить противъ отнесенія къ этой категоріи исковъ также и исковъ, упоминаемыхъ ст. 6³ сардинскаго устава. И надо думать, что именно такого взгляда на счетъ юридической природы указанныхъ исковъ держится также названная статья. По крайней мѣрѣ, она *многозначительно* говоритъ: „споры по устройству водъ, каналовъ и т. п.... *также въ теченіе года*“!

Пунктъ 4-ый. Настоящій пунктъ ссылается на ст. ст. 445, 446, 1505, 1506 и 1507-ю гражд. устава. Къ сожалѣнію, въ нашемъ распоряженіи не имѣется названнаго гражд. устава. Въ виду этого, мы считаемъ наиболѣе правильнымъ совершенно воздержаться отъ сужденій по существу ст. 6⁴ сардинскаго устава.

Пункты 5-ый и 6-ой. Статья 6⁵⁻⁶ сардинскаго устава почти въ точности воспроизводитъ содержаніе ст. 6² франц. закона 25 мая 1838 г. *). Поэтому, сказанное нами по поводу исковъ, перечисленныхъ послѣднею статьею, могло бы быть полностью повторено также въ отношеніи исковъ, упоминаемыхъ настоящими пунктами. Такимъ образомъ, мы думаемъ, что споры, называемые ст. 6⁵⁻⁶ сардинскаго устава, съ точки зрѣнія правильной догмы, должно разсматривать въ качествѣ личныхъ или обязательственныхъ исковъ, направленныхъ на защиту сосѣдскихъ правоотношеній, хотя бы составители сардинскаго устава были склонны, подобно редакторамъ франц. закона 25 мая 1838 г., конструировать эти иски, какъ посессорные — неподлинныя — иски.

*) А отчасти также ст. 5¹ этого же закона.

Таковы тѣ измѣненія, коимъ подверглась ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о миров. судѣ, при реценціи ея сардинскимъ уставомъ 1854 г.

Обращаемся теперь къ итальянскому уставу.

Въ уставѣ гражд. судопр. итальянскаго королевства 1859 г. статья 6 сардинскаго устава соотвѣтствовала ст. 5-ая.

Эта статья гласила такимъ образомъ *):

„Участковые судьи разрѣшаютъ, кромѣ того, все иски, на какую бы то ни было сумму, если не прошло еще года со дня совершенія событія, послужившаго поводомъ къ возбужденію иска, въ слѣдующихъ четырехъ случаяхъ: а) по спорамъ о потравахъ и вообще объ ущербахъ и убыткахъ въ сельскихъ угодьяхъ, живыхъ заборахъ и изгородяхъ, фруктовыхъ и другихъ деревьяхъ; объ измѣненіи границъ владѣнія, о захватѣ земель, деревьевъ и оградъ; объ измѣненіи владѣній, по случаю перемѣны теченія рѣкъ; объ устройствѣ водъ, рововъ, каналовъ; объ ущербахъ, убыткахъ и всякихъ измѣненіяхъ, по владѣнію городскими угодьями; б) по спорамъ о правѣ пользованія; в) по спорамъ объ убыткахъ, которые могутъ произойти вслѣдствіе построекъ, посадки деревьевъ и отъ другихъ предметовъ и вообще отъ производства какихъ бы то ни было работъ на чужой землѣ, угрожающихъ истцу опасностью или убыткомъ; г) по спорамъ о разстояніяхъ, установленныхъ законами, наказами, или же мѣстными обычаями, для посадки деревьевъ, устройства оградъ, а равно для обрѣзыванія вѣтвей или корней деревьевъ, череростающихъ въ предѣлы чужого владѣнія“.

По своему содержанию, приведенная статья итальянскаго устава является, въ сущности говоря, лишь простымъ повтореніемъ (копіею) ст. 6 сардинскаго устава, съ содержаніемъ которой мы сравнительно подробно только что познакомились. Поэтому, останавливаться на отдѣльныхъ пунктахъ ст. 5 итальянскаго устава нѣтъ болѣе надобности.

Однако, необходимо всетаки отмѣтить *нѣкоторыя особенности* общей редакціи (и конструкціи) ст. 5 итальянскаго устава, по сравненію какъ со ст. 6 сардинскаго устава, такъ и со ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ.

Ст. 6 сардинскаго устава, а равно и ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. требуютъ соблюденія (при предъявленіи искомъ)

*) См. „Матеріалы“, т. XXXV. Итальянскій уставъ гражд. судопр., русскій переводъ кн. М. С. Волконскаго, изданіе Госуд. Канцеляріи.

голичнаго срока (*dans l'année*) въ отношеніи только *нѣкоторыхъ изъ перечисляемыхъ ими искомъ* (это — „споры“, упоминаемые ст. 6 сардинскаго устава въ п. п. 1 — 3, а также иски, называемые ст. 6 указаннаго франц. закона въ п. 1). Въ примѣненіи же къ прочимъ искамъ, перечисляемымъ ст. 6 сардинскаго устава и ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г., ни та, ни другая статья не упоминаютъ болѣе объ этомъ требованіи, — но за то онѣ выставляютъ *другое*: отсутствіе спора о правѣ собственности („когда право собственности не оспаривается“ — п. п. 5 и 6 ст. 6 сардинскаго устава *) и „*lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ou la mitoyenneté du mur ne sont pas contestés*“ — п. п. 2 и 3 ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г.).

Совершенно иное отношеніе къ указаннымъ требованіямъ со стороны ст. 5 итальянскаго устава.

Во-первыхъ, эта статья *распространяетъ* требованіе соблюденія годичнаго срока при предъявленіи искомъ на *всѣ, безъ исключенія*, „споры“, ею упоминаемые. Она достигаетъ этого тѣмъ, что говоритъ о годичномъ срокѣ, уже въ первыхъ своихъ строкахъ, до перечисленія отдѣльныхъ (предусмотрѣнныхъ ею) „споровъ“. Такимъ образомъ, она начинается словами: „Участковые судьи разрѣшаютъ, кромѣ того, все иски, на какую бы то ни было сумму, если не прошло еще года со дня совершенія событія, послужившаго поводомъ къ возбужденію иска, въ слѣдующихъ четырехъ случаяхъ“ и т. п. и т. п.

Во-вторыхъ. Ст. 5 итальянскаго устава *вовсе не отмѣчаетъ* другого (сейчасъ нами названнаго) требованія статьи 6 сардинскаго устава и статьи 6 франц. закона 25 мая 1838 г. — отсутствія спора о правѣ собственности.

Таковы редакціонныя (и конструктивныя) особенности текста ст. 5 итальянскаго устава, по сравненію съ текстами ст. 6 сардинскаго устава и ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г.

Надо теперь сказать, что значеніе обѣихъ названныхъ особенностей *далеко не одинаково*.

Что касается, прежде всего, второй изъ этихъ особенностей, то она была обусловлена, можно думать, слѣдующими двумя причинами:

1) итальянскій уставъ, расширяя (сравнительно съ сардинскимъ) компетенцію „участковыхъ судей“, включилъ въ нее даже иски

*) Лишь п. 4 ст. 6 сардинскаго устава не упоминаетъ ни о томъ, ни о другомъ требованіи.

о недвижимомъ имуществѣ, цѣною не свыше предѣльной суммы (1000 лиръ *); естественно, что при этомъ условіи прежняя категорическая формула, напр., сардинскаго устава: „когда право собственности не оспаривается“, не могла быть сохранена, по крайней мѣрѣ, во всей своей неприкосновенности; 2) составители итальянскаго устава, даже вовсе исключая эту формулу, могли также руководиться тѣмъ (въ сущности, вполне правильнымъ) соображеніемъ, что „споры“, упомянутые, напр., въ пунктѣ 2 ст. 5 этого устава, по своей природѣ, не только принципиально отличны отъ споровъ о правѣ собственности (и слѣд., само собою разумѣется, не должны быть вовсе съ ними сопрягаемы), но даже вообще не основываются на самомъ правѣ собственности **).

Во всякомъ же случаѣ, какими бы причинами ни объяснять эту особенность ст. 5 итальянскаго устава (отсутствіе въ ней формулы „когда право собственности не оспаривается“), въ концѣ концовъ, надо всетаки признать, что указанная особенность какого либо существеннаго значенія вообще не имѣетъ.

Совсѣмъ иное должно сказать по поводу другой (выше поименованной) особенности ст. 5 итальянскаго устава, по поводу требованія этой статьи, чтобы всѣ, безъ исключенія, иски, ею предусмотрѣнные, вчинялись, непременно, не позже года „со дня совершенія событія, послужившаго поводомъ къ возбужденію иска“.

Выше, касаясь содержанія ст. 6 сардинскаго устава, мы уже отмѣтили наличіе въ ней *новыхъ*, еще неизвѣстныхъ франц. закону 25 мая 1838 г. (а равно и закону 16—24 августа 1790 г.), случаевъ примѣненія этого требованія о соблюденіи годичнаго срока,

*) Именно, согласно ст. 1 итальянскаго устава: „Участковые судьи разрешаютъ всѣ иски вещные, личные, о движимомъ и о недвижимомъ имуществѣ, гражданскіе и торговые на сумму до 1000 лиръ включительно, кромѣ случаевъ, кои закономъ отнесены къ вѣдомству другихъ учреждений“.

**) Составители итальянскаго устава были, повидимому, какъ разъ противоположнаго мнѣнія относительно юридической природы и существа, дѣла о проведеніи и розысканіи границъ, о коихъ говорится уже въ ст. 6 (а не 5-ой) этого устава; они, вѣроятно, считали, что съ настоящими дѣлами неразрывно сопряженъ споръ о правѣ собственности (ср. дѣйствительно, до извѣстной степени, — *actio finium regundorum*), и потому выдѣлили ихъ въ особую, самостоятельную ст. 6, гласившую: „Наконецъ, участковые судьи вѣдаютъ дѣла о проведеніи и розысканіи границъ, когда споръ о правѣ собственности, не превышаетъ 1000 лиръ“. Припомнимъ, что въ сардинскомъ уставѣ „спорамъ о проведеніи и розысканіи границъ“ не было отведено спеціальной статьи; о нихъ упоминалъ п. 6 ст. 6-ой этого устава.

установленнаго французскимъ законодательствомъ для предъявленія поссessorныхъ исковъ. Мы говоримъ, конечно, о „спорахъ“, предусмотрѣнныхъ п. 1 и отчасти п. 3 поименованной ст. 6 сардинскаго устава.

Указанные „споры“ (и вмѣстѣ съ тѣмъ, случаи примѣненія годичнаго срока) упоминаются, какъ и слѣдовало ожидать, также ст. 5 итальянскаго устава (въ п. а этой статьи). Но, сверхъ того, она называетъ (конечно, также сопрягая съ требованіемъ годичнаго срока): „споры о правѣ пользованія“ (п. б.), „споры объ убыткахъ, которые могутъ произойти вслѣдствіе..... посадки деревьевъ и отъ другихъ предметовъ“ и т. п. (п. в), „споры о разстояніяхъ, установленныхъ..... для посадки деревьевъ, устройства оградъ, а равно для обрѣзыванія вѣтвей или корней деревьевъ, переростающихъ въ предѣлы чужого владѣнія“ (п. г.), и проч. Такимъ образомъ, на основаніи ст. 5 итальянскаго устава, *всѣ, безъ исключенія*, „споры“ или иски (ею перечисляемые) оказываются *неподвѣдомственными болѣе участковымъ судьямъ, коль скоро истекъ уже годичный срокъ, установленный названною статьею для предъявленія ихъ этимъ судьямъ*.

Однако, тѣ иски изъ числа предусмотрѣнныхъ ст. 5 итальянскаго устава, къ коимъ ею примѣнено *впервые* требованіе соблюденія годичнаго срока, при предъявленіи ихъ участковымъ судьямъ, являются, съ т. зр. истинной догмы, несомнѣнно, личными или обязательственными исками. А примѣненіе указаннаго требованія (на счетъ годичнаго срока) къ искамъ *этого рода*—какъ мы выше объяснили—*явно нецѣлесообразно!*...

Уже не повторяя болѣе вышеприведенныхъ соображеній по этому предмету, мы позволимъ себѣ лишь отослать читателя къ упомянутымъ соображеніямъ, а, въ особенности, къ тѣмъ изъ нихъ, кои нами были уже высказаны, при обсужденіи содержанія ст. 6¹ сардинскаго устава.

Если, однако, это нововведеніе ст. 5 итальянскаго устава столь несостоятельно, то *чѣмъ же (какими причинами) въ такомъ случаѣ оно было вызвано?* Быть можетъ, составители этой статьи желали сообщить, при посредствѣ настоящаго нововведенія, всѣмъ поименованнымъ ею искамъ явно поссessorный характеръ?

Выше, изучая ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г., мы пришли къ тому заключенію, что ей была присуща слѣдующая (ошибочная) догматика: она различала подлинныя поссessorныя иски отъ неподлинныхъ, считая и постановляя (въ согласіи со ст. 23 Code de

procédure civile), что первые иски могут быть предъявляемы только в годичный срок и что, напротив, вчинение вторых не обусловлено соблюдением этого срока. Составители же ст. 5 итальянского устава постановили, что все вообще иски, предусмотренные этой статьей, должны быть предъявляемы, непременно, в годичный срок, имея, быть может, как раз намерение придать этим своим постановлением подлинный possessорный характер уже всем, без изъятия, указанным искам? *).

Впрочем, довольно трудно вообще гадать о том, какую собственно догматикой руководились редакторы итальянского устава, составляя ст. 5 этого устава, а равно и редакторы сардинского устава, сочиняя его ст. 6. Но, скорбе всего—никакую специальною догматикой они при этом не руководились! Вероятно, они просто (и почти механически) реципировали ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г., вовсе не задумываясь над самою догмой предусмотренных ею исков, но подвергая ей текст, вообще говоря, случайным видоизменениям, почему либо казавшимся им удачными.

В частности, составители ст. 5 итальянского устава, распространяя применение требования годичного срока на все, без изъятия, иски названной статьи, стремились при этом, можно думать, не больше, как лишь к одной унификации (в указанном направлении)—к унификации, недостававшей, по их мнению, ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г.

Хотя результаты такой унификации и оказались, как мы убедились, весьма печальными, однако ответственность за них, по справедливости, нельзя возлагать всецело на одних лишь составителей ст. 5 итальянского устава. Правда, реципируя ст. 6 франц. зак. 25 мая 1838 г., они пошли по совершенно неверному пути, но на этот путь их, так сказать, толкнула сама же ст. 6 названного закона.

Припомним, что эта статья крайне дефектна, что она приводит много исков, отнюдь не однородных, но юридически весьма различных, что она, тем не менее, находит возможным их сближать и даже (так или иначе) объединять. Именно, как мы выше указывали, ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. явно проникнута тенденцией к сближению и объединению всех перечис-

*) Т. е. и тем из них, кои по ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. являлись possessорными исками лишь в несобственном смысле этого слова.

ляемых ею исков. На первый взгляд, это ей как будто бы даже удастся; но на самом деле, она достигает этого лишь тем, что мнимо-юридически конструирует названные иски (как подлинные и неподлинные possessорные иски).

Однако, так как самое понятие possessорного иска, принятое настоящею статьею, неясно, сбивчиво и даже просто ошибочно, то основною идеею, объединяющею все эти разнообразные и неоднородные иски, ею упоминаемые, надлежит считать, в конце концов, отнюдь не указанное понятие possessорного иска (или вообще какое-либо строго юридическое понятие), а простое житейское представление приблизительно такого содержания:

Два собственника-соседа живут на своих участках—владеют ими. Сперва в их взаимных отношениях господствуют мир и согласие, но вот один из них начинает беспокоить другого. Это беспокойство может проявляться в самых разнообразных формах,— то, как действительное нарушение владения в точном юридическом значении этого выражения, так что в данном случае вполне можно было бы вчинить possessорный иск (int. uti possidetis либо int. de vi), то, как „нарушение“ владения в особом, не-техническом смысле этого слова,—а именно: один из соседей, собственников смежных участков, устраивает за пруды на реке, протекающей через его владения и владения его соседа, „потопляя луга и пашни (последнего) и останавливая действие его мельницы“ *) и проч., или же он строит здание, хотя и на своем участке, но угрожающее вредом соседней постройке и т. п., или спорит о границах своих владений и возбуждает вопрос о размежевании, или не соблюдает предписания закона о расстоянии для посадки деревьев, или—наконец—не выполняет правил, установленных статьею 674 Code civil для некоторых строений и работ—в интересах соседа: pour éviter de nuire au voisin.

Все эти casus-ы, конечно, не дают повода для вчинения подлинных possessорных исков. Не являясь же материально-правовыми основаниями для предъявления указанных исков, они не подлежат, казалось бы, и отнесению к какой-либо единой группе, за недостатком такой основной идеи (всем им присущей), которая бы их объединила. Но вот нужная идея, обладающая подобными свойствами, на самом деле, оказывается найденною!

*) См. зак. т. X, ч. 1, ст. 442 и франц. зак. 25 мая 1838 г. о мировом суде, ст. 61.

Во-первыхъ, во всѣхъ этихъ (нами перечисленныхъ) случаяхъ имѣется на лицо *вполнѣ однородная обстановка*, въ которой они свершаются. Это — область взаимныхъ сосѣдскихъ отношеній, *ошибочно* кажущихся, кстати сказать, неискушенному въ юридическихъ тонкостяхъ, *житейскому* мышленію чѣмъ-то вродѣ *по-земельныхъ* (т.-е. вещныхъ) отношеній *).

Во-вторыхъ, во всѣхъ указанныхъ случаяхъ можно констатировать наличие *нарушенія* однимъ сосѣдомъ владѣнія другого, въ сейчасъ отмѣченномъ нами особомъ, не-техническомъ смыслѣ этого слова.

Въ это понятіе: *нарушеніе*, взятое въ столь широкомъ масштабѣ, войдутъ, такимъ образомъ, *даже однѣ только угрозы вредомъ* (при *operis novi nuntiatio*) и *одни лишь пограничные споры* между сосѣдами и всякія вообще *безпокойства*, чинимыя однимъ сосѣдомъ другому.

Благодаря сказанному, уже какъ бы сама собою напрашивается, можно сказать, идея объ *объединеніи* перечисленныхъ *casus'овъ* (а равно и исковъ, предъявляемыхъ при ихъ наличіи), *идея сближенія ихъ между собою и подчиненія ихъ однимъ и тѣмъ же правиламъ* (идея ихъ *унификаціи*).

Между прочимъ, мы указывали уже выше, что иски, упоминаемые въ ст. 6² и ст. 6³ франц. закона 25 мая 1838 г., весьма походятъ на нѣкоторые иски, называемые ст. 6¹ того же закона, благодаря тому, что у тѣхъ и другихъ исковъ имѣются общія — и наиболѣе существенныя — черты. Такимъ образомъ, мы сопоставляли эти иски въ отношеніи ихъ сходства: съ одной стороны, *des entreprises* (*commises sur les cours d'eau*) и *des dénonciations de nouvel oeuvre* (ст. 6¹), а съ другой — *нарушенія границъ* (или угрозы таковыми), *несоблюденіе правилъ касательно посадки деревьевъ или устройства изгородей* (ст. 6²), а равно и *нарушенія правилъ, установленныхъ статьею 674 Code civil, для нѣкоторыхъ строеній и работъ* (ст. 6³).

Выше, сличая перечисленные иски, мы считали сближеніе ихъ, а также подведеніе всѣхъ этихъ исковъ подъ одну категорію *поссессорныхъ исковъ* (на почвѣ той ошибочной догмы, которой при-

*) Такое ошибочное житейское мышленіе является одною изъ причинъ (неправильнаго) конструирования составителями ст. 6²⁻³ франц. закона 25 мая 1838 г. исковъ, предусмотрѣнныхъ этою статьею, *въ качествѣ неподлинныхъ поссессорныхъ исковъ*. Другая причина — свойственный также указаннымъ искамъ принципъ *нарушенія* (сосѣдскаго) владѣнія, *въ широкомъ* смыслѣ этого слова (объ этомъ см. далѣе въ текстѣ).

держивается ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г.), *только вполнѣ возможнымъ*; сейчасъ же, обращаясь вновь къ ст. 5 итальянскаго устава, мы должны уже констатировать, что, если не подведеніе указанныхъ исковъ подъ категорію *поссессорныхъ исковъ*, то, во всякомъ случаѣ, сближеніе ихъ между собою *въ настоящей статьѣ* оказывается, дѣйствительно, *свершившимся уже (въ значительной степени) фактомъ*. А именно, въ п. в ст. 5 итальянскаго устава сказано: „по спорамъ объ убыткахъ, которые могутъ произойти вслѣдствіе *построекъ, посадки деревьевъ* и отъ другихъ предметовъ и вообще отъ производства какихъ бы то ни было работъ на *чужой землѣ*, угрожающихъ истцу опасностью или убыткомъ“. Совершенно очевидно, что упоминаемая въ этомъ пунктѣ „постройки“ и „производство какихъ бы то ни было работъ на чужой землѣ, угрожающихъ истцу опасностью или убыткомъ“ корреспондируютъ называемымъ ст. 6-ю франц. закона 25 мая 1838 года *des dénonciations de nouvel oeuvre* (а равно и *des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'article 674 du Code civil etc. etc.*), а затѣмъ и (быть можетъ) *des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau etc. etc.* Въ такомъ же точно отношеніи, не подлежитъ также никакому сомнѣнію, находится „посадка деревьевъ“ ст. 5⁶ итальянскаго устава къ *les plantations d'arbres* ст. 6² франц. закона 25 мая 1838 г.

Изъ сказаннаго видно, что границы, проложенныя французскимъ законодателемъ между отдѣльными группами исковъ, упоминаемыхъ имъ въ ст. 6 закона 25 мая 1838 г. — мы имѣемъ въ виду размѣщеніе франц. законодателемъ названныхъ исковъ по *отдѣльнымъ пунктамъ* этой статьи, — отнюдь не оказались устойчивыми. Вся искусственность ихъ проведенія во французскомъ законѣ явственно обнаружилась на опытѣ итальянскаго законодательства. Преграда, положенная франц. законодателемъ между отдѣльными пунктами ст. 6 закона 25 мая 1838 г., не выдержала „стихій“ логики и психологіи, властно требующей примѣненія принципа объединенія и унификаціи во всѣхъ случаяхъ тождества или сходства. Такимъ образомъ, эта преграда оказалась какъ бы *прорванною* составителями ст. 5 итальянскаго устава. Такъ, заимствуя, только на первый взглядъ, неоднородные „элементы“ изъ разныхъ п. п. ст. 6 франц. закона, перегруппировывая ихъ и, главное, тѣсно объединяя ихъ другъ съ другомъ, редакторы ст. 5 итальянскаго устава. создали, въ концѣ концовъ, это новое постановленіе — „смѣшаннаго“, такъ сказать, содержанія — п. в ст. 5 названнаго устава.

Однако, дѣло унификаціи не ограничилось, въ области редактированія ст. 5 итальянскаго устава, однимъ лишь описаннымъ (въ сущности—незначительнымъ) нововведеніемъ: унификація въ названной статьѣ пошла и далѣе этого и выразилась, какъ мы уже знаемъ, въ предписаніи соблюденія годичнаго срока—при предъявленіи всѣхъ, безъ изыятія, исковъ, предусмотрѣнныхъ этою статьею.

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, указанная унификація явилась лишь *дальнѣйшимъ ухудшеніемъ* и безъ того весьма дефектной ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ (см. выше).

Однако, если эту унификацію должно, съ одной стороны, характеризовать, какъ *весьма неудачную мѣру*, то, съ другой стороны, *нельзя также признать настоящее нововведеніе вполне неожиданнымъ и совершенно невызваннымъ никакими внутренними причинами.*

Въ заключеніе настоящаго §, отмѣтимъ наличіе въ ст. 5 итальянскаго устава *еще одного дефекта*, вовсе неизвѣстнаго, какъ кажется, ст. 6¹⁻³ франц. закона 25 мая 1838 г.

Дѣло въ томъ, что названная статья итальянскаго устава, реципируя указанную статью франц. закона, вмѣстѣ съ тѣмъ, *неоднократно* употребляетъ (вовсе не встрѣчающіяся въ послѣдней) выраженія: „по спорамъ *объ убыткахъ*“, „по спорамъ *объ ущербахъ*“ и т. п. Если бы ст. 6¹⁻³ франц. закона также упоминала о спорахъ (искахъ) подобнаго рода, то было бы особенно трудно признать эти ея иски *поссессорными* (хотя бы только неподлинными), но она этого какъ разъ не дѣлаетъ. Впервые назвала „споры *объ убыткахъ* или *ущербахъ*“, какъ мы выше видѣли, лишь ст. 6 сардинскаго устава. Но она упомянула о нихъ *только одинъ разъ* (въ п. 1-мъ). Статья же 5 итальянскаго устава называетъ ихъ *уже нѣсколько разъ* (два раза—въ п. а и одинъ разъ—въ п. в).

Такъ какъ содержаніе указанной статьи итальянскаго устава *почти тождественно* съ содержаніемъ ст. 6 франц. закона (и ст. 6 сардинскаго устава), то подобное названіе ея *поссессорныхъ* (поссессорныхъ, по крайней мѣрѣ, по источнику ихъ происхожденія) спорами *объ убыткахъ* и *ущербахъ*, конечно, нельзя не признать также *ошибочнымъ.*

Этотъ „вновь обнаружившійся“ дефектъ ст. 5 итальянскаго устава лишь подтверждаетъ справедливость высказаннаго нами выше предположенія, что редакторы итальянскаго устава не руко-

водились, по всей вѣроятности, при составленіи ст. 5 этого устава какою либо опредѣленною догмою, что они едва ли даже задумывались надъ юридической природою исковъ, предусмотрѣнныхъ ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г., что они, другими словами, выполнили процессъ рецепціи и усвоенія итальянскимъ уставомъ названной статьи почти механическимъ способомъ.

Мы закончили изложеніе процесса и существа рецепціи ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ сардинскимъ и итальянскимъ уставами гражд. судопроизводства.

Въ слѣдующемъ § мы рассмотримъ процессъ рецепціи этой статьи нашимъ Уставомъ гражданскаго судопроизводства.

§ 15. Рецепція ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ.—Первая стадія рецепціи („Проектъ правилъ о порядкѣ производства спорныхъ гражд. дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ“). Дальнѣйшія ея стадіи (Уставъ гражд. судопр. 20-го Ноября 1864 г.).

Все предыдущее изложеніе, надѣмся, вполне показало, съ какимъ *догматически (и конструктивно) неудовлетворительнымъ* матеріаломъ имѣли дѣло составители нашего Устава гражд. судопроизводства.

При такомъ положеніи вещей—уже à priori—надо ожидать, что п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 уст. гражд. суд., явившійся въ результатѣ рецепціи нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о миров. судѣ и ст. 5 итальянскаго устава (а равно и ст. 6 сардинскаго устава), навѣрное, таитъ въ себѣ болѣе или менѣе значительные юридическіе *промахи* противъ требованій надлежащаго конструированія (догмы) тѣхъ исковъ, кои предусмотрѣны названнымъ пунктомъ 5 ст. 29 уст. гражд. суд.

Намъ остается теперь лишь убѣдиться въ правильности этого предположенія.

Рецепція въ Россіи сейчасъ указанныхъ образцовъ западно-европейскаго процессуальнаго права сказалась (какъ мы уже знаемъ), прежде всего, въ созданіи статьи 6 составленнаго Вторымъ Отдѣленіемъ С. Е. И. В. К. „Проекта правилъ о порядкѣ производства спорныхъ гражданскихъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ“.

Хотя мы приводили уже эту статью упомянутого Проекта, однако, считаемъ полезнымъ привести ее еще разъ.

Ст. 6. Вѣдомству Судовъ Мирowychъ подлежатъ, также по закону, споры о завладѣннн чужимъ недвижимымъ имуществомъ, о поврежденнн границъ, межъ и межевыхъ знаковъ, и о нарушеннн правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданнн на обюдной съ нимъ межѣ, но только въ случаѣ, когда сн споры предъявлены въ Мировомъ Судѣ не позднѣе 10-ти недѣль со времени завладѣннн или поврежденнн границы, межи или межевого знака, или же нарушеннн правъ сосѣда при постройкѣ дома или иного зданнн. По минованнн вышеозначеннаго срока, дѣла сего рода могутъ быть вчинаемы только въ высшихъ судебныхъ мѣстахъ, по правиламъ, постановленнымъ въ общемъ Уставѣ Судопроизводства Гражданскаго.

Дополненнемъ настоящей статьи являлась въ Проектѣ слѣдующая (также извѣстная уже намъ) статья 7.

Вновь приведемъ также эту статью.

Ст. 7. По спорамъ, означеннымъ въ предшедшей 6 статьѣ, Мировые Суды, не входя въ разсмотрѣнне права собственности на имущество, принимаютъ лишь мѣры для примиреннн спорящихъ, а когда въ томъ не успѣютъ, то приводятъ въ извѣстность, въ чьемъ владѣннн или въ какомъ состояннн находился спорный предметъ за 10 недѣль предъ начатнемъ спора, и постановляютъ рѣшеннн о возвращеннн сего предмета въ прежнее владѣнне или состоянне до разсмотрѣннн дѣла, по просьбѣ одной изъ сторонъ, въ надлежащемъ высшемъ судебномъ мѣстѣ. Недовольный симъ рѣшеннемъ можетъ на оное жаловаться Уѣздному Суду.

По поводу приведенныхъ статей Проекта слѣдуетъ, прежде всего, сказать, что въ нихъ нашли себѣ явственное выраженнн слѣдующнн основные начала французской процессуальной системы:

1) „*Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés*“ (ст. 25 Code de procédure civile). Въ Проектѣ это начало было выражено въ слѣдующихъ словахъ ст. 7: „Мировые Суды, не входя въ разсмотрѣнне права собственности на имущество“ и проч., и проч.

2) „*Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées, dans l'année du trouble*“ etc. etc. (ст. 23 Code de procédure civile). Это начало также было извѣстно Проекту, хотя оно и не было въ немъ выражено съ достаточною наглядностью; только въ Проектѣ, для вчиненнн въ Мирowychъ Судахъ этихъ

„*les actions possessoires*“, былъ установленъ не годичный срокъ, а болѣе краткнй—10-ти недѣльный (ст. 6). „По минованнн вышеозначеннаго срока—говоритъ ст. 6 Проекта—дѣла сего рода могутъ быть вчинаемы только въ высшихъ судебныхъ мѣстахъ“. Очевидно, что эти послѣднн—въ противоположность мировымъ судамъ—могутъ (и даже должны) „входить въ разсмотрѣнне права собственности на имущество“; слѣд., въ высшихъ судебныхъ мѣстахъ „дѣла сего рода“ уже перестаютъ быть посессорными, но становятся, напротивъ, петиторными *).

3) „*Les juges de paix connaissent, en outre, à charge d'appel*“ etc. etc. (ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о миров. судѣ). Этотъ принципъ апелляцнн, допущенной франц. закономъ на рѣшеннн мировыхъ судей по всемъ, безъ исключеннн, посессорнымъ искамъ,—равнымъ образомъ, былъ принятъ Проектомъ. Въ ст. 7 этого Проекта было, какъ мы видѣли, постановлено: „Недовольный симъ рѣшеннемъ (т. е. рѣшеннемъ, постановленнымъ Мировымъ Судомъ) можетъ на оное жаловаться Уѣздному Суду“ **).

Перечисленные основные начала французской процессуальной системы были приняты, конечно, также сардинскимъ и итальянскимъ уставами. Но справедливость требуетъ сказать, что въ нашемъ Проектѣ эти основные начала были выражены лучше, нежели въ указанныхъ иностранныхъ уставахъ,—болѣе точно и ближе къ тому первоисточнику (французскому процессуальному законодательству), откуда они были заимствованы—одинаково: какъ этими уставами, такъ и нашимъ Проектомъ.

Быть можетъ, въ соотвѣтствнн съ этимъ, „посессорная“ догматика, если такъ можно выразиться, ст. 6 франц. закона 25 мая

*) Настоящее начало не было впоследствии точно формулировано и въ самомъ Уставѣ гражд. судопр. Благодаря сему обстоятельству, среди нашихъ юристовъ возникъ, какъ извѣстно, споръ о значеннн срока, установленнаго Уставомъ для вчиненнн владѣльческихъ исковъ у миров. судей. Спорили о томъ: возможенъ ли еще—по истеченнн этого срока—владѣльческнй искъ, конечно, уже лишь въ окружномъ судѣ, или же съ этого времени допускается только петиторный искъ?

**) Въ „Объяснительной запискѣ къ Проекту правилъ о порядкѣ произснорн. гражд. дѣлъ, подлежа. вѣд. Судовъ Мирowychъ“ („Матеріалы“, т. IV, стр. 10) читаемъ, что по Проекту предполагается допустить апелляцнн на всѣ рѣшеннн Мирowychъ Судовъ о возстановленнн правъ, нарушенныхъ чрезъ завладѣнне недвижимаго имущества (Зак. Суд. Гражд. ст. 22), а равно и по дѣламъ о поврежденнн границъ, межъ и межевыхъ знаковъ и о нарушеннн правъ сосѣдей при постройкѣ домовъ и другихъ зданнн (Зак. Гражд. ст. 445, 446)*.

1838 г. перешла въ Проектъ, думается намъ, также въ болѣе неприкосновенномъ видѣ и лучше въ немъ сохранилась, чѣмъ это случилось при реценціи названной статьи, напр., итальянскимъ уставомъ.

Мы утверждаемъ это, даже несмотря на то, что ст. 5 итальянскаго устава кажется, на первый взглядъ, болѣе, чѣмъ ст. 6 Проекта, соотвѣтствующей ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г., болѣе подробно и полно, нежели та, воспроизводящей содержаніе этой послѣдней. Ибо, на нашъ взглядъ, въ данномъ случаѣ дѣло не столько въ этомъ *чисто-внѣшнемъ сходствѣ* текстовъ перечисленныхъ статей, сколько въ *сходствѣ (и тождествѣ) основныхъ юридическихъ идей*, въ нихъ выраженныхъ.

Обратимся, однако, къ самому содержанію ст. 6 Проекта.

Она называетъ „споры о завладѣніи“, „споры о поврежденіи межъ“ и „споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.“. Выше, касаясь вопроса объ источникахъ происхожденія ст. 6 Проекта, мы сопоставляли уже эти „споры“ съ упоминаемыми ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. *les actions possessoires* (ст. 6¹), *des actions en bornage* (ст. 6²) и *des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'article 674 du Code civil* (ст. 6³).

Въ настоящее же время, ознакомившись ближе съ содержаніемъ ст. 6 этого франц. закона (а равно и—п. 2 ст. 10 разд. III закона 16—24 августа 1790 г.), мы пришли къ заключенію о необходимости внести нѣкоторыя поправки въ прежнія наши сужденія по сему предмету. Такимъ образомъ, мы находимъ теперь, что „споры о завладѣніи“ соотвѣтствуютъ не вообще *les actions possessoires*, а собственно лишь „*actions en réintégrant*“ (ст. 6¹), „споры о поврежденіи межъ“—не столько *des actions en bornage*, сколько скорѣе *des déplacements de bornes* (зак. 1790 г.), и, наконецъ, „споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ“—не, непременно, *des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'art. 674 du Code civil*, но, быть можетъ, вообще *des dénonciations de nouvel oeuvre*. (ст. 6¹).

При условіи же принятія этихъ „поправокъ“, иски, означенные въ ст. 6 Проекта, казалось бы возможнымъ признать *подлинными* *possessorными* исками, въ смыслѣ ст. 6¹ франц. закона 25 мая 1838 г. и п. 2 ст. 10 разд. III зак. 16—24 августа 1790 г.

Однако, на самомъ дѣлѣ, центръ тяжести заключается вовсе не въ томъ, чтобы установить какими именно исками являлись бы настоящіе

иски собственно по французскимъ законамъ. Гораздо важнѣе, напротивъ, выяснить: *какъ конструировали эти иски сами составители Проекта? считали ли также они ихъ поссессорными исками? и т. п.* Въдѣ на примѣрѣ реценціи ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. итальянскимъ уставомъ мы убѣдились въ *полной возможности* также чисто-механическихъ позаимствованій исковъ однимъ процессуальнымъ законодательствомъ у другого!

Однако, эти упреки, высказанные нами выше—въ примѣненіи къ редакторамъ ст. 5 итальянскаго устава,—было бы крайне несправедливо повторить теперь, также въ отношеніи къ составителямъ ст. 6 Проекта.

Что названные составители, напротивъ, *вполнѣ сознательно* и весьма опредѣленнымъ образомъ конструировали, *именно какъ поссессорные иски*, иски, предусмотрѣнные ст. 6 Проекта,—видно, по нашему убѣжденію, изъ слѣдующаго.

Во-первыхъ. Какъ мы уже знаемъ, ст. ст. 6—10 и 21 и 22 Зак. суд. гражд., кои также являются источниками происхожденія ст. ст. 6—7 Проекта, называли слѣдующія „безспорныя“ дѣла: „по обидамъ, по ущербамъ имуществъ и по завладѣнію“. Однако, именованныя статьи Проекта заимствовали изъ числа этихъ дѣлъ одни только дѣла о завладѣніи. Другіе, ими упоминаемые и взятые изъ франц. законодательства, „споры“ о поврежденіи межъ и о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ, были конструированы ими *отнюдь не какъ дѣла по ущербамъ или убыткамъ имуществъ*. Между тѣмъ, можно было бы вполнѣ ожидать, что ст. ст. 6—7 Проекта будутъ именно такъ, а не иначе конструировать предусмотрѣнные ими „споры“ (кромѣ, конечно, споровъ о завладѣніи)—не только потому, что Зак. суд. гражд., на кои они ссылаются, упоминали о дѣлахъ какъ разъ этого рода, но еще и потому, что ст. 5 итальянскаго устава, коею также пользовались, какъ матеріаломъ, составители нашего Проекта, уже предлагала ихъ вниманію образцы подобныхъ конструкцій (см. въ особенноти п. в ст. 5 итал. уст.: „по спорамъ *объ убыткахъ*, которые могутъ произойти *вслѣдствіе построекъ* и проч.“).

Уже одно то обстоятельство, что составители ст. 6 Проекта конструировали споры о поврежденіи межъ и споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ—*не какъ споры объ убыткахъ или ущербахъ имуществъ*, является, на нашъ взглядъ, *весьма симптоматичнымъ*.

Во-вторых. Упомянутый ст. 6 Проекта 10-ти-недельный срокъ былъ ею заимствованъ изъ Зак. суд. гражд. Именно, ст. 10 этихъ Зак. суд. гражд. гласила слѣдующимъ образомъ: „Срокъ на подачу въ полицію прошенія о насильномъ и самовольномъ завладѣнн (Зак. Гражд., ст. 527, 528), съ провѣбою о возвращенн имущества въ прежнее владѣнн, назначается десятинедельный, считая отъ времени происшествія. Пропустившій сей срокъ, долженъ начинать искъ свой въ судебномъ мѣстѣ“. Ср. еще ст. 21. Такимъ образомъ, въ Зак. суд. гражд.—этотъ 10-ти-недельный срокъ былъ установленъ *спеціально лишь для дѣлъ* („на подачу въ полицію прошенія“) *о насильномъ и самовольномъ завладѣнн*, и—слѣдовательно—не былъ отнесенъ къ другимъ „безспорнымъ дѣламъ“: „по обидамъ“ и „по ущербамъ имуществъ“. *Значитъ, по смыслу Зак. суд. гражд. 10-ти-недельный срокъ присущъ исключительно лишь владѣльческому—поссessorному—искамъ, но отнюдь не свойствененъ искамъ иныхъ категорій.*

Обращаясь теперь къ ст. 6 Проекта, мы должны констатировать, что въ ней 10-ти-недельный срокъ отнесенъ, *напротивъ*, не къ однимъ лишь спорамъ о завладѣнн, но также къ спорамъ о поврежденн межъ, а равно и къ спорамъ о нарушенн правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій. „Но только въ случаѣ—сказано въ ней—когда *сн* споры предъявлены въ Мировомъ Судѣ не позднѣе 10-ти недель со времени завладѣнн или поврежденн границы, межи или межевого знака, *или же* нарушенн правъ сосѣда при постройкѣ дома или иного зданія“. Такимъ образомъ, согласно ст. 7 Проекта: „По спорамъ, означеннымъ въ предшедшей 6 статьѣ (значитъ—по *всѣмъ* этимъ спорамъ), Мировые Суды... приводятъ въ извѣстность, *въ чьемъ владѣнн или въ какомъ состоянн* находился спорный предметъ... и постановляютъ рѣшенн о возвращенн сего предмета *въ прежнее владѣнн или состоянн*“ и т. п.

Приведенные тексты ясно свидѣтельствуютъ, на нашъ взглядъ, о томъ, что составители Проекта *отнюдь не считали* иски, предусмотрѣнные ими въ ст. 6, *юридически неоднородными исками*. Говоря другими словами: если бы составители Проекта не конструировали всѣ эти иски *одинаково* (какъ *поссessorные иски*), они, прежде всего, едва ли отнесли бы ко всѣмъ нимъ это требованн о предъявленн ихъ, непременно, въ 10-ти-недельный срокъ. Слѣдовательно, они конструировали ихъ, именно, какъ *поссessorные*

иски *). Затѣмъ, на *поссessorную природу* исковъ о поврежденн межъ и о нарушенн правъ сосѣда при постройкѣ домовъ указываетъ также употребленн составителями Проекта, въ примѣсннн именно къ названымъ искамъ, выраженн: *состоянн*, придуманное ими, по видимому, *по аналогн* съ терминомъ: *владѣнн*.

Въ-третьихъ. Въ „Объяснительной запискѣ къ проекту правилъ о порядкѣ производства спорныхъ гражданскихъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ“, мы находимъ такіе мотивы, относящіеся къ ст. ст. 6—7 Проекта **): „изъ дѣлъ, касающихся, впрочемъ лишь *не непосредственно* ***) , недвижимыхъ имѣній, Мировымъ Судамъ могутъ быть предоставлены по закону только споры о завладѣнн имуществомъ и о *другихъ нарушеннхъ права законнаго владѣнн* ***) , если съ симъ не соединено какое либо преступленн. Въ спорахъ сего рода, необходимо удостовѣриться на мѣстѣ, дѣйствительно ли послѣдовало завладѣнн или *нарушенн права владѣльца* ***) , и возстановить *прежнн законный порядокъ* ***) . Нынѣ сн дѣла подлежатъ вѣдомству общей полицн, когда споръ возникъ не позднѣе 10 недель со дня событія, давшаго поводъ къ сему спору (Зак. Суд. Гражд., ст. 6, 7, 9, 10, 21, 22). Мы полагаемъ, что и сн дѣла должны быть предоставлены Судамъ Мировымъ, но съ тѣмъ, чтобы и они, *не входя въ разсмотрѣнн вопроса о самомъ правѣ на владѣнн* ***) , только удостовѣрялись, *въ чьемъ владѣнн и въ какомъ состоянн* ***) находился спорный предметъ за 10 недель до начатія спора, и склоняли стороны къ добровольному возстановленн прежняго порядка, въ случаѣ-жъ неуспѣха въ старанн примирить ихъ, постановляли свое рѣшенн, такимъ же образомъ и съ тѣми-жъ ограниченнями, которыя указаны полицн дѣйствующими нынѣ узаконеннями“.

По нашему убѣжденн, изъ содержанія приведеннаго мѣста вполне видно, что составители Проекта конструировали всѣ означенные въ его ст. 6 споры, *несомнннно, въ качествѣ поссessorныхъ*

*) Мы видѣли, впрочемъ, что ст. 5 итал. устава также относитъ требованн годичнаго срока ко всѣмъ искамъ, ею предусмотрѣннымъ. Однако, въ примѣненн къ названной статьѣ итал. устава, смыслъ такого отнесенн этого срока къ названнымъ искамъ мы объяснили иначе, чѣмъ теперь—въ отношенн ст. 6 Проекта. Въ ст. 5 итал. устава мы не обнаружили признаковъ сознательнаго однообразнаго конструированн исковъ, а лишь извѣстной (возможно даже—безотчетной) ихъ унификаціи.

**) См. „Матеріалы, т. IV, стр. 8—9.

***) Курсивъ нашъ.

исковъ. Мы основываемъ это наше утверждение, въ особенности, на смыслѣ словъ настоящей цитаты, отмѣченныхъ нами курсивомъ.

Итакъ, оказывается, прежде всего, что всѣ предусмотрѣнные ст. 6 Проекта споры суть, по мысли составителей Проекта, „дѣла, касающіяся, впрочемъ лишь не непосредственно, недвижимыхъ имѣній“. Смыслъ этихъ словъ, точнѣе же, — выраженія: „впрочемъ лишь не непосредственно“, вполне выясняется, думается намъ, посредствомъ сопоставленія ихъ съ послѣдующими словами цитированныхъ мотивовъ: „сіи дѣла должны быть предоставлены Судамъ Мировымъ, но съ тѣмъ, чтобы и они, не входя въ разсмотрѣніе вопроса о самомъ правѣ на владѣніе, только удостовѣрились“ и проч. Изъ этого сопоставленія отдѣльных мѣстъ настоящихъ мотивовъ мы выводимъ, что, по мнѣнію составителей Проекта, дѣла, касающіяся недвижимыхъ имуществъ непосредственно, являются дѣлами о самомъ правѣ на владѣніе, и что, напротивъ, дѣла, хотя и касающіяся также недвижимыхъ имуществъ, но лишь не непосредственно, суть дѣла не о самомъ правѣ на владѣніе. Но въ такомъ случаѣ „сіи дѣла“ невозможно признать чѣмъ либо инымъ, кромѣ какъ дѣлами о самомъ владѣніи. И дѣйствительно, составители Проекта характеризуютъ ихъ въ нашей цитатѣ, какъ „споры о завладѣніи имуществомъ и о другихъ нарушеніяхъ права законнаго владѣнія“ *).

Въ зависимости отъ этого основнаго ихъ взгляда на названные иски находятся также прочія ихъ сужденія объ этихъ искахъ: 1) что основаніями споровъ, или исковъ, означенныхъ въ ст. 6-й, являются „завладѣніе или нарушенія правъ владѣльца“, — причемъ они, очевидно, разумѣютъ подъ этимъ послѣднимъ выраженіемъ: нарушение, либо поврежденіе межи, либо нарушение правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій; 2) что мировые судьи, при разбирательствѣ дѣлъ по названнымъ искамъ, должны только удостовѣриться, „въ чѣмъ владѣніи и въ какомъ состояніи находился спорный предметъ“, и 3) что ихъ рѣшенія по этимъ искамъ должны имѣть своею цѣлью единственно лишь „возстановленіе прежняго законнаго порядка“.

На основаніи всего изложеннаго мы заключаемъ, что составители нашего Проекта, реципируя ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г.,

*) Очевидно, что оба выраженія, встрѣчающіяся въ мотивахъ: „право законнаго владѣнія“ и „само право на владѣніе“, отнюдь не являются синонимами.

не ограничились (подобно, напр., редакторамъ итальянскаго устава) одними лишь вышними позаимствованиями изъ этой статьи (нѣкоторыхъ) исковъ, ею предусмотрѣнныхъ, но что они, напротивъ, стремились также реципировать (и реципировали) у нея для Проекта общій смыслъ и даже самый духъ ея основныхъ положеній.

Благодаря этому, „поссессорная“ догматика составителей Проекта споровъ, означенныхъ въ его ст. 6, оказалась въ немъ выраженной ими съ вполне достаточною опредѣленностью.

О дальнѣйшихъ стадіяхъ историческаго процесса реценціи ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ намъ не придется уже много распространяться.

Припомнимъ, прежде всего, что Высочайше утвержденныя 29 сентября 1862 г. Основныя Положенія преобразования судебной части въ Россіи изъ числа споровъ, означенныхъ въ ст. 6 Проекта, называли лишь споры о завладѣніи („дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“) и вовсе умалчивали какъ о „спорахъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“, такъ и о „спорахъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ“.

Такимъ образомъ, Основныя Положенія не представляютъ для насъ интереса; поэтому, на нихъ мы останавливаться не будемъ.

Что же касается Проекта Устава гражданскаго судопроизводства, составленнаго Высочайше утвержденною при Государственной Канцеляріи комиссіею, то онъ постановлялъ, какъ мы уже знаемъ, въ п. 4 ст. 1: „вѣдомству мирового судьи подлежатъ иски о правѣ участія частнаго (ст. 442, 445—451 зак. гражд.), когда со времени его нарушения прошло не болѣе года“.

Это постановленіе Проекта Устава гражданскаго судопроизводства перешло — въ неизмѣненномъ видѣ — въ самый Уставъ гражд. судопр., образовавъ въ немъ п. 5 ст. 29.

Въ виду этого, мы считаемъ вполне цѣлесообразнымъ отнести все послѣдующее наше изложеніе уже непосредственно къ названному пункту этой статьи Устава гражд. судопр.

Выше мы установили и подробно описали уже процессъ историческаго образованія текста п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд.

Припомнимъ изъ предыдущаго изложенія относящееся сюда мѣсто: „изъ ст. 6 первоначальнаго Проекта, прежде всего, были особо выдѣлены споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ; затѣмъ, было

принято во вниманіе, что матеріально-правовымъ основаніемъ для этихъ споровъ служатъ (согласно свидѣтельству той-же ст. 6 первоначальнаго Проекта) ст. ст. 445 и 446 гражд. зак.; далѣе—къ послѣднимъ статьямъ *были приобщены* еще другія статьи *того самага* отд. 1 кн. 2-ой разд. II кн. II гражд. зак., въ которомъ помѣщены названныя ст. ст. 445 и 446, — а именно: *ст. ст. 442, 447 — 451 гражд. зак.*,—и, наконецъ, въ соотвѣтствіи съ этимъ, прежнее выраженіе: „споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ“ и проч. было замѣнено *новымъ* (болѣе общимъ) обозначеніемъ: „*иски о правѣ участія частнаго*“.

Въ предыдущемъ изложеніи мы отмѣтили также другое нововведеніе Устава гражд. суд. Онъ установилъ новый срокъ (для вчиненія исковъ о правѣ участія частнаго): *годовой*, замѣнивъ имъ прежній (по первоначальному Проекту) десятидневный срокъ.

Отмѣчая выше указанное нововведеніе Устава гражд. судопр., мы обѣщали въ послѣдующемъ изложеніи объяснить происхожденіе настоящаго — годовичнаго—срока. Само собою разумѣется, что нынѣ мы считаемъ это уже выполненнымъ. Нѣтъ, въ самомъ дѣлѣ, болѣе надобности доказывать, что предусмотрѣнный п. 5 ст. 29 Уст. гр. суд. годичный срокъ былъ заимствованъ (его редакторами) изъ французскаго процессуальнаго законодательства (ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. и ст. 23 Code de procédure civile).

Покончивъ, такимъ образомъ, съ вопросомъ объ историческомъ происхожденіи текста п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд., переходимъ къ его *критической оцѣнкѣ*.

§ 16. Результаты рецепціи ст. 6 французскаго закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ.—Ст. ст. 6—7 „Проекта правилъ о порядкѣ производства гражд. дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ“.

Не являются-ли *предусмотрѣнные п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд.* иски о правѣ участія частнаго *поссessorными* исками?

Для надлежащаго отвѣта на этотъ вопросъ необходимо различать *два* точки зрѣнія: 1) точку зрѣнія *правильной* догмы названныхъ исковъ и 2) точку зрѣнія *той особой „догмы“* этихъ исковъ, которой, быть можетъ (это надо еще выяснитъ), придерживались составители Устава*) гражд. судопроизводства.

*) Не составители первоначальнаго Проекта. Объ ихъ взглядахъ на этотъ вопросъ мы уже опредѣленно сказали въ § 15.

Съ точки зрѣнія *правильной* догмы (и констукціи), настоящій вопросъ уже данно и безповоротно рѣшенъ нами въ томъ смыслѣ, что иски о правѣ участія частнаго суть личные, обязательственные иски, что вслѣдствіе этого къ нимъ просто даже непримѣнима самая категория: *possessorium-petitorium*, и что, въ зависимости отъ этого обстоятельства, они никакъ не могутъ быть признаны *поссessorными* исками.

Но совсѣмъ другое дѣло *возможная*, вообще говоря, точка зрѣнія на эти иски нашего законодателя. Вѣдь мы видѣли уже, какъ, напр., французскій законодатель приобщилъ нѣкоторые, отнюдь не *поссessorные*, иски къ группѣ *поссessorныхъ* исковъ, искусственно придавъ этимъ искамъ *поссessorный* (совершенно не свойственный имъ) характеръ. Несмотря на то, что такая искусственная догма (и констукція), по существу своему, ошибочна, всетаки нельзя, по нашему мнѣнію, съ нею не считаться при толкованіи законовъ, — *если только* эти „поссessorныя“ (если такъ можно выразиться) намѣренія и соотвѣтственная имъ воля законодателя не остались одними лишь намѣреніями и волею законодателя, но, напротивъ, нашли для себя *надлежащее* выраженіе въ самомъ законѣ и *благодаря* этому стали какъ бы *намѣреніями и волею самого закона*.

Въ ст. ст. 6 — 7 (первоначальнаго) Проекта (какъ и въ ст. 6 франц. зак. 25 мая 1838 г.) мы констатировали также примѣръ именно такой,—хотя и ошибочной, но всетаки искусно имъ (этимъ статьямъ) *навязанной* составителями Проекта и послѣдовательно ими въ нихъ проведенной, *а потому и безусловно обязательной для интерпретатора ст. ст. 6—7 Проекта*, — „поссessorной“ догмы (и констукціи) нѣкоторыхъ изъ исковъ, названныхъ въ этихъ статьяхъ.

Допустимъ, въ самомъ дѣлѣ, что указанный Проектъ сталъ бы дѣйствующимъ закономъ.

Въ этомъ случаѣ, примѣненіе на практикѣ его статей 6—7 представлялось бы намъ въ такомъ приблизительно видѣ:

а) „*Споры о завладѣніи чужимъ недвижимымъ имуществомъ*“. Это — *обыкновенные* владѣльческіе иски, примѣненіе коихъ, по Проекту, не представляетъ, очевидно, какихъ либо особенностей.

б) „*Споры о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ*“. Согласно *строго—поссessorному* (установленному нами выше) характеру этихъ споровъ, подъ выраженіемъ: „границъ,

межь и межевыхъ знаковъ“ нужно разумѣть, думается намъ, не столько собственно техническіе (межевые) признаки отграниченія одного участка отъ другого, смежнаго съ нимъ, сколько *чисто фактическія* границы, установившіяся между ними, — границы исключительно лишь въ смыслѣ *предѣловъ владѣнія*.

Дѣло въ томъ, что теоретически (и практически) мыслимы такіе *частные случаи (casus'ы)* примѣненія названныхъ „споровъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“:

1) Сосѣдніе участки *отграничены межою и межевymi знаками*; сосѣдъ А *владѣет* однимъ изъ указанныхъ участковъ *какъ разъ* (не болѣе и не менѣе) *до* этой межъ (и межевыхъ знаковъ), а сосѣдъ Б *владѣет* другимъ участкомъ *отъ* этой межъ (и межевыхъ знаковъ). Случай этого рода можно характеризовать, такимъ образомъ, какъ случаи: во-первыхъ, *наличія* межъ (вѣдь ея могло бы, вообще говоря, и не быть — см. ниже) и, во-вторыхъ, *полнаго совпаденія* съ нею границы, какъ „предѣла владѣнія“. Представимъ себѣ теперь, что сосѣдъ А *повредилъ* межу (или межевые знаки), перешелъ за межу, т. е. *распространилъ* предѣлы своего владѣнія, и тѣмъ *нарушилъ* владѣніе своего сосѣда Б. Тогда послѣдній могъ бы, согласно ст. 6 Проекта, предъявить — въ мировомъ судѣ — искъ „о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“, — но онъ долженъ былъ бы это сдѣлать *никакъ не позже 10-ти недѣль* со времени сего поврежденія. И въ такомъ только случаѣ, мировые суды, принимая къ своему разсмотрѣнію дѣла этого рода, постановляли бы рѣшеніе, на основаніи ст. 7 Проекта, о *возстановленіи „прежняго состоянія“*.

Можно думать, что составители Проекта, когда они упоминали объ этихъ спорахъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ, имѣли въ виду (по крайней мѣрѣ, нормальнымъ образомъ) *именно описанные случаи (casus'ы)*.

Но *воплнѣ возможны* также случаи *пограничныхъ* споровъ между сосѣдями, *при наличіи и существенно иныхъ фактическихъ обстоятельствъ*, а именно:

2) Сосѣдніе участки *не отграничены* ни межою, ни межевymi знаками, такъ что между ними установилась одна лишь *фактическая* граница — въ смыслѣ *предѣла владѣнія* (сосѣдей). Само собою разумѣется, что, въ случаѣ нарушенія этой границы однимъ сосѣдомъ, мировой судъ обязанъ былъ бы, согласно ст. ст. 6—7 Проекта, удовлетворить искъ объ ея возстановленіи, предъявленный

Но допустимъ, что настоящій искъ былъ вчиненъ имъ *уже по истеченіи 10-ти недѣльного срока*. Въ такомъ случаѣ мировой судъ долженъ былъ бы, естественно, *отказать* въ этомъ искѣ, вслѣдствіе чего сосѣдъ, нарушившій границу, оказался бы, очевидно, *тогда укрьпившимся* (въ *поссессорномъ* — не въ *пети-торномъ*, само собою разумѣется, отношеніи) въ этихъ *новыхъ* предѣлахъ своего владѣнія, несмотря на то, что они явились бы лишь въ результатѣ допущеннаго имъ нарушенія чужого (сосѣдскаго) владѣнія. Это — прямой выводъ изъ правила ст. 6 Проекта: „Вѣдомству Судовъ Мировыхъ подлежатъ споры о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ — въ случаѣ, когда сіи споры предъявлены въ Мировомъ Судѣ *не позднѣе* 10-ти недѣль со времени поврежденія границы, межъ или межевого знака“, — въ связи съ предписаніемъ слѣдующей ст. 7 того же Проекта: „Мировые Суды приводятъ въ извѣстность, въ какомъ состояніи находился спорный предметъ *за 10 недѣль предъ начатіемъ спора*, и постановляютъ рѣшеніе о *возвращеніи сего предмета въ прежнее состояніе*“ *).

Но послѣ того, какъ сосѣдъ, нарушившій границу, укрьпился бы уже (въ *новыхъ* предѣлахъ своего владѣнія) описаннымъ способомъ (благодаря пропуску пострадавшимъ сосѣдомъ 10-ти недѣльного срока, установленнаго для предъявленія спора) могло бы, очевидно, опять произойти (новое) *перемѣщеніе* границы и, такъ ска-

*) Впрочемъ, редакция настоящаго текста ст. 7 Проекта, точнѣ же говоря, упомянутого въ немъ выраженія: „за 10 недѣль предъ начатіемъ спора“, не вполне удачна. Вѣдь не всегда же, въ самомъ дѣлѣ, мировые суды были обязаны (по Проекту) приводить въ извѣстность, въ какомъ состояніи находился спорный предметъ, *непремѣнно*, за 10 недѣль предъ начатіемъ спора, какъ это можно было бы, однако, вывести изъ приведеннаго (неудовлетворительно, повидимому, редактированнаго) текста ст. 7 Проекта. Ибо, изъ ст. 6 Проекта явствуетъ, съ полною очевидностью, что „сіи споры“ подлежатъ вѣдомству Судовъ Мировыхъ и тогда, когда они были предъявлены въ Мировомъ Судѣ *лишь спустя недѣлю, двѣ и т. д.* послѣ поврежденія границы, межъ или межевого знака. Очевидно, что во всѣхъ указанныхъ случаяхъ мировымъ судамъ пришлось бы приводить въ извѣстность, въ какомъ состояніи находился спорный предметъ *отнюдь не* за 10 недѣль предъ начатіемъ спора, а, *напротивъ*, лишь за *недѣлю, двѣ и т. д.* передъ этимъ моментомъ. Но въ разсматриваемомъ текстѣ ст. 7 Проекта составители Проекта имѣли въ виду собственно тотъ лишь случай, когда настоящій споръ начатъ въ Миров. Судѣ уже въ самомъ концѣ 10-ти недѣльного срока, установленнаго ст. 6 Проекта для предъявленія споровъ этого рода, — и, вполне понятно, что въ указанномъ случаѣ (но только въ этомъ случаѣ) мировые суды были бы обязаны приводить въ извѣстность, въ какомъ состояніи находился спорный предметъ *именно* за 10 недѣль предъ начатіемъ спора.

затъ, „поссessorное“ закрѣпленіе ея въ пользу одного изъ сосѣдой (безразлично, конечно, котораго именно изъ нихъ), также (какъ и первое закрѣпленіе) обусловленное: во-первыхъ, *фактомъ нарушенія* пограничнаго владѣнія однимъ сосѣдомъ и, во-вторыхъ, *непредъявленіемъ* другимъ спора въ установленный 10-ти недѣльный срокъ.

И такое перемѣщеніе границы, а затѣмъ и ея поссessorное закрѣпленіе могло бы, конечно, еще и еще разъ повториться и такъ до безконечности.

И вотъ всѣ подобные случаи отграниченія сосѣдскихъ участковъ одною лишь фактической границею, въ смыслѣ предѣла владѣнія, можно назвать случаями *чисто фактическаго — поссessorнаго — отграниченія* смежныхъ участковъ.

Но мыслима также еще одна (послѣдняя) категорія случаевъ примѣненія споровъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ, а именно:

3) Сосѣдніе участки *отграничены* межею (и межевыми знаками), но съ этою (отграничивающею ихъ) межею *не совпадаетъ* другая — фактическая — граница, какъ предѣлъ владѣнія. Въ частности же, описанное несовпаденіе надлежало установленной межи съ фактической границею могло бы явиться, думается намъ, слѣдствіемъ „событія“, описаннаго нами выше (п. б, 1) — при условіи, если бы пострадавшій сосѣдъ Б не предъявилъ спора въ теченіе 10-ти недѣль со времени „поврежденія“ межи. Но указанная причина несовпаденія (надлежащей) межи съ фактической границею, очевидно, отнюдь не единственная: такое несовпаденіе можетъ возникнуть, вообще говоря, также въ силу иныхъ фактическихъ обстоятельствъ.

Спрашивается теперь, что *превалируетъ* въ подобнаго рода случаяхъ, съ точки зрѣнія ст. ст. 6—7 Проекта: *межа ли, или же фактическая граница? не обязанъ ли* именно мировой судъ въ случаяхъ пограничныхъ споровъ — при несовпаденіи межи съ фактической границею — *все таки отыскать и возстановить, непременно, межу*, отнюдь не считаясь съ (отклонившеюся отъ нея) фактической границею, какъ она уже установилась къ тому моменту, когда была нарушена сосѣдомъ, предполагая опять таки, что это нарушеніе случилось недѣлю, двѣ и т. д., но, во всякомъ случаѣ, не поздиѣ, какъ 10 недѣль тому назадъ (до начатія спора)?

Считаясь съ *строго-поссessorнымъ* характеромъ споровъ, предусмотрѣнныхъ ст. ст. 6—7 Проекта, мы рѣшаемъ настоящіе во-

просы въ пользу фактической — *поссessorной же* — границы, а не межи, — и, въ частности, на второй изъ этихъ вопросовъ отвечаемъ въ безусловно отрицательномъ смыслѣ.

Впрочемъ, если бы Проектъ сталъ — въ настоящемъ своемъ видѣ — дѣйствующимъ закономъ, то, можетъ быть, обсуждая вопросъ о примѣненіи его ст. ст. 6—7, — *въ связи со всею вообще системою нашего законодательства*, — намъ пришлось бы высказаться по приведеннымъ вопросамъ въ нѣсколько иномъ или даже въ совершенно противоположномъ смыслѣ.

Въ самомъ дѣлѣ, попробуемъ только сопоставить ст. ст. 6—7 Проекта, ставія (согласно нашему предположенію) дѣйствующимъ закономъ, напр., со ст. 11 прил. I къ ст. 1400 (прим.) Уст. гражд. суд., которая тогда гласила бы, возможно, такимъ образомъ: „Споры о нарушеніи земельныхъ границъ *) подлежатъ вѣдомству мѣстныхъ мировыхъ судей, которые, при разрѣшеніи этихъ споровъ, руководствуясь статьею 73 сего же устава, изыскиваютъ однѣ положенныя генеральнымъ межеваніемъ границы и притомъ единственно по выданнымъ отъ межевыхъ правительствъ планамъ и межевымъ книгамъ“.

Ежели признать, что смыслъ приведенной статьи — тотъ, что мировые судьи, во всѣхъ случаяхъ нарушенія земельныхъ границъ (даже при несовпаденіи съ межею фактической границы), обязаны „изыскивать однѣ положенныя генеральнымъ межеваніемъ границы“ и ихъ возстанавливать, — то въ такомъ случаѣ содержаніе этой статьи явилось бы весьма существеннымъ, думается намъ, коррективомъ къ тѣмъ послѣдовательнымъ поссessorнымъ тенденціямъ ст. 6—7 Проекта, кои иначе (при отсутствіи настоящаго корректива) обнаружили бы, непременно, на практикѣ дѣйствіе, едва ли желательное въ этихъ условіяхъ (при несовпаденіи межи съ фактической границею) примѣненія споровъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ.

Таково наше мнѣніе о различныхъ случаяхъ (casus'axъ) примѣненія названныхъ споровъ по ст. ст. 6—7 Проекта.

*) Слѣдующія затѣмъ въ ст. 11 прил. I къ ст. 1400 (прим.) Уст. гр. суд. слова: „въ случаяхъ, указанныхъ въ пунктѣ 2 ст. 29 сего устава“ мы, по понятной причинѣ, выпускаемъ: если бы ст. ст. 6—7 Проекта стали закономъ, нарушенія земельныхъ границъ не были бы тогда только частными случаями нарушенія владѣнія, каковыми они (эти нарушенія земельныхъ границъ) являются, повидимому, нынѣ — при дѣйствованіи въ нашемъ законодательствѣ одного лишь п. 2 ст. 29 Уст. гражд. суд.

Переходимъ теперь къ разсмотрѣнію той (последней) группы споровъ, предусмотрѣнныхъ ст. 6 Проекта, которая представляетъ для насъ, очевидно, наибольшій интересъ.

Мы имѣемъ въ виду:

в) „Споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ“.

Выше мы установили уже, что настоящіе споры, подобно другимъ спорамъ, упоминаемымъ ст. 6 Проекта (и нами уже разсмотрѣннымъ), признаны названною статьею также *строго-поссessorными*.

Поэтому, для надлежащаго сужденія объ ихъ юридической природѣ *необходимо, равнымъ образомъ, послѣдовательно исходить изъ поссessorной догмы.*

Выясняя теперь ближе существо и содержаніе понятія споровъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ.

Въ ст. 6 Проекта подъ *нарушеніями правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій* надлежитъ, какъ мы уже знаемъ, разумѣть тѣ нарушенія сосѣдскихъ правъ, кои предусмотрѣны специально ст. ст. 445 и 446 т. X ч. I. Раскрывая же, такъ сказать, скобки (въ кои заключено содержаніе названныхъ статей), мы должны констатировать, что къ нарушеніямъ этой категоріи относятся случаи — когда: 1) сосѣдъ пристраиваетъ поварню и печь къ стѣнѣ (смежнаго) дома; 2) льетъ воду и мететъ соръ на (указанный) домъ или дворъ его; 3) дѣлаетъ скать кровли своей на (этотъ) дворъ, а не обращаетъ оный на свою сторону; 4) дѣлаетъ окна и двери въ брандмауеръ, отдѣляющемъ кровлю смежныхъ зданій *), и — наконецъ — 5) строя домъ на самой межѣ своего двора, дѣлаетъ окна на дворъ или на крышу своего сосѣда, безъ согласія сего послѣдняго **).

Ст. 6 Проекта, говоря о спорахъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій *на обоюдной съ нимъ межѣ*, имѣетъ въ виду, очевидно, *собственно тѣ лишь случаи*, когда споры этого рода *не осложнены еще*, такъ сказать, спорами иного рода, а именно: *пограничными* спорами (== о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ), — когда, говоря

*) Ст. 445 т. X. ч. I.

**) Ст. 446 т. X. ч. I.

другими словами, межа (или граница) оказывается уже въ данномъ случаѣ *надлежащимъ образомъ проложенною* между сосѣдскими участками (на „обоюдной межѣ“ или на границѣ коихъ строится домъ или иное зданіе) и — когда не обнаруживается, въ связи съ этою постройкою, еще какого либо спора о *самой межѣ* (или границѣ) между сосѣдами.

Разсматривая настоящіе споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ и т. д. *въ такомъ именно, чистомъ, такъ сказать, видѣ, т. е. безъ примѣси къ нимъ споровъ о поврежденіи границъ и т. д.*, — мы должны сказать, что ихъ юридическая природа намъ кажется достаточно ясною и не вызывающею какихъ либо сомнѣній.

На нашъ взглядъ, эти иски, какъ направленные на защиту правъ сосѣдства, суть, прежде всего, личные, или обязательственные иски. Они кажутся намъ, кромѣ того, *весьма несложными *)* и *потому вполне правильно отнесенными къ вѣдомству мирового суда*. Въмѣстѣ съ тѣмъ, съ точки зрѣнія такого (надлежащаго) взгляда на настоящіе иски, мы не усматриваемъ *абсолютно никакихъ основаній* къ тому, чтобы *ограничивать* предъявленіе ихъ въ мировомъ судѣ *какимъ либо особымъ, а тѣмъ болѣе — краткимъ, срокомъ*.

Въ такомъ именно видѣ представляется намъ *правильно* понятая юридическая природа споровъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.

Но *совсѣмъ иначе*, какъ мы не разъ уже говорили, *конструировали* эти споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. *сами составители Проекта*.

Обсуждая настоящіе иски, какъ *поссessorные*, они, очевидно, исходили изъ того (ошибочнаго) представленія, будто бы въ случаяхъ нарушеній этого рода имѣются на лицо *всѣ*, требуемые поссessorною догмою, признаки *нарушенія самого владѣнія сосѣднимъ участкомъ*. Слѣдовательно, они какъ бы разсуждали такъ, — что тотъ, кто, напр., пристраиваетъ печь къ стѣнѣ сосѣднаго дома

*) Ибо что, въ самомъ дѣлѣ, можетъ быть, повидимому, *проще и легче* — какъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, усмотрѣть и установить факты, вродѣ *пристройки поварни (и печи)* къ смежной стѣнѣ, *устройства ската кровли* на дворъ сосѣда или — *оконъ* на его дворъ или крышу и т. п., и — при констатированіи случаевъ указанныхъ нарушеній правъ сосѣда — постановить должное рѣшеніе (соотвѣтствующаго содержанія), для устраненія этихъ нарушеній на будущее время.

или льетъ воду на этотъ домъ, или дѣлаетъ окна на сосѣдній дворъ и т. п., причиняя, возможнымъ образомъ, этими своими дѣйствіями извѣстное безпокойство самому сосѣду, — вмѣстѣ съ тѣмъ, *нарушаетъ и самое владѣніе сосѣда* (принадлежащимъ ему) *участкомъ*.

Послѣ всего уже нами изложеннаго, происхожденіе такой *сугубо, такъ сказать, посессорной* точки зрѣнія составителей Проекта на споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ — само собою очевидно. Разумѣется, эта точка зрѣнія была *навъяна* на нихъ общимъ, *посессорнымъ же*, содержаніемъ и особеннымъ *духомъ* (какъ мы его выше охарактеризовали) тѣхъ самыхъ образцовъ западно-европейскаго права, а преимущественно — статьи 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о миров. судѣ, коими они пользовались при составленіи ст. ст. 6—7 Проекта.

Впрочемъ, мы не будемъ болѣе останавливаться на этомъ. Припомнимъ еще разъ, пожалуй, только, въ качествѣ иллюстраціи къ сей часъ нами сказанному, уже извѣстный намъ институтъ французскаго права: *des dénonciations de nouvel oeuvre*, — тоже своего рода „постройка домовъ и иныхъ зданій“, — опредѣленно отнесенный статьею 6¹ указаннаго франц. закона къ категоріи даже *подлинныхъ* владѣльческихъ исковъ. Ср. также *des actions relatives aux constructions et travaux etc.* (ст. 6³ того же закона).

Составители Проекта, *конструируя* споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., какъ посессорные, вполне послѣдовательно *распространили* также на нихъ *тѣ самыя начала* догмы владѣнія, коимъ они же подчинили споры о завладѣніи (и о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ). Между прочимъ, они отнесли къ спорамъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. также требованіе о предъявленіи ихъ въ мировомъ судѣ, съ соблюденіемъ краткаго (10-ти недѣльнаго) срока.

Но это примѣненіе ими указанныхъ началъ къ настоящимъ спорамъ оказалось, въ дѣйствительности, какъ сей часъ убѣдимся, *мѣрою, крайне неудачною*.

Согласно ст. 6 Проекта, споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. *не подлежатъ* вѣдомству мировыхъ судовъ, когда прошло уже болѣе 10-ти недѣль со времени сего нарушенія. Какой, однако, смыслъ имѣетъ это предписаніе? Вѣдь, если споры о завладѣніи или же споры о поврежденіи границъ и проч. оказываются, согласно той же ст. 6 Проекта, не подвѣдомственными мировымъ судамъ — въ случаяхъ ихъ предъявленія по истеченіи болѣе, чѣмъ 10-ти недѣль со времени завладѣнія или же повре-

жденія границы и проч., — то это объясняется лишь тѣмъ, что съ истеченіемъ настоящаго срока „сін споры“ *превратились*, въ силу ст. ст. 6—7 Проекта: споры о завладѣніи (владѣльческіе) въ споры о самомъ правѣ собственности (петиторные), а споры о поврежденіи границы, какъ предѣла владѣнія (видъ владѣльческихъ исковъ) въ споры о поврежденіи границы, какъ предѣла собственности (видъ виндикаціи), — такъ что эти *прежніе* споры, съ наступленіемъ указаннаго момента, въ сущности говоря, *даже болѣе какъ бы не существуютъ вовсе*.

Но вѣдь сказанное никакъ не можетъ быть отнесено также къ спорамъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.! Такимъ образомъ, и по истеченіи (и даже несмотря на истеченіе) 10-ти недѣль со времени сего нарушенія, споры этого рода, *въ силу самой юридической природы, имъ присущей*, т.-е. будучи, на самомъ дѣлѣ, личными, или обязательственными исками, — *остались* (вопреки возможнымъ предположеніямъ составителей Проекта) все таки *сами собою, но отнюдь не превратились въ новыя исковыя формы*.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., съ истеченіемъ этихъ 10-ти недѣль послѣ сего нарушенія, само собою разумѣется, также и *не прекратились, не погасились* (этотъ срокъ не давностный!): „по минованіи вышеозначеннаго срока (прямо сказано въ ст. 6 Проекта), дѣла сего рода *могутъ быть вчиняемы*“, но „только въ высшихъ судебныхъ мѣстахъ“ и т. д.

Итакъ, на основаніи сказаннаго мы заключаемъ, что совершенно нѣтъ *никакихъ юридическихъ основаній* къ изнятію интересующихъ насъ споровъ изъ вѣдомства мирового суда, въ случаяхъ предъявленія этихъ споровъ, уже по истеченіи 10-ти недѣль, и къ отнесенію ихъ, съ того момента, къ вѣдѣнію „высшихъ судебныхъ мѣстъ“, коль скоро, какъ оказывается, ихъ *юридическая природа и самая ихъ юридическая сущность* остаются, и послѣ этого момента, *безъ какихъ-либо измѣненій*.

Но подобнаго рода переменна подсудности настоящихъ споровъ, обусловленная истеченіемъ, въ особенности, столь краткаго срока (какъ 10-ть недѣль), *не можетъ быть*, на нашъ взглядъ, убѣдительно *мотивирована* также какими-либо иными (не юридическими, не догматическими, точнѣе выражаясь) соображеніями, — а напр., *соображеніями цѣлесообразности*.

Въ самомъ дѣлѣ, мы уже характеризовали выше настоящіе споры, какъ „весьма несложные и потому вполне правильно отнесенные къ вѣдомству мирового суда“. Но вотъ прошло всего лишь 10-ть недѣль, — и вдругъ эти споры оказываются уже не подлежащими болѣе вѣдомству мирового суда! Что же измѣнилось въ нихъ? (если, по крайней мѣрѣ, юридическая ихъ природа сохранилась, какъ мы сейчасъ сказали, во всей своей неприкосновенности). Или — можетъ быть, эти „весьма несложные“ до сихъ поръ споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., по истеченіи 10-ти недѣль со времени сего нарушенія, внезапно стали настолько сложными, что мировой судъ оказался вдругъ недостаточно компетентнымъ къ ихъ разрѣшенію?

Мы не можемъ также согласиться съ этимъ, считая, напротивъ, что настоящіе споры, и по истеченіи 10-ти недѣль (также, какъ и до этого времени), являются *одинаково* „весьма несложными“, и что потому, и послѣ этого срока, вполне — въ силахъ и средствахъ мирового суда судить о столь простыхъ фактахъ, какъ, напр.: пристройка поварни къ чужой стѣнѣ, устройство оконъ въ брандмауерѣ или — на домъ либо дворъ сосѣда и т. п.!

Такимъ образомъ, *настоящій принципъ перемѣны подсудности* споровъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., въ зависимости отъ истечения 10-ти недѣльного срока со времени сего нарушенія, *не можетъ быть одобренъ, по нашему мнѣнію, также въ силу внутреннихъ соображеній цѣлесообразности.*

Остается еще только оцѣнить значеніе этого принципа, съ *цивильно-политической точки зрѣнія.*

И должно сказать, что настоящій принципъ *нельзя признать, также съ этой точки зрѣнія, сколько-нибудь удачнымъ, по крайней мѣрѣ, на нашъ взглядъ.*

Въ этомъ не трудно убѣдиться.

Припомнимъ, какъ мы выше характеризовали уже сущность постановленій, составляющихъ содержаніе статей 445 и 446 т. X ч. 1. Ссылаясь тогда на историческіе источники этихъ статей, мы отмѣтили, что онѣ предписываютъ принятіе цѣлаго ряда предупредительныхъ противъ опасностей, преимущественно же — противопожарныхъ, мѣръ; таковы именно (говорили мы) смыслъ и значеніе содержащихся въ названныхъ статьяхъ 445 и 446 т. X ч. 1 предписаній: „не пристраивай поварни и печи къ стѣнѣ сосѣда

твоего“, „не лей воды и не сметай сора на домъ или дворъ его“, „не дѣлай оконъ и дверей въ брандмауерѣ“ и т. д. и т. д.

Конечно, эти предписанія, или правила сосѣдскаго права, по самому существу дѣла, *обращены, прежде всего, въ сторону (на пользу) самого сосѣда.* Но охраняя, въ первую очередь, его частные интересы, они, какъ не трудно видѣть, стоятъ тѣмъ самымъ на стражѣ также интересовъ *другихъ лицъ* и даже, быть можетъ, *многочисленныхъ группъ этихъ лицъ:* жильцовъ того же дома, другихъ сосѣдей, наконецъ — жителей цѣлаго города и т. п. Ибо настоящія предписанія, или правила сосѣдскаго права являются, очевидно, одновременно также *предписаніями, или правилами общественнаго спокойствія и безопасности,* — какъ это прямо вытекаетъ изъ сейчасъ сказаннаго нами объ ихъ предупредительномъ и, въ частности, противопожарномъ характерѣ.

Но принимая во вниманіе описанный характеръ этихъ правилъ (ихъ публично-правовое — на ряду съ частно-правовымъ — значеніе), можно ли одобрить, собственно съ *цивильно-политической точки зрѣнія,* это постановленіе ст. 6 Проекта, что споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. подлежатъ вѣдомству судовъ мировыхъ *только* въ случаѣ, когда сии споры предъявлены въ Мировомъ Судѣ не позднѣе 10-ти недѣль со времени сего нарушенія? Очевидно, что настоящее постановленіе нельзя одобрить, и съ указанной точки зрѣнія. Ибо съ *цивильно-политической точки зрѣнія, нѣтъ абсолютно никакого raison d'être затруднять* возстановленіе судебнымъ порядкомъ, — и при томъ *при содѣйствіи суда, болѣе близкаго къ населенію и, вообще, болѣе для него доступнаго: мирового суда,* — правъ сосѣда, предусмотрѣнныхъ ст.ст. 445 — 446 т. X ч. 1, въ случаяхъ, когда, со времени ихъ нарушенія, прошло уже болѣе 10-ти недѣль. А чѣмъ же инымъ, какъ не *такимъ именно затрудненіемъ,* является правило ст. 6 Проекта, изъемяющее изъ компетенціи мирового суда эти споры, по истеченіи указаннаго — къ тому же столь краткаго — срока? Конечно, сосѣдъ, права коего были нарушены другимъ сосѣдомъ, можетъ всё еще обратиться — и по истеченіи этого срока — въ „высшее судебное мѣсто“, но, во всякомъ случаѣ, такой порядокъ вещей, очевидно, несколько не будетъ содѣйствовать скорѣйшему разрѣшенію настоящихъ, по существу, вполне простыхъ дѣлъ, — *въ чемъ, однако, оказывается весьма заинтересованнымъ, помимо сосѣда, и само общество!*

Такимъ образомъ, ни съ юридической точки зрѣнія, ни съ точки зрѣнія цѣлесообразности, ни съ гражданско-политической точки зрѣнія, никакъ нельзя одобрить конструированіе составителями Проекта споровъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., какъ владѣльческихъ исковъ, и, вообще, подчиненіе ими этихъ споровъ основнымъ началамъ догмы владѣнія.

Примѣненіе къ нимъ указанныхъ началъ (въ ст. ст. 6—7 Проекта) явилось, нельзя не прійти къ заключенію, лишь плодомъ доктринерства составителей Проекта, навъяннаго на нихъ догматически (и конструктивно) столь несовершенною, какъ мы убѣдились, ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ.

До сихъ поръ, обсуждая юридическую природу предусмотрѣнныхъ ст. 6 Проекта споровъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоудной съ нимъ межѣ, мы исходили изъ того предположенія, что эти споры не осложнены еще другими, пограничными спорами, т. е. спорами между сосѣдями о самой межѣ или границѣ.

Но вполне мыслимы, очевидно, и прямо противоположные случаи.

Возможность ихъ видна уже изъ самого содержанія ст. 446, въ связи со ст. 447 т. X ч. 1, въ коихъ (между прочимъ) сказано: „строющій домъ на самой межѣ своего двора не долженъ дѣлать оконъ на дворъ или на крышу своего сосѣда безъ согласія сего послѣдняго“; „строющій домъ не на самой межѣ, а съ отступленіемъ отъ оной внутрь своего двора, можетъ дѣлать окна на сосѣдніе дворы, и не требуя согласія хозяевъ оныхъ“. Можно, очевидно, представить себѣ (въ связи съ содержаніемъ приведенныхъ текстовъ нашего закона) и такіе случаи, когда строющій домъ дѣлаетъ окна на дворъ или на крышу своего сосѣда, безъ согласія сего послѣдняго—только потому, что онъ лично убѣжденъ въ томъ (или, по крайней мѣрѣ, претендуетъ на то), что строить данный домъ „не на самой межѣ, а съ отступленіемъ отъ оной внутрь своего двора“, т. е. что эта межа проходитъ впереди самого дома; сосѣдъ же оспариваетъ этотъ его взглядъ, категорически утверждая, напротивъ, что домъ строится „на самой межѣ“. Очевидно, что при такихъ обстоятельствахъ споръ о нарушеніи правъ сосѣда устройствомъ оконъ на дворъ послѣдняго направится, въ сущности говоря, единственно лишь въ сторону вы-

ясненія того, строится ли домъ (съ окнами) на самой межѣ, или же съ отступленіемъ отъ оной,—или, говоря другими словами: настоящей споръ, при указанныхъ обстоятельствахъ, сведется, въ дѣйствительности, къ сосѣдскому пограничному спору.

Само собою разумѣется, что совершенно аналогичный оборотъ могутъ принять также споры о нарушеніи другихъ сосѣдскихъ правъ при постройкѣ домовъ и проч., упоминаемыхъ ст. 445 т. X ч. 1, напр.: споры по поводу пристройки печи, устройства ската кровли и т. п.

Въ связи со сказаннымъ возникаютъ такого рода вопросы.

Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ—когда при предъявленіи въ мировомъ судѣ споровъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. выяснится прямая зависимость этихъ споровъ собственно отъ пограничныхъ споровъ (о направленіи межи или границы)—обязанъ ли мировой судъ, по смыслу ст. 6—7 Проекта, войти въ обсужденіе указанныхъ сосѣдскихъ споровъ? Компетентенъ ли онъ,—и если компетентенъ, то въ какой мѣрѣ—къ ихъ рассмотрѣнію? и проч.

Мы думаемъ, что отвѣтъ на эти вопросы данъ уже нами въ предыдущемъ изложеніи. Мы уже объяснили, что, съ точки зр. ст. ст. 6—7 Проекта, пристраивающій печь къ стѣнѣ сосѣда или же строящій на самой межѣ домъ съ окнами на его дворъ и т. п. нарушаетъ этими своими дѣйствіями самое владѣніе сосѣда даннаго участка (смежнаго). Поэтому (исходя именно изъ таковыхъ соображеній) названныя статьи Проекта и относятся, согласно предложенному нами выше объясненію, споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.,—наряду со „спорами о завладѣніи чужимъ недвижимымъ имуществомъ“—также къ вѣдомству мирового суда.

Итакъ, споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. сами по себѣ подвѣдомственны (по Проекту) мировому суду.

Но то же самое приходится констатировать—надо думать—въ отношеніи этихъ споровъ и тогда, когда они осложнены еще пограничными спорами. Ибо пограничные споры суть, само собою разумѣется, ничто иное, какъ извѣстные уже намъ (также предусмотрѣнные ст. ст. 6—7 Проекта) „споры о повреденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“. А эти послѣдніе споры также подвѣдомственны (по Проекту, его ст. ст. 6—7) мировому суду.

Такимъ образомъ, въ интересахъ

въ правъ и даже обязанъ входить въ обсужденіе также преюдициальныхъ пограничныхъ споровъ, буде таковыя возбудятся въ теченіе даннаго процесса.

Конечно, и настоящіе преюдициальные пограничные споры (какъ и не-преюдициальные пограничные споры) могутъ и должны быть разрѣшаемы мировымъ судомъ отнюдь, однако, не окончательно—не петиторно, а всего лишь по-сессиорно, — слѣдуя основнымъ началамъ, нами изложеннымъ уже выше — при обсужденіи юридической природы споровъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ *). Это означаетъ, что при разборѣ споровъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., осложненныхъ пограничными сосѣдскими спорами, миров. судъ былъ бы обязанъ (по Проекту) *выяснить направленіе пролегающей между смежными участками границы, лишь какъ предѣла владѣнія* (но отнюдь не какъ предѣла права собственности). Затѣмъ, основываясь на результатахъ такого именно (по-сессиорнаго) обслѣдованія, онъ долженъ былъ бы *постановлять рѣшеніе по самому существу дѣла*, — по вопросу о томъ, были ли (или же не были) нарушены права сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., признанныя за нимъ ст. ст. 445—446 т. X т. 1.

Такимъ образомъ, мировой судъ при разборѣ, напр., дѣла о постройкѣ дома съ окнами на чужой дворъ, осложненнаго пограничнымъ споромъ (на самой-ли межѣ, или же съ отступленіемъ отъ оной?) былъ бы обязанъ (по Проекту) „по-сессиорно“ разрѣшить, прежде всего, этотъ послѣдній вопросъ и только, въ зависимости отъ того или иного его рѣшенія, опредѣлить также дальнѣйшую судьбу самихъ оконъ (не должны-ли они быть задѣланы? и т. п.). То же относится, очевидно, и къ другимъ осложненнымъ пограничными спорами дѣламъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., какъ то: объ устройствѣ ската кровли на дворъ сосѣда, о пристройкѣ печи къ его стѣнѣ и т. п.

Само собою разумѣется, что если бы сторона, проигравшая данный процессъ въ мировомъ судѣ, вновь возбудила тотъ же споръ въ „вышемъ судебномъ мѣстѣ“, — но уже не какъ по-сессиорный, конечно, а какъ петиторный споръ, — то эти знакомые уже намъ преюдициальные пограничные вопросы снова тогда подверглись бы, очевидно, обсужденію въ указанномъ высшемъ судебномъ мѣстѣ. Но въ результатѣ этого, высшее судебное мѣсто могло бы, конечно, вы-

нести совершенно другое рѣшеніе, по своему содержанію прямо противоположное тому, которое уже состоялось въ Мировомъ судѣ и которое затѣмъ было приведено въ исполненіе.

Такимъ образомъ, если бы по постановленіямъ мирового суда, напр., окна были задѣланы, кровля (ея скать) передѣлана, печь, пристроенная къ чужой стѣнѣ, снесена и т. п., то теперь, на основаніи постановленій высшаго судебного мѣста, окна могли бы открыться вновь, кровля — снова передѣланною, печь, пристроенная къ чужой стѣнѣ, — восстановленною и т. п.

Не будемъ останавливаться на вопросѣ о томъ, *желательна ли*, собственно говоря, подобная (по-сессиорно-петиторная организація) судебного процесса *по дѣламъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.*

Вмѣсто этого, вполне достаточно констатировать, что все сейчасъ сказанное нами по поводу этой организаціи въ примѣненіи къ названному искамъ составляетъ только послѣдовательные выводы изъ принятой составителями Проекта основной идеи объ этихъ искахъ, а равно и объ искахъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ, — какъ по-сессиорныхъ искахъ.

Мы произвели подробный юридическій анализъ вопроса о примѣненіи на практикѣ ст. ст. 6—7 Проекта въ предположеніи, что Проектъ сталъ дѣйствующимъ закономъ.

Но Проектъ не получилъ силы закона.

Тѣмъ не менѣе, настоящій затраченный нами трудъ не долженъ, конечно, пропасть даромъ. Въ частности-же, это, произведенное сейчасъ нами, обслѣдованіе существа по-сессиорно-петиторной организаціи Проектомъ судебного процесса *собственно по дѣламъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.*, въ значительной степени *поможетъ* намъ (какъ мы надѣемся) *на-длежаще ориентироваться—въ дальнѣйшемъ изложеніи—въ вопросахъ, касающихся защиты правъ участія частнаго по Уставу гражд. судопроизводства.*

*) См. выше (въ особенности п. 6²—3).

§ 17. Результаты рецепции ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ нашимъ процессуальнымъ законодательствомъ (продолженіе). — Ст. 29, п. 5 Устава гражд. суд. 20 Ноября 1864 г.

Въ самомъ началѣ предыдущаго § мы поставили вопросъ: не являются ли предусмотрѣнные п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд. иски о правѣ участія частнаго поссессорными исками? Тогда же мы указали, что съ точки зрѣнія правильной догмы (и конструкціи) этихъ исковъ, настоящій вопросъ долженъ быть рѣшенъ въ безусловно отрицательномъ смыслѣ, — но что совѣмъ, однако-же, другое дѣло — *возможная*, вообще говоря, точка зрѣнія на эти иски нашего законодателя.

Теперь намъ придется обсудить слѣдующіе вопросы: какъ же, въ самомъ дѣлѣ, конструировали иски о правѣ участія частнаго *сами редакторы* Устава гражд. судопроизводства? не конструировали ли они настоящіе иски, — *въ качествѣ именно поссессорныхъ исковъ*? И буде окажется, что они конструировали ихъ какъ разъ указаннымъ способомъ, не слѣдуетъ ли считать, что эта „поссессорная“ (ими принятая) конструкція названныхъ исковъ *получила надлежащее выраженіе въ самомъ дѣйствующемъ законѣ, и не является ли, поэтому, ея признаніе нынѣ безусловно обязательнымъ для интерпретатора сего закона?*

Выше (§ 6) мы цитировали (изъ извѣстнаго изданія Государственной Канцеляріи Судебныхъ Уставовъ) то „разсужденіе“, на коемъ былъ основанъ п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд. 20-го Ноября 1864 г. Мы тогда не признали, однако, за нимъ значенія матеріала, пригоднаго служить дѣлу *правильнаго* познанія юридической природы исковъ о правѣ участія частнаго; напротивъ, мы охарактеризовали тогда настоящее „разсужденіе“ даже, какъ „неудавшееся лишь теоретизированіе составителей Судебныхъ Уставовъ 20-го ноября 1864 г.“. Мы „осудили“ его столь строго за явные недостатки, ему свойственные, каковы суть малосодержательность, недосказанность и общая неясность.

Если же мы теперь вновь вспомнили объ этомъ „разсужденіи“, то отнюдь не по тому, что уже успѣли сколько-нибудь измѣнить наше прежнее о немъ мнѣніе. Мы снова обращаемся къ нему, конечно, не за тѣмъ, въ особенности, чтобы почерпнуть изъ него

подлинное знаніе объ искахъ о правѣ участія частнаго *), — но и не затѣмъ даже, чтобы обнаружить въ немъ сколько-нибудь законченное ученіе объ этихъ искахъ самихъ редакторовъ Судебныхъ Уставовъ. Очевидно, что мы ни въ какомъ случаѣ не въ правѣ надѣяться на это, разъ мы же сами охарактеризовали настоящее „разсужденіе“, какъ „неудавшееся (= малосодержательное, недосказанное и вообще неясное) теоретизированіе“ названныхъ редакторовъ. Но мы вспомнили вновь объ этомъ „разсужденіи“ лишь по тому, что всетаки надѣемся найти въ немъ, *если не прямыя указанія, то хотя бы слабыя только намеки, насчетъ образа мышленія редакторовъ Устава гражд. суд. по вопросу о сущности исковъ о правѣ участія частнаго.*

Используемъ же упомянутое „разсужденіе“ только въ указанномъ отношеніи.

Въ предыдущемъ изложеніи мы установили, что составители Проекта конструировали (ошибочно) споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., какъ поссессорные иски. Но не считали ли редакторы Устава гражд. судопр. *такую* конструкцію составителей Проекта и для себя болѣе или менѣе приемлемою? На этотъ вопросъ приходится дать, повидимому, утвердительный отвѣтъ.

Въ самомъ дѣлѣ. Редакторы Устава гражд. судопр. были, не подлежить сомнѣнію, такъ или иначе *солидарны* съ составителями Проекта во взглядѣ на юридическую природу исковъ, направленныхъ на защиту сосѣдскихъ правъ. Первые, какъ и вторые, очевидно, представляли себѣ эти иски также — *въ качествѣ поссессорныхъ и, во всякомъ случаѣ, вещныхъ исковъ*. Повидимому, редакторы Устава гражд. судопр. (также, какъ и составители Проекта) *не допускали даже мысли* о томъ, чтобы указанные иски были не вещными, а личными, обязательственными исками. Ибо, если бы редакторы Уст. гражд. суд., въ противоположность составителямъ Проекта, конструировали иски, направленные на защиту сосѣдскихъ правъ, не какъ вещные, а какъ личные, обязательственные иски, *то они, навѣрное, сочли бы нужнымъ какъ либо отмѣтить это, столь важное и принципиальное, свое расхожденіе съ составителями Проекта* во взглядѣ на юридическую природу названныхъ исковъ, — *съ первыхъ же словъ* того самаго ихъ „разсужденія“, на коемъ основанъ редактированный ими п. 5 ст. 29 Уст. гражд. судопр. *На самомъ же дѣлѣ — во всемъ*

*) См. по этому вопросу выше § 6.

этомъ „разсужденіи“ мы не находимъ, хотя бы слабого только, намека на несогласіе ихъ съ составителями Проекта въ указанномъ отношеніи!

Что редакторы Устава гражданскаго судопроизводства считали иски о правѣ участія частнаго вещными, и при томъ именно *поссessorными исками*, нашла и констатировала также, какъ мы уже видѣли, комиссія по судебнымъ реформамъ Государственной Думы. „Если обратиться къ соображеніямъ, на коихъ основано правило этого пункта *)—**). (п. 5 ст. 29),—говоритъ (между прочимъ) названная комиссія въ выше приведенныхъ нами мотивахъ къ новой редакціи п. 3 ст. 29 Уст. гр. суд.,—то необходимо придти къ тому заключенію, что правило это было введено въ уставъ гражданскаго судопроизводства съ цѣлью предоставленія частнымъ лицамъ путемъ *владѣльческаго иска* *) защищать свои права“ и проч. Слѣдовательно, по мнѣнію комиссіи, редакторы Уст. гражд. суд. создали въ искахъ о правѣ участія частнаго именно владѣльческіе иски, но только они, по ея же словамъ (см. также названные мотивы), неудовлетворительно редактировали п. 5 ст. 29: „иски о *правѣ* участія... когда со времени *нарушенія*“ и проч.,— вмѣсто того, чтобы его редактировать слѣдующимъ (болѣе удачнымъ) образомъ: „иски о *нарушеніи* права участія“ ***) и т. д.

Такимъ образомъ, изъ сказаннаго явствуетъ, что комиссія усмотрѣла юридическую сущность настоящихъ исковъ именно въ этомъ понятіи: „нарушеніе“. Но откуда она, прежде всего, его заимствовала? Очевидно, что изъ того же самаго „разсужденія“, на которое она ссылалась, какъ мы видѣли. Дѣйствительно, это „разсужденіе“ уже *начинается* словами: „По свойству исковъ о *нарушеніи* права частнаго участія“ и т. д.; далѣе—выраженіе: „нарушеніе“ еще *дважды* повторяется въ названномъ „разсужденіи“: приблизительно въ серединѣ его—„черезъ годъ со времени происшедшаго *нарушенія*“—и въ заключительныхъ его словахъ: „чтобы тяжущіеся могли получить свѣдѣнія о *нарушеніи* ихъ права участія частнаго, къ какому бы предмету право сіе ни относилось“.

Конечно, неоднократное употребленіе редакторами Уст. гражд. суд. этого выраженія („нарушеніе“) въ текстѣ настоящаго „разсужденія“ не можетъ не приковывать къ себѣ вниманія серьезнаго

*) Курсивъ нашъ.

**) Эти слова имѣютъ въ виду, очевидно, все то же „разсужденіе“.

***) П. 3 ст. 29 новой редакціи.

читателя. И пѣтъ ничего удивительнаго, поэтому, въ томъ, что комиссія по судебн. реформамъ Госуд. Думы весьма и весьма *задумалась* надъ смысломъ и значеніемъ столь частаго употребленія сего выраженія редакторами Уст. гражд. суд. И вотъ она, въ концѣ концовъ, усмотрѣла въ немъ тотъ именно *поссessorный „элементъ“*, коимъ (рѣшила она) надѣлила наши иски названные редакторы.

Мы думаемъ, однако, что такое умозаключеніе комиссіи *само по себѣ* еще недостаточно обосновано.

Правда, какъ мы уже выше сказали по поводу „разсужденія“ редакторовъ Устава, въ немъ (въ этомъ „разсужденіи“) нисколько не была ими оспорена точка зрѣнія составителей Проекта на интересующіе насъ иски, какъ вещные и при томъ *поссessorные*; обратимъ теперь еще вниманіе специально на *терминологию*, принятую ст. 6 Проекта для исковъ, коимъ соответствуютъ (въ Уст. гражд. суд.) позднѣйшіе иски о правѣ участія частнаго: „споры о *нарушеніи* правъ сосѣда“, и проч. Оказывается, такимъ образомъ, что выраженіе: „нарушеніе“ имѣлось уже въ Проектѣ, а онъ конструировалъ иски, направленные на защиту сосѣдскихъ правъ, именно какъ *поссessorные иски*. И вотъ это самое выраженіе и заимствовали у составителей Проекта редакторы Устава!

Сопоставляя теперь всё сказанное, мы находимъ уже *вполнѣ правдоподобною* мысль, высказанную комиссіею—что редакторы Уст. гражд. суд. конструировали иски о правѣ участія частнаго, какъ *поссessorные иски* *).

И всетаки обнаруженіе этого факта само по себѣ *не даетъ еще намъ какого либо основанія* къ тому, чтобы считать, что иски о правѣ участія частнаго не только являлись таковыми (*поссessorными*) *въ представленіи редакторовъ Устава*, но и *являются ими также въ самомъ нашемъ законѣ* (въ Уст. гр. суд. 20-го ноября 1864 г.) **). И дѣйствительно, ниже мы убѣдимся, что конструкція исковъ о правѣ участія частнаго, какъ *поссessorныхъ исковъ*, *всецѣмъ не свойственна самому Уставу*

*) Они, по крайней мѣрѣ, были *склонны*, надо думать, именно такъ конструировать эти иски.

**) А между тѣмъ такого именно мнѣнія держалась (ошибочно) комиссія по суд. реф. Госуд. Думы. Впрочемъ, она даже приписала, какъ мы видѣли, редакторамъ Устава взглядъ на иски о правѣ участія частнаго, какъ *поссessorные сервитутные иски*. Въ дѣйствительности же, это былъ (не трудно видѣть) лишь собственный взглядъ комиссіи на указанные иски, взглядъ,— по существу, совершенно ошибочный и отнюдь не свойственный названнымъ редакторамъ.

гражд. судопр. Но объ этомъ мы скажемъ особо лишь въ дальнѣйшемъ изложеніи. Пока же вновь возвратимся къ вопросу о томъ, какъ, по всей вѣроятности, представляли себѣ сами редакторы Устава юридическую сущность настоящихъ исковъ.

О томъ, что названные редакторы *не* считали иски о правѣ участія частнаго личными, обязательственными исками показываетъ, кромѣ всего уже сказаннаго нами по этому поводу, также то мѣсто, которое они отвели этимъ искамъ среди исковъ, подлежащихъ, согласно ст. 29 Уст. гр. суд. 20-го ноября 1864 г., вѣдомству мировыхъ судей.

Они отнесли—въ названной 29 статьѣ Уст. гр. суд.—къ вѣдомству этихъ судей: во-первыхъ—личные, обязательственные иски (п. п. 1—3), во-вторыхъ—иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (п. 4) и въ-третьихъ—иски о правѣ участія частнаго (п. 5). Очевидно, что, распредѣливъ перечисленныя группы исковъ указаннымъ способомъ,—а именно: помѣстивъ между личными, обязательственными исками, съ одной стороны, и исками о правѣ участія частнаго, съ другой, иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія,—редакторы Устава тѣмъ самымъ какъ бы подчеркнули, *по крайней мѣрѣ*, то,—что иски о правѣ участія частнаго не являются, по ихъ мнѣнію, личными, обязательственными исками; но, быть можетъ, такимъ размѣщеніемъ всехъ этихъ исковъ, поименованныхъ въ ст. 29 Уст. гр. суд., они желали достигъ даже большаго, а именно: указать на яко-бы присущую искамъ о правѣ участія частнаго *близость* къ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

Въ связи со сказаннымъ находится, повидимому, и то обстоятельство, что для предъявленія исковъ о правѣ участія частнаго, а также исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія ими были установлены въ ст. 29 Уст. гр. суд. *особые (краткіе) сроки*,—тогда какъ, напротивъ, для вчиненія личныхъ, или обязательственныхъ исковъ, предусмотрѣнныхъ тою же статьею, какого либо особаго срока въ этой статьѣ вовсе положено не было.

Итакъ, на основаніи всего сказаннаго мы заключаемъ, что сами редакторы Устава, повидимому, считали иски о правѣ участія частнаго подлинными посессорными исками. По крайней мѣрѣ, мы находимъ въ Уставѣ гражд. суд. 20-го ноября 1864 г. *несомнѣнные признаки* того, что они были склонны мыслить эти иски именно указаннымъ образомъ. Но мы думаемъ всетаки, что въ этомъ процессѣ законодательствованія у нихъ дѣло далѣе настоящихъ „призна-

ковъ“ такъ и не пошло, — что, говоря другими словами, они такъ и *не успѣли* или просто *не сумѣли* дать этимъ своимъ „посессорнымъ“ тенденціямъ вполне надлежащее выраженіе въ самомъ законѣ, вслѣдствіе чего указанные ихъ тенденціи такъ и остались только *ихъ* тенденціями, *но не стали, напротивъ, намѣреніями и волею самого нашего закона, т. е. Устава гражд. суд.*

Это важно установить, въ виду слѣдующаго.

Конструкція исковъ о правѣ участія частнаго, въ качествѣ посессорныхъ исковъ, отнюдь не является, какъ показываетъ все наше изслѣдованіе, дѣйствительно, удовлетворительно и вообще пріемлемою конструкціею. Пожалуй, что—*на первый взглядъ*—такая „посессорная“ конструкція можетъ *показаться* весьма простою и даже какъ будто бы наиболѣе естественною. Но на самомъ дѣлѣ, объ этой конструкціи всетаки надо сказать, что она *не въ состояніи* (какъ мы видѣли) выдержать строго научной критики, будучи, въ дѣйствительности, и *весьма искусственною, и даже, съ научной точки зрѣнія, совершенно неестественною.*

Впрочемъ, и такая искусственная и, по существу, даже прямо ошибочная конструкція, если бы она, къ сожалѣнію, получила все-таки *надлежащее* выраженіе въ самомъ дѣйствующемъ законѣ, явилась бы съ этого момента уже *безусловно обязательною* для всякаго интерпретатора сего закона.

Этотъ послѣдній тезисъ мы установили уже въ предыдущемъ изложеніи и тогда же иллюстрировали его на Проектѣ, констатируя въ его ст. ст. 6—7 примѣръ именно такой, хотя и ошибочной (и искусственной), но всетаки обязательной для ихъ интерпретатора, конструкціи исковъ о нарушеніи правъ сосѣда и проч., какъ посессорныхъ исковъ.

Но эта „посессорная“ конструкція исковъ о правѣ участія частнаго, къ счастью, оказывается *отнюдь не свойственною*, какъ мы уже отмѣтили, *нашему Уставу гражд. суд.*, — хотя его редакторы и представляли, вѣроятно, себѣ названные иски, какъ посессорные иски.

Въ подтвержденіе того, что иски о правѣ участія частнаго не являются, *согласно процессуально-правовой системѣ, принятой Уставомъ гражданскаго судопроизводства*, посессорными исками,—можно привести слѣдующія соображенія.

Во-первыхъ. Какъ мы видѣли, Проектъ называлъ споры о нарушеніи правъ сосѣда, *наряду* со спорами о завладѣніи, — *совмѣстно*—въ одной и той же ст. 6. Напротивъ, хотя Уставъ гра-

жданскаго судопроизводства и упоминаетъ объ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и искахъ о правѣ участія частнаго, равнымъ образомъ, въ одной и той же ст. 29, онъ всетаки такъ или иначе, но *обособляетъ* другъ отъ друга объ эти категоріи исковъ, — помѣщая ихъ *отдѣльно* одну отъ другой—въ *различныхъ* пунктахъ названной статьи.

Во-вторыхъ. Проектъ установилъ для предъявленія въ мировомъ судѣ споровъ о завладѣніи и споровъ о нарушеніи правъ сосѣда *одинаковый* 10-ти недѣльный срокъ: „когда сіи споры, т. е. какъ споры о завладѣніи, такъ и споры о нарушеніи правъ сосѣда, предъявлены—сказано въ ст. 6 Проекта—въ Мировомъ Судѣ не поздне 10-ти недѣль со времени завладѣнія или нарушенія правъ сосѣда“. Напротивъ, Уставъ гражд. суд. опредѣляетъ для вчиненія исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и исковъ о правѣ участія частнаго не одинаковые, а *разные* сроки: 6-ти мѣсячный — для первыхъ, и годичный—для вторыхъ *).

Изъ предыдущаго изложенія мы уже знаемъ, какъ этотъ 10-ти недѣльный срокъ, постепенно удлиняясь, превратился: сперва — въ 3-хъ мѣсячный срокъ, а затѣмъ и — въ 6-ти мѣсячный. Но этотъ послѣдній срокъ былъ установленъ (уже въ Проектѣ Устава гражд. суд.) только для предъявленія исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія; для вчиненія же исковъ о правѣ участія частнаго тогда же былъ опредѣленъ срокъ „совершенно неожиданной (сказали мы выше) продолжительности“, — годичный.

Мы уже установили, что настоящій годичный срокъ былъ заимствованъ редакторами Устава изъ французскаго гражданскаго законодательства. Названное же законодательство приписываетъ, какъ мы видѣли, указанному годичному сроку совсѣмъ особенное значеніе. Именно, согласно этому законодательству (благодаря, въ особенности, существованію въ немъ ст. 23 Code de proc. civ. и ст. 6¹ закона 25 мая 1838 г. о мир. судѣ), уже одно то обстоятельство, что данный искъ подлежитъ вчиненію у мирового судьи въ теченіе года (dans l'année du trouble) является, можно сказать, признакомъ того, что настоящему иску присуща (по мысли французскаго законодателя) подлинная поссessorная природа. Можетъ быть, и редакторы Устава, опредѣляя въ п. 5 ст. 29, что иски о правѣ участія частнаго подлежатъ вѣдомству мирового судьи—„когда со времени его

*) Только законъ 15-го іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда установилъ, какъ извѣстно, одинаковый срокъ для предъявленія исковъ обѣихъ категорій.

нарушенія *) прошло не болѣе года **),—имѣли въ виду такимъ именно способомъ сообщить поссessorный характеръ также названнымъ искамъ.

Но подобное ихъ намѣреніе (если только оно у нихъ, дѣйствительно, было), конечно, *не имѣетъ абсолютно никакой силы для интерпретатора* ст. 29 Уст. гражд. суд. и *вовсе не можетъ быть имъ принимаемо во вниманіе, потому что русское законодательство не присваиваетъ годичному сроку того спеціальнаго значенія, какимъ онъ пользуется во французскомъ законодательствѣ*, — въ виду отсутствія въ немъ статей, аналогичныхъ ст. 23 Code de proc. civ. и ст. 6¹ франц. закона 25 мая 1838 г. о мировомъ судѣ.

Въ-третьихъ. Основное начало французской процессуальной системы: „le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés“ (ст. 25 Code de proc. civ.), было принято, какъ мы уже выше говорили, также нашимъ Проектомъ, постановившимъ (между прочимъ) въ ст. 7: „Мировые Суды, *не входя въ разсмотрѣніе права собственности* на имущество приводятъ въ извѣстность, въ чьемъ владѣніи или въ какомъ состояніи находился спорный предметъ за 10 недѣль предъ начатіемъ спора“ и проч. Для нашей цѣли *весьма существенно* теперь указать, что поименованная ст. 7 Проекта относилась настоящій принципъ *одинаково* — какъ къ спорамъ о завладѣніи, такъ и къ спорамъ о нарушеніи правъ сосѣда. „По спорамъ, означеннымъ въ предшедшей 6 статьѣ—гласила названная ст. 7 Проекта — Мировые Суды, не входя въ разсмотрѣніе права собственности“ и т. д. и т. д.

Сказаннымъ и достигался, повидимому, требуемый результатъ: споры о нарушеніи правъ сосѣда оказались, такимъ образомъ, *подчиненными*, по крайней мѣрѣ, внѣшнимъ искусственнымъ образомъ, этому, наиболѣе существенному, основному началу догмы владѣнія,—благодаря чему указанные споры *превратились* какъ бы въ настоящіе владѣльческіе иски, несмотря на то, что они отнюдь не являются таковыми, по своей природѣ.

Надо теперь сказать, что принципъ: „le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés“ *оказался выраженнымъ также въ Уставѣ гражд. суд. 20 ноября 1864 г.*,—въ его ст. 73, гласившей: „По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія Мировой Судья *не входитъ* въ разсмотрѣніе документовъ, удосто-

*) Курсивъ нашъ.

**) Курсивъ подлинника.

вп'ряючихъ право собственности на недвижимое имѣніе, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе“ *). Но какъ видно изъ приведеннаго текста ст. 73, Уставъ гражд. суд. — въ противоположность Проекту—отнесъ настоящий принципъ *только* къ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, *но не къ искамъ о правѣ участія частнаго*.

Это обстоятельство даетъ, на нашъ взглядъ, уже *прямое указаніе* на то, что иски о правѣ участія частнаго (п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд. 20 ноября 1864 г.) *отнюдь не являются поссessorными исками* **), хотя бы именно таковыми, т. е. поссessorными исками и были названные въ ст. 6 Проекта споры о нарушении правъ сосѣда, отъ коихъ упомянутые иски о правѣ участія частнаго ведутъ свое историческое происхожденіе.

Итакъ, въ силу приведенныхъ соображеній, иски о правѣ участія частнаго, по принятой Уставомъ гражданского судопроизводства 20 ноября 1864 г. процессуально-правовой системѣ, нельзя считать поссessorными исками. Вопреки возможнымъ (и даже вполне вѣроятнымъ) намѣреніямъ редакторовъ Устава конструировать иски о правѣ уч. ч., какъ поссessorные иски, всетаки надлежитъ признать ихъ отнюдь не поссessorными, а, напротивъ, *личными или обязательственными исками, направленными на защиту—основанныхъ на законѣ—сосѣдскихъ правъ*.

Это основное начало ученія объ искахъ о правѣ уч. ч. по Уставу гражд. суд. никогда не должно быть выпускаемо изъ виду при обсужденіи какъ юридической природы, такъ и другихъ вопросовъ, касающихся настоящихъ исковъ.

*) На основаніи закона 15 июня 1912 о преобр. мѣст. суда, ст. 73 нынѣ редактирована такимъ образомъ: „По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго или утраченнаго владѣнія недвижимымъ имуществомъ мировой судья возстановляетъ владѣніе, *не входя въ разсмотрѣніе вопроса о правѣ собственности на это имущество или о правѣ на владѣніе имъ*“. Ср. редакцію ст. 7 Проекта.

**) Ср. доводы въ поименованной выше статьѣ Д. В. Квиркелія („Вѣстникъ права“ за 1915 г., № 24).

ГЛАВА IV.

Основные начала ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго по Уставу гражданского судопроизводства.

§ 18. Цѣли, преслѣдуемая нами въ настоящей главѣ. — I. Юридическая природа исковъ о правѣ участія частнаго. Существующія сужденія. Наше мнѣніе по этому предмету.

Въ сущности говоря, мы уже въ достаточной мѣрѣ выяснили, по крайней мѣрѣ, наиболѣе характерныя черты исковъ о правѣ участія частнаго какъ во всемъ предыдущемъ изложеніи настоящей книги, такъ и, въ особенности, въ ея главѣ II: „Изслѣдованіе юридической природы исковъ о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго (конструкція этихъ исковъ)“.

Въ этой главѣ, слѣдуя предварительно намѣченному въ ней методологическому плану (§ 6), мы охарактеризовали, прежде всего, юридическую природу *правъ* участія частнаго, предусмотрѣнныхъ статьями 442, 445—451 т. X. ч. 1 (§ 7); затѣмъ, мы обсудили въ той же главѣ юридическую сущность *исковъ* о нарушеніи права (или о правѣ) участія частнаго, пользуясь для этой цѣли сопоставленіемъ ихъ съ судебными средствами защиты правъ сосѣдства, по римскому праву (§§ 8—9); наконецъ, остановившись спеціально на вопросѣ о значеніи годичнаго срока, установленнаго п. 5 (нынѣ п. 3) ст. 29 Уст. гр. суд. для предъявленія исковъ о правѣ участія частнаго, мы пришли, попутно, къ заключенію о необходимости произвести еще особое—историко-критическое—изслѣдованіе происхожденія текста п. 3 (прежде п. 5) ст. 29 Уст. гр. суд. (§ 10)*).

*) Впрочемъ, это изслѣдованіе было нами намѣчено уже въ „методологическомъ планѣ“ (§ 6). Коснувшись впоследствии (въ § 10) вопроса о значеніи настоящаго годичнаго срока, мы обнаружили въ самомъ этомъ вопросѣ лишь новое обстоятельство, подтвердившее уже ранѣе признанную нами необходимость производства указаннаго историко-критическаго изслѣдованія.

Въ то же время, придавая особенное значеніе такому изслѣдованію, мы отвели ему совершенно самостоятельную главу III (§§ 11—17).

Закончивъ нынѣ изложеніе этой главы, а вмѣстѣ съ тѣмъ, и— историко-критическое изученіе происхожденія текста п. 5 ст. 29 Уст. гр. суд., мы находимъ необходимымъ въ настоящей—особой—главѣ *систематически* изложить основныя начала ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго по Уставу гражданскаго судопроизводства.

Съ этою цѣлью мы используемъ, по-преимуществу, добытые уже нами въ предыдущемъ изложеніи выводы отдѣльныхъ главъ этой книги относительно юридической природы и вообще сущности названныхъ исковъ.

Суммируя затѣмъ во-едино эти выводы и *восполняя* ихъ также нѣкоторыми *новыми данными и соображеніями* по тому же предмету,—мы получаемъ такіе результаты:

А) *Существующія сужденія объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго.*

1. *Opinio omnium doctorum*, Сената, судебной и законодательной практики и т. д. состоитъ въ томъ, что иски о правѣ участія частнаго суть *вещные* иски. Это убѣжденіе *всегда* было свойственно нашей юриспруденціи. Уже съ того самаго дня, когда названные иски только впервые появились въ нашемъ процессуальномъ кодексѣ, вплоть до самыхъ послѣднихъ дней, *еще ни разу*, какъ кажется, не посѣщала нашу юриспруденцію *хотя бы нѣкоторый духъ сомнѣнія* насчетъ правильности приведеннаго положенія.

Правда, наши юристы не всегда прямо высказывали (и высказываютъ) эту мысль, что иски о правѣ участія частнаго—вещные иски, но, тѣмъ не менѣе, они постоянно ее такъ или иначе (если не высказывали, то, по крайней мѣрѣ,) подразумевали (и подразумеваютъ).

Уже составители Проекта писали *): „изъ дѣлъ, касающихся, *впрочемъ лишь не непосредственно, недвижимыхъ имѣній* **), Мировымъ Судамъ могутъ быть предоставлены по закону только споры о завладѣніи имуществомъ и о другихъ нарушеніяхъ права законнаго владѣнія“ и т. д. Подъ этими послѣдними составители Проекта разумѣли (между прочимъ) споры о нарушеніи правъ со-

*) См. „Матеріалы“, т. IV. Объяснительная записка, стр. 8.

** Курсивъ нашъ.

сѣда и проч. И вотъ они характеризовали указанные споры, какъ „дѣла, касающіяся, впрочемъ лишь не непосредственно, недвижимыхъ имѣній“, обозначая, очевидно, настоящимъ *описательнымъ* выраженіемъ, что эти споры суть *вещные* иски, и притомъ *посессорные* *), не *петиторные* иски **).

Интересно теперь отмѣтить, что цитированная уже нами выше брошюра проф. А. М. Гуляева: „Право участія частнаго въ практикѣ Гражд. Кассац. Деп-та Прав. Сената“, начинается слѣдующими, весьма характерными, словами: „Среди исковъ, перечисленныхъ въ ст. 29 уст. гражд. суд., совершенно обособленное положеніе занимаютъ двѣ категоріи притязаній: иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (п. 4) и иски о правѣ участія частнаго (п. 5). Подсудность этихъ исковъ, *относящихся вообще къ недвижимому имѣнію* ***), не опредѣляется ихъ цѣною“ и т. д. и т. д.

Это мѣсто названной брошюры, напечатанной, кстати сказать, въ 1914 г. ****), *т. е. больше полувѣка спустя послѣ появленія Проекта*, обращаетъ на себя вниманіе не однимъ только тѣмъ, что оно, какъ и объяснительная записка къ Проекту, *явно сближаетъ* (по существу, столь разные, казалось бы, иски, — какъ) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и иски о правѣ участія частнаго. Приведенное мѣсто замѣчательно еще и тѣмъ, что оно, какъ и названная объяснительная записка, характеризуетъ эти послѣдніе иски также при помощи *описательнаго* выраженія, опредѣляя ихъ, какъ „иски, относящіеся *вообще* къ недвижимому имѣнію“. При этомъ настоящая брошюра употребляетъ это, столь характерное, казалось бы, выраженіе: „вообще“, весьма напоминающее, по присущей ему неопредѣленности, знакомую уже намъ оговорку объяснительной записки къ Проекту: „впрочемъ лишь не непосредственно“.

Изъ дальнѣйшаго же содержанія брошюры проф. А. М. Гуляева мы узнаемъ, что и онъ (подобно составителямъ Проекта) безусловно держится того же мнѣнія, что иски о правѣ участія частнаго суть

*) Мы уже знаемъ, что составители Проекта именно такъ конструировали споры о нарушеніи правъ сосѣда и проч.

**) Таковъ, очевидно, смыслъ приведенной оговорки: „впрочемъ лишь не непосредственно“. Слѣдовательно, по этой терминологіи, если бы споры о нарушеніи правъ сосѣда и проч. были не только вещными, но и къ тому же петиторными исками, ихъ надлежало бы описать, „какъ дѣла, касающіяся *непосредственно* недвижимыхъ имѣній“.

***) Курсивъ нашъ.

****) 2-ымъ изданіемъ.

вещные иски *). Проф. Гуляевъ даже, повидимому, настолько убѣжденъ въ правильности этого положенія, что совершенно не считаетъ нужнымъ его какъ либо обосновать; онъ прямо заявляетъ въ своей брошюрѣ—въ одномъ мѣстѣ (стр. 45): „такъ какъ право участія частнаго есть *право вещное* **), существующее для одного сосѣда“ и т. д., и—въ другомъ (стр. 52): „какъ *право вещное* ***), слѣдовательно, вѣчное и потомственное, право участія частнаго не можетъ прекратиться въ силу давности“.

Говоря о томъ, что *вся* наша юриспруденція самымъ искреннимъ образомъ исповѣдываетъ убѣжденіе, будто бы иски о правѣ участія частнаго являются вещными исками, мы сослались, въ подтвержденіе этого, именно на указанную брошюру проф. Гуляева. Дѣло въ томъ, что мы усмотрѣли какъ разъ въ ней особенно яркое *отраженіе* (даже по способу выраженія) установившейся въ нашей юриспруденціи, еще со времени составителей Проекта (подъ вліяніемъ французскаго законодательства), *традиціи* считать названные иски вещными исками ***). Такъ, какъ между появленіями въ свѣтъ Проекта и настоящей брошюры протекло свыше 50 лѣтъ, то это какъ бы указываетъ, по нашей мысли, на то, какъ сильна вообще у насъ указанная традиція, и что она сохранилась въ полной силѣ еще и въ наше время.

Но сказаннымъ отнюдь еще не исчерпывается значеніе нашей ссылки на брошюру проф. Гуляева.

Мы уже знаемъ, что проф. Гуляевъ собралъ въ этой брошюрѣ обширную коллекцію рѣшеній Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената, касающихся права участія частнаго и его защиты, но что онъ не подвергъ въ ней указанныя рѣшенія также „достаточной критической обработкѣ“ ****).

Слѣдуетъ даже сказать, что проф. Гуляевъ, въ сущности говоря, *ограничился* однимъ лишь добросовѣстнымъ воспроизведеніемъ въ своей брошюрѣ ученія Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената о правѣ

*) Но въ противоположность составителямъ Проекта, проф. Гуляевъ считаетъ эти иски не посессорными, а петиторными (см. стр. 38 и 54 его брошюры).

**) Курсивъ нашъ.

***) Но мы отнюдь не склонны, конечно, считать, что проф. Гуляевъ заимствовалъ настоящую традицію непосредственно отъ самихъ составителей Проекта. Напротивъ, скорѣе всего, указанная традиція *какъ бы автоматически, сама собою*, стала, съ давнихъ уже поръ, *общимъ достояніемъ* нашей юриспруденціи.

****) См. объ этомъ § 3.

участія частнаго и его защитѣ; онъ мало видоизмѣнилъ и почти вовсе не восполнилъ это ученіе собственными—*сколько нибудь самостоятельными*—сужденіями по настоящему вопросу, но вполне удовлетворился, какъ кажется, признаніемъ того, что „къ сожалѣнію, и до настоящаго времени практика Прав. Сената не выяснила, что нужно разумѣть подъ правомъ участія частнаго“ *).

Очевидно, что при такомъ характерѣ настоящей работы проф. Гуляева имѣется уже достаточное основаніе считать встрѣчающееся въ ней положеніе, что иски о правѣ участія частнаго суть вещные иски, *отнюдь не личнымъ только мнѣніемъ ея автора, но выраженіемъ взгляда на названные иски самого Прав. Сената*.

Если же мы примемъ теперь во вниманіе (отмѣченное нами въ предыдущемъ изложеніи) то обстоятельство, что сужденія Прав. Сената о правѣ участія частнаго и его защитѣ всегда оказывали (и продолжаютъ еще оказывать) сильнѣйшее вліяніе на нашу (какъ практическую, такъ и теоретическую) юриспруденцію (именно: на судебную практику, законодательство, научную литературу и т. д.),—то нельзя, дѣйствительно, не придти къ тому заключенію, что положеніе, будто бы иски о правѣ участія частнаго суть вещные иски, составляетъ не только личное мнѣніе проф. Гуляева, а также Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената, но даже является, такъ сказать, *всеобщей profession de foi* нашихъ юристовъ.

2. Изложенному сейчасъ—въ предыдущемъ пунктѣ—*нисколько не противорѣчитъ* то обстоятельство, что въ нашей юриспруденціи нерѣдко высказывается также вполне правильное, повидимому, сужденіе о правахъ участія частнаго и ихъ защитѣ, а именно, что права участія частнаго являются законными ограниченіями права собственности (сосѣдскими правами) и что, въ соотвѣтствіи съ этимъ, иски о правѣ участія частнаго суть иски, вытекающіе изъ названныхъ законныхъ ограниченій права собственности. Какъ мы уже знаемъ, эти сужденія о правѣ участія частнаго и его защитѣ принадлежатъ, между прочимъ, проф. Васьковскому и Ал. Гедда.

По справедливости, можно характеризовать названные сужденія, какъ *одинъ изъ этаповъ* на пути, ведущемъ насъ (въ данномъ случаѣ) *къ познанію истины*. Но не слѣдуетъ только останавливаться уже на этомъ (первомъ) этапѣ; напротивъ, за пер-

*) Названная брошюра, стр. 37.

вымъ шагомъ должны, непремѣнно, послѣдовать также *дальнѣйшіе* шаги по тому же пути. *Только при этомъ условіи*, постепенно продвигаясь впередъ, мы будемъ все болѣе и болѣе удаляться отъ, хотя и традиціоннаго, но всетаки *глубоко невѣрнаго*, представленія объ искахъ о правѣ участія частнаго, какъ вещныхъ искахъ, и только окончательно порвавъ съ нимъ всякую связь, мы, наконецъ, *приблизимся (и достигнемъ)* надлежащаго пониманія этихъ исковъ, какъ личныхъ или обязательственныхъ исковъ *sui generis*.

Къ сожалѣнію, какъ проф. Васьковскій, такъ и Ал. Гедда *ограничились только тѣмъ*, что *вступили* на указанный, — дѣйствительно, ведущій къ научной истинѣ—путь, но они *не пошли*, какъ надлежало бы ожидать, далѣе по этому пути. Вслѣдствіе этого, хотя названные писатели и имѣли въ своемъ обладаніи и распоряженіи упомянутый, вполне правильный, исходный пунктъ, однако, *имъ всетаки не удалось*, надо сознаться, содѣйствовать, если *не полному уничтоженію*, то, по крайней мѣрѣ, *ослабленію* этого *ошибочнаго представленія*,—будто бы иски о правѣ участія частнаго суть вещные иски,—уже такъ давно тяготящаго надъ всей нашей юриспруденціею и препятствующаго болѣе плодотворной ея работѣ при изученіи названныхъ исковъ.

Припомнимъ еще, что и Прав. Сенатъ также нерѣдко характеризуетъ—въ своихъ кассационныхъ рѣшеніяхъ—права участія частнаго, какъ „права сосѣдства“, какъ „извѣстные опредѣленные закономъ ограниченія собственности“ и т. д. и т. д.; однако, всѣ эти (и имъ подобныя) его утвержденія и заявленія насчетъ юридической природы названныхъ правъ и ихъ защиты на дѣлѣ оказываются уже *совершенно безплодными*. Ибо Прав. Сенатъ, не взирая на приведенныя свои разсужденія, всетаки, трактуетъ (какъ мы уже знаемъ) право участія частнаго, отнюдь не какъ „право сосѣдства“, а какъ сервитутное право и, въ связи съ этимъ, разумѣтъ и подъ исками о правѣ участія частнаго вовсе не тѣ иски, кои должно подъ ними понимать, а, напротивъ, сервитутные, слѣд. именно *вещные иски*.

3. Если, такимъ образомъ, *opinio omnium doctorum*, Сената, судебной и законодательной практики и т. д. считаетъ иски о правѣ участія частнаго подлинными вещными исками, то, въ такомъ случаѣ, *къ какой именно категоріи указанныхъ вещныхъ правъ*,—возникаетъ теперь вполне естественный вопросъ,—относится назван-

ные иски о правѣ участія частнаго это *всеобщее мнѣніе* нашей юриспруденціи?

Какъ извѣстно, *кругъ вещныхъ правъ (а слѣд. и вещныхъ исковъ)* считается во всякой правовой системѣ замкнутымъ *). Къ вещнымъ правамъ относятся: право собственности, сервитуты, superficies и еще лишь нѣкоторыя права; далѣе—въ систему вещныхъ правъ включается также владѣніе.

При разрѣшеніи сейчасъ отмѣченнаго нами вопроса *объ отвѣденіи мѣста* искамъ о правѣ участія частнаго въ системѣ вещныхъ правъ, нашей юриспруденціи пришлось выбирать, въ сущности говоря, только между перечисленными вещными правами, потому что создавать новыя категоріи этихъ правъ, очевидно, вообще не приходится.

Обращаясь теперь къ исторіи ея *ориентации* въ настоящемъ вопросѣ (никогда не бывшей, само собою разумѣется, въ достаточной мѣрѣ сознательною), можно констатировать слѣдующее.

Какъ мы уже говорили (§ 3), наша кассационная практика, на первыхъ порахъ своей дѣятельности, считала, что иски о правѣ участія частнаго суть иски о *фактѣ*; однако, впоследствии она кореннымъ образомъ измѣнила, какъ мы видѣли, этотъ свой взглядъ на значеніе исковъ о правѣ участія частнаго, признавъ въ нихъ, напротивъ, иски уже не о *фактѣ*, но иски о *правѣ*, о *самомъ правѣ*.

Что же собственно означало — возникаетъ теперь вопросъ — это (прежнее) выраженіе кассацион. практики: „иски о *фактѣ*“? Не имѣло ли оно того значенія, что иски о правѣ участія частнаго суть *подлинные посессорные иски*, т. е. иски о *владѣніи*,—точнѣе: о *возстановленіи владѣнія самою вещью (участкомъ)*? Дѣйствительно, мысль о такомъ именно пониманіи этого выраженія сама по себѣ вполне естественна. Тѣмъ болѣе, что и, напр., составители Проекта также конструировали, какъ мы видѣли, иски о нарушеніи правъ сосѣда, какъ подлинные посессорные иски.

И тѣмъ не менѣе, надлежитъ всетаки сказать, что употребленіе выраженія: „иски о *фактѣ*“ въ этомъ смыслѣ было, повидимому, всегда *совершенно чуждымъ* нашей кассационной практикѣ **).

*) Иначе, напротивъ, обстоитъ дѣло съ обязательственными правами и обязательственными исками.

**) См. приведенныя выше (§ 3, п. IV) касс. рѣшенія 1871 г. № 4 и 1871 г. № 1117.

Въ самомъ дѣлѣ. Названная практика разумѣла подъ этими „исками о фактѣ“, какъ мы установили выше (§ 3), отнюдь не владѣльческіе иски въ собственномъ смыслѣ этого слова, но лишь иски, направленные на защиту *владѣнія сервитутомъ*,—въ противоположность „искама о правѣ, о самомъ правѣ“, подъ коими она понимала, какъ мы уже знаемъ (§ 3), иски о самомъ *сервитутомъ правѣ* *).

Однако, наша кассационная практика никогда, за всю свою дѣятельность—ни въ первую ея пору, когда она еще считала иски о правѣ участія частнаго исками о фактѣ, ни въ послѣдующее время, когда она признала эти иски уже исками о самомъ правѣ—не называла ихъ сервитутными исками *съ такою удивительною прямою откровенностью* **, съ какою это сдѣлало наше законодательство, уже при введеніи въ дѣйствіе Судобныхъ Уставовъ въ Царствѣ Польскомъ (въ 1875 г.) и въ Прибалтійскомъ краѣ (въ 1880 г.) ***). И вполнѣ понятно,—какъ это могло случиться. Вообще кассационная практика, при примѣненіи закона (въ данномъ случаѣ—п. 5 ст. 29 Уст. гр. суд. и ст. 442, 445—451 т. X ч. I),

*) Нѣтъ необходимости, конечно, особо доказывать, насколько *отличны*, по самому существу дѣла, иски о возстановленіи владѣнія вещью отъ исковъ о возстановленіи владѣнія сервитутнымъ правомъ. Но существующее между ними различіе обнаруживается, кромѣ того, еще въ слѣдующемъ. Въ зависимости отъ того, будемъ ли мы понимать подъ исками о правѣ участія частнаго первые иски или вторые, будетъ мѣняться, само собою разумѣется, также роль сторонъ въ процессѣ о данномъ правѣ участія частнаго. Возьмемъ, напр., споръ о „необходимой дорогѣ“ (ст. ст. 448—451 т. X ч. I), какъ разъ затронутый—кстати сказать—въ тѣхъ самыхъ кассац. рѣшеніяхъ за 1871 г. №№ 4 и 1117, кои установили понятіе объ искахъ о правѣ участія частнаго, какъ искахъ о фактѣ. Если иски о правѣ участія частнаго являются исками о возстановленіи владѣнія вещью (участкомъ), истецъ по иску о необходимой дорогѣ слѣдуетъ считать собственника участка, черезъ который желаетъ ходить и т. п. отвѣтчикъ,—и наоборотъ, если иски о правѣ участія частнаго суть иски о возстановленіи владѣнія сервитутнымъ правомъ, истецъ по настоящему иску надлежитъ признать уже лицо, пользующееся данною дорогою, а отвѣтчикомъ—собственника участка, чрезъ который она проложена. *Столь же различнымъ* оказывается примѣненіе и *другихъ* исковъ о правѣ участія частнаго—въ зависимости, равнымъ образомъ, отъ того, разумѣть ли подъ этими исками иски о возстановленіи владѣнія вещью, или же иски о возстановленіи владѣнія сервитутнымъ правомъ.

**) Но это нисколько не помѣшало, конечно, кассационной практикѣ, и не называя иски о правѣ участія частнаго сервитутными исками, примѣнить къ нимъ, по преимуществу, ученіе о сервитутныхъ искахъ (см. выше § 3).

***) См. объ этомъ § 4.

чувствуетъ себя, конечно, болѣе связанною имъ (а потому она, естественно, и болѣе осторожна въ обращеніи съ нимъ), чѣмъ законодательство, при введеніи его въ дѣйствіе *).

Во всякомъ же случаѣ, уже наше законодательство 70—80 годовъ прошлаго столѣтія пришло, какъ мы видимъ, какъ разъ *къ тому же самому мнѣнію* насчетъ юридической природы и вообще сущности исковъ о правѣ участія частнаго, какого тогда держалась кассационная практика. Въ результатѣ этого, настоящій (неправильный) взглядъ на названные иски, какъ сервитутные иски, сталъ все болѣе и болѣе упрочаться у насъ въ области *практической* юриспруденціи.

Къ сожалѣнію, онъ не встрѣтилъ, въ этомъ процессѣ своего укрѣпленія въ нашей юриспруденціи, никакого, можно сказать, отпора или противодѣйствія со стороны также цивилистической науки. Напротивъ, послѣдняя *даже прямо реципировала*—въ лицѣ, по крайней мѣрѣ, нѣкоторыхъ ея представителей—*этотъ ошибочный взглядъ на иски о правѣ участія частнаго* (§§ 1—2).

И такъ продолжалось, должно сказать, вплоть до нашихъ дней.

А сравнительно еще недавно, подъ вліяніемъ этихъ, прочно установившихся въ нашей юриспруденціи, невѣрныхъ воззрѣній на названные иски, дѣло дошло уже до *столь неудачнаго* кассационнаго рѣшенія (о „необходимой дорогѣ“), каковымъ надо, по справедливости, признать рѣш. 1910 г. № 8 (д. Солтановъ съ обществомъ крестьянъ селенія Іодегальве) **).

*) Говоря такимъ образомъ, мы исходимъ, очевидно, изъ той мысли, что уже наше законодательство 70—80 годовъ прошлаго столѣтія *превратно* (см. выше § 4) понимало содержаніе п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд.,—какъ, впрочемъ, и наша касс. практика того же времени.

**) Мы приводили уже выше (§ 9) это кассацион. рѣшеніе. О немъ слѣдуетъ теперь сказать, что оно представило *уже въ совершенно извращенномъ видѣ* все ученіе нашего законодательства объ искѣ о правѣ на необходимую дорогу, являющемся (какъ извѣстно) лишь однимъ изъ видовъ исковъ о правѣ участія частнаго. Помянутое касс. рѣш. *на столько замѣчательно, правда только въ указанномъ (отрицательномъ) отношеніи*, что мы считаемъ полезнымъ привести его еще разъ, и теперь уже полностью. Вотъ оно: „Выслушавъ заключеніе товарища оберъ-прокурора, Правительствующей Сенатъ изходитъ, что предметомъ иска, предъявленнаго у уѣзднаго члена окружнаго суда дворяниномъ Войцехомъ Солтаномъ къ обществу крестьянъ сел. Іодегальве, служить, какъ это установлено окружнымъ судомъ, требованіе не о возстановленіи по п. 5 ст. 29 ст. уст. гр. суд. нарушеннаго права участія частнаго, а о *предоставленіи истцу права участія частнаго въ отношеніи прохода и проѣзда чрезъ земли отвѣт-*

историческій процессъ развитія „сервитутныхъ“ идей и тенденцій (въ области изученія и примѣненія исковъ о правѣ участія частнаго) мало-по-малу (и вполнѣ послѣдовательно) привелъ нашего законодателя къ тому самому, хотя и широко задуманному имъ, но, какъ по существу своему, такъ и по самому выполнению, *весьма неудачному* всетаки „преобразованію“ пункта 5 ст. 29 Уст. гр. суд. въ п. 3 той же статьи (по зак. 15 іюня 1912 г.), о каковомъ „преобразованіи“ мы уже подробно говорили выше (§ 4).

Б) Наше мнѣніе объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго.

Какъ показало все предыдущее изложеніе, мы считаемъ (вопреки составителямъ Проекта и Устава гражд. суд.) иски о правѣ участія частнаго не *поссessorными*, а личными, или обязательственными исками, направленными на защиту—основанныхъ на законѣ—сосѣдскихъ правъ.

ника къ луку истца (курсивъ нашъ). Окружный судъ призналъ, что такіе иски по роду своему подсудны не мировымъ судебнымъ установленіямъ (?), а общимъ судебнымъ мѣстамъ; поэтому окружный судъ прекратилъ (?) настоящее дѣло производствомъ, какъ неподсудное мировымъ судебнымъ установленіямъ. Въ кассационной жалобѣ повѣренный наслѣдниковъ Войцеха Солтана, Владислава и Станислава Солтановъ, Левинъ, доказываетъ, что *искъ о назначеніи дороги вновь чрезъ постороннюю дачу отнесенъ именно, къ вѣдомству мирового судьи* (курсивъ нашъ), такъ какъ въ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. упомянутъ сервитутъ (!), указанный въ 450 ст. т. X ч. 1, то есть отводъ дороги вновь, и поэтому проситъ отмѣнить рѣшеніе окружного суда по нарушенію ст. 450 т. X ч. 1 и 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. *Жалоба эта не заслуживаетъ уваженія* (!—курсивъ нашъ)—по слѣдующимъ соображеніямъ. Буквальный смыслъ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд., опредѣляющаго подвѣдомственность мировому судѣю „исковъ о правѣ участія частнаго (зак. гражд. ст. 442, 445—451), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года“, не возбуждаетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что подвѣдомственность исковъ о правѣ участія частнаго обусловливается наличиемъ нарушенія этого права и предъявленія иска до истеченія года со времени нарушенія. Въ примѣненіи къ сервитуту, установленному въ ст. 448 и слѣд. т. X ч. 1 о правѣ прохода и проѣзда владѣльца чрезъ постороннія дачи къ своему угодию, *нарушеніе права участія частнаго предполагаетъ, что до нарушенія владѣлецъ пользовался правомъ прохода и проѣзда, ибо въ противномъ случаѣ не могло бы быть рѣчи о нарушеніи* (!—курсивъ нашъ). Отсюда слѣдуетъ, что если не было пользования, не было нарушенія,—и искъ предъявленъ не о возстановленіи нарушеннаго права участія частнаго, а о признаніи *ответчика обязаннымъ предоставить впервые проходъ и проѣздъ чрезъ свои дачи* (курсивъ нашъ), для чего назначается опредѣленной ширины дорога,—то такой искъ

Подведемъ же теперь *итоги* нашимъ сужденіямъ объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго, высказаннымъ нами въ предыдущемъ изложеніи, одновременно восполняя ихъ, по возможности, новыми еще соображеніями и данными по этому вопросу:

1. *Иски о правѣ участія частнаго—не поссessorные иски.* Съ первыхъ же словъ обсужденія этого опредѣленія настоящихъ исковъ—пока съ отрицательной лишь стороны—*необходимо оговориться* слѣдующимъ образомъ. Мы употребляемъ въ приведенномъ опредѣленіи выраженіе: „поссessorные“ (иски), очевидно, *въ совершенно иномъ смыслѣ*, нежели тотъ смыслъ, который имѣетъ другое,—на первый взглядъ, съ нимъ сходное, во всякомъ же случаѣ его *весьма напоминающее*,—выраженіе: „иски о фактѣ“, введенное, какъ мы видѣли, въ юридическій обиходъ нашими юристами въ примѣненіи къ искамъ о правѣ участія частнаго.

по точному смыслу 5 п. 29 ст. уст. гр. суд., какъ правильно (?) призналъ окружный судъ, не подлежитъ вѣдомству мирового судьи (!—курсивъ нашъ), а въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, вѣдомству уѣзднаго члена окружнаго суда (прим. къ ст. 29 уст. гр. суд. и ст. 21 прав. объ устр. суд. част., гдѣ введ. пол. зем. нач.). Если таковъ несомнѣнный смыслъ 5 п. 29 ст., то простая ссылка въ текстѣ этого закона на ст. 450 зак. гражд. на ряду съ другими помѣщенными въ скобкахъ статьями, относящимися къ праву участія частнаго, не можетъ имѣть такого значенія, противорѣчающаго буквальному смыслу п. 5 ст. 29 какое придаетъ ей проситель. На этомъ основаніи Правительствующій Сенатъ *опредѣляетъ*: кассационную жалобу Солтановъ оставить безъ послѣдствій“. Въ этомъ касс. рѣш. исковое притязаніе одного сосѣда о предоставленіи ему *впервые* прохода и проѣзда чрезъ дачи другого сосѣда признано, какъ видимъ, неподсуднымъ—по 5 п. 29 ст. уст. гр. суд.—мировымъ судамъ. Однако, интересно отмѣтить, что Пр. Сенатъ разрѣшилъ вполнѣ аналогичный вопросъ (объ отводѣ *также впервые* „необходимой дороги“) еще въ касс. рѣш. 1869 г. № 627,—*какъ разъ въ противоположномъ смыслѣ*. И должно сказать, что тогда (въ 1869 г.) онъ былъ *несравненно ближе къ истинѣ*, чѣмъ въ этомъ касс. рѣш. 1910 г. По существу же, право на *необходимую* дорогу есть отнюдь не вещное, а—основанное на законѣ—*обязательственное* право одного сосѣда по отношенію къ другому. Поэтому, самый вопросъ о томъ, имѣется ли уже на лицо (законная) необходимая дорога, или же она подлежитъ проложенію лишь впервые, вопреки мнѣнію Сената, не имѣетъ, на самомъ дѣлѣ, значенія для судебного осуществленія этого права на названную дорогу, по 5 п. ст. 29 Уст. гр. суд. Дѣла этого рода (о правѣ на „необходимую дорогу“) вообще не зависятъ отъ упомянутыхъ обстоятельствъ и всегда подлежатъ вѣдомству мировыхъ судовъ по 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. См. подробнѣе объ этомъ выше въ § 9.

Подъ этими исками о фактѣ принято, собственно говоря, разумѣть, какъ мы уже установили, специально иски, направленные на защиту владѣнія сервитутами (въ качествѣ каковыхъ при этомъ ошибочно понимаются права участія частнаго).

Но уже теоретически разсуждая, нельзя, очевидно, не видѣть, что иски о правѣ участія частнаго можно назвать посессорными исками и въ совершенно иномъ значеніи этого выраженія.

Говоря такимъ образомъ, мы имѣемъ въ виду, само собою разумѣется, тотъ именно смыслъ термина: „посессорные“ иски (въ прирѣненіи его къ искамъ, направленнымъ на защиту правъ сосѣдства), который соотвѣтствуетъ какъ разъ конструкции этихъ исковъ, нашедшей себѣ полное выраженіе, какъ мы уже знаемъ, въ Проектѣ, а впоследствии—задуманной также редакторами Уст. гражд. суд., хотя и не получившей всетаки надлежащаго осуществленія въ этомъ послѣднемъ.

Надо сказать теперь слѣдующее. Если бы иски о правѣ участія частнаго явились также по Уставу (не по одному только Проекту) посессорными исками въ сейчасъ указанномъ нами смыслѣ, то тогда это означало бы, что вообще дѣйствія одного сосѣда, коими нарушаются предусмотрѣнные статьями 442, 445—451 т. X ч. 1 права другого сосѣда, надлежитъ—и по нашему Уставу— считать дѣйствіями, нарушающими владѣніе послѣдняго самимъ (смежнымъ) участкомъ.

Въ § 16 этой книги было уже указано, что составители Проекта, конструируя споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и иныхъ зданій и проч., какъ посессорные иски (они имѣли при этомъ въ виду только сосѣдскія права, предусмотрѣнные ст. ст. 445 и 446 т. X ч. 1 *)), „какъ бы разсуждали такъ,—что тотъ, кто, напр., пристраиваетъ печь къ стѣнѣ сосѣдняго дома, или льетъ воду на этотъ домъ, или дѣлаетъ окна на сосѣдній дворъ и т. п., причиняя, возможнымъ образомъ, этими своими дѣйствіями извѣстное безпокойство самому сосѣду, вмѣстѣ съ тѣмъ нарушаетъ и самое владѣніе сосѣда (принадлежащимъ ему) участкомъ“.

Очевидно, что если бы иски о правѣ участія частнаго являлись, также по Уставу гражд. суд., посессорными исками въ сейчасъ указанномъ нами смыслѣ, то тогда въ случаяхъ нарушенія тѣхъ

*) Это видно изъ имѣющейся въ Проектѣ ссылки его ст. 6 лишь на указанныя статьи X т. 1 ч.

эсе сосѣдскихъ правъ (ст. ст. 445 и 446 т. X ч. 1) надлежало бы, равнымъ образомъ, констатировать (по Уставу также, какъ и по Проекту) наличие именно случаевъ нарушенія владѣнія самимъ участкомъ. Но, кромѣ того, тогда пришлось бы, само собою разумѣется, примѣнить подобное же, такъ сказать, „посессорное“ пониманіе исковъ, направленныхъ на защиту сосѣдскихъ правъ, и къ прочимъ искамъ о правѣ участія частнаго, предусмотрѣннымъ п. 5 ст. 29 уст. гр. суд., въ связи со ст. ст. 442 и 448—451 т. X ч. 1 *). Другими словами, въ такомъ случаѣ слѣдовало бы разсматривать также дѣйствія одного сосѣда, выразившіяся либо въ поднятіи рѣчной воды и въ потопленіи оною въ верху рѣки лежащихъ земель и покосовъ другого сосѣда и т. п., либо въ осуществленіи (или, быть можетъ, въ воспрепятствованіи осуществленія) права на необходимую дорогу на сосѣдномъ участкѣ, въ свою очередь, въ качествѣ дѣйствій, нарушающихъ владѣніе самимъ (смежнымъ) участкомъ.

Однако, это наше предположеніе, будто бы иски о правѣ участія частнаго являются, по Уставу гражд. суд., посессорными исками, нисколько не соотвѣтствуетъ, какъ было нами установлено, самой дѣйствительности. Ибо иски о правѣ участія частнаго суть именно не посессорные иски.

Изъ всего сказаннаго можно (и должно) сдѣлать только тотъ выводъ, что дѣйствія одного сосѣда, коими нарушаются предусмотрѣнные ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. 1 правѣ другого сосѣда, не слѣдуетъ считать (по Уставу) дѣйствіями, нарушающими владѣніе этого послѣдняго самимъ (смежнымъ) участкомъ.

Интересно спросить себя теперь о слѣдующемъ.

Въ томъ *калейдоскопѣ* различныхъ сужденій Гражд. Касс. Д-та Пр. Сената объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго („иски о фактѣ“, „иски о правѣ“, „иски о законныхъ ограниченіяхъ собственности“ и т. п.), съ коимъ мы уже въ значительной степени познакомились, не оказалось ли мѣста для признанія также того, что иски о правѣ участія частнаго являются, по Уставу, посессорными исками именно въ этомъ (сейчасъ лишь упомянутомъ нами) смыслѣ настоящаго термина?

*) Ст. 447 т. X ч. 1 тяготеетъ, по своему содержанію, собственно, къ ст. ст. 445 и 446 т. X ч. 1.

Для выясненія сего вновь остановимся на нѣкоторыхъ кассационныхъ рѣшеніяхъ, слѣдующихъ при этомъ хронологическому порядку.

а) Рѣш. 1871 г. № 1117 (д. Спивакова съ Гольденштейномъ). „Мировой Судья,—читаемъ (между прочимъ) въ немъ,—рѣшеніемъ 29 Декабря 1870 г., опредѣлилъ: на основаніи 4 п. 29, 82, 81, 102 и 129 ст. Уст. Гр. Суд., обязать Арона Гольденштейна снять устроенные имъ ворота и деревянный заборъ—во дворѣ молитвеннаго дома, и не препятствовать существовавшему прежде сообщенію изъ двора Спивакова чрезъ дворъ молитвеннаго дома на Харлампіевскую улицу *). Рѣшеніе это Кишиневскимъ Сѣздомъ Мировыхъ Судей найдено правильнымъ и по принятымъ Мировымъ Судьямъ основаніямъ утверждено 22 Апрѣля 1870 года. Отвѣтчикъ Гольденштейнъ находитъ, что Мировой Сѣздъ неправильно опредѣлилъ по иску Спивакова права его на спорный проходъ владѣніемъ, а не участіемъ въ выгодахъ чужого имущества, *) и потому проситъ о кассации рѣшенія Мирового Сѣзда, по нарушенію ст. 29 п. 4 и 5*), 129 ст. Уст. Гр. Суд. и 434 до 451 Св. Зак. Гр. т. X ч. 1.“ Однако, Прав. Сенатъ нашель, что „Кишиневскій Мировой Сѣздъ въ семь дѣлъ не нарушилъ смысла законовъ гражданскаго права, которыми опредѣляется право участія частнаго, ни-же правилъ судопроизводства, устанавливающихъ подсудность гражданскихъ споровъ мировымъ судебнымъ установленіямъ *), потому что Мировой Судья правильно принялъ къ своему разсмотрѣнію искъ Спивакова, который, имѣлъ ли онъ предметомъ возстановленіе владѣнія, или участія частнаго спорнымъ проходомъ, нарушенныхъ Гольденштейномъ..... безразлично подлежалъ вѣдомству Мирового Судьи, на основаніи или 4, или 5 п. 29 ст. Уст. Гр. Суд.“ *). Въ виду этого Прав. Сенатъ оставилъ кассационную жалобу Арона Гольденштейна безъ послѣдствій.

Какъ видно изъ приведеннаго рѣшенія, настоящее дѣло возникло по спору о правѣ на *необходимую дорогу*. Мировыя судебныя учрежденія примѣнили въ данномъ дѣлѣ п. 4 ст. 29 Уст. Гражд. Суд., что по-существу было, конечно, неправильно. Тѣмъ не менѣе, Прав. Сенатъ не отмѣнилъ, какъ видимъ, рѣшенія Кишиневскаго Сѣзда Мировыхъ Судей по этому дѣлу, въ обоснованіе же настоящаго своего рѣшенія онъ привелъ *достаточно характерное со-*

*) Курсивъ нашъ.

ображеніе, что „искъ Спивакова безразлично подлежалъ вѣдомству Мирового Судьи, на основаніи или 4, или 5 п. 29 ст. Уст. Гр. Суд.“.

Можно думать, что Прав. Сенатъ въ моментъ появленія въ свѣтъ этого кассационнаго рѣшенія вообще не выяснилъ еще даже для самого себя вопроса о взаимоотношеніи исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (п. 4 ст. 29 Уст. гр. суд.) къ искамъ о правѣ участія частнаго (п. 5 той же статьи) *).

б) Рѣш. 1874 г. № 673 (д. Бродскаго съ Бренеромъ). „Въ прошеніи, поданномъ мировому судѣ 5 участка гор. Одессы,—читаемъ въ этомъ рѣшеніи, — Беніаминъ Бродскій, объясняя, что смежный владѣлецъ Карлъ Бренеръ, въ нарушение 445 ст. 1 ч. X т., пристроилъ къ стѣнѣ его дома, безъ согласія его и безъ надлежащаго разрѣшенія, кузницу и конюшню, вслѣдствіе чего грозитъ дому опасность отъ пожара, и заводится въ стѣнѣ сырость, просилъ сдѣлать на мѣстѣ осмотръ, и для возстановленія нарушеннаго владѣнія, обязать Бренера снять кузницу и конюшню, а стѣну привести въ первоначальный видъ“. „Мировой судья, установивъ изъ показанія отвѣтчика, что кузница пристроена къ сосѣдней стѣнѣ не болѣе трехъ мѣсяцевъ тому назадъ, а конюшня существуетъ уже нѣсколько лѣтъ, нашель, что предметъ настоящаго иска составляетъ нарушение владѣнія и права участія частнаго **), и, не входя въ разсмотрѣніе права собственности на спорную стѣну, на основаніи 4 и 5 пун. 29 ст., **) 81, 102, 112, 122, 123, 129 и 133 ст. уст. гр. суд., опредѣлилъ: обязать Бренера снять кузницу, пристроенную къ стѣнѣ, находившейся во владѣніи Бродскаго и привести стѣну въ первоначальный видъ. На рѣшеніе судьи Бренеръ подалъ въ мировой сѣздъ апелляционную жалобу“. Мировой сѣздъ нашель, что „съ заключеніемъ мирового судьи, что предметъ настоящаго иска составляетъ нарушение владѣнія и права участія частнаго, нельзя согласиться, а на основаніи искового требованія, изложеннаго въ исковомъ прошеніи, слѣдуетъ признать предметомъ настоящаго иска *только возстановленіе нарушеннаго владѣнія*“ **); поэтому, „руководствуясь 4 п. 29 ст., 81, 119, 120 и 129 ст. уст. гр. суд., Одесскій городской мировой сѣздъ

*) Настоящее кассационное рѣшеніе относится къ первой порѣ дѣятельности Гражд. Касс. Д-та Прав. Сепата. Мы имѣли уже случай однажды ссылаться на него для подтвержденія того, что Прав. Сенатъ конструировалъ нѣкогда иски о правѣ участія частнаго, какъ „иски о фактѣ“, въ особомъ (объясненномъ нами выше) значеніи этого выраженія.

**) Курсивъ нашъ.

опредѣлили: въ искѣ Бродскаго съ Бренера отказать, а рѣшеніе мирового судьи отмѣнить. Въ кассационной на рѣшеніе съѣзда жалобѣ Бродскій указываетъ на нарушеніе... во 2-хъ) 4 и 5 п. 29 ст. уст. гр. суд.; и въ 3-хъ) 445 ст. 1 ч. X т., 1, 4 и 5 п. 29 и 129 ст. уст. гр. суд.“ Прав. Сенатъ разъяснилъ, „что, въ силу 1 п. 445 ст. т. X ч. 1, хозяинъ дома можетъ требовать, чтобы сосѣдъ не пристраивалъ поварни и печи къ стѣнѣ его дома. Основываясь на этомъ законѣ, истецъ Бродскій, объясняя въ исковомъ прошеніи, что пристроенная Бренеромъ къ стѣнѣ его кузница грозитъ опасностью пожара, требовалъ снятія оной“. „Такимъ образомъ, требованіе Бродскаго, по содержанию своему и по опредѣленію закона, на которомъ оно основано, заключаетъ въ себѣ *искъ о правѣ участія частнаго*“ *). „Но мировой съѣздъ *неправильно призналъ требованіе Бродскаго искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія**) и отказалъ въ ономъ на томъ основаніи, что истецъ не доказалъ фактическаго владѣнія стѣною“. Однако, „усмотрѣнный въ настоящемъ дѣлѣ мировымъ съѣздомъ вопросъ о *фактическомъ владѣніи стѣною* **) вовсе не былъ предметомъ спора между тяжущимися сторонами, — и, вслѣдствіе неправильнаго опредѣленія мировымъ съѣздомъ исковыхъ требованій Бродскаго, оставленъ безъ разрѣшенія главный предметъ спора, состоящій въ томъ: имѣетъ ли право истецъ, на основаніи приведенной имъ 445 ст. зак. гражд., требовать снятія кузницы, какъ пристроенной къ владѣмой имъ стѣнѣ и грозящей опасностью пожара?“. Признавъ, такимъ образомъ, „что мировой съѣздъ, примѣнивъ къ этому дѣлу 4 п. 29 ст. уст. гр. суд., допустилъ существенное нарушеніе какъ означенной статьи, такъ равно и 445 ст. т. X ч. 1“, — Прав. Сенатъ отмѣнилъ его рѣшеніе.

Очевидно, что по настоящему дѣлу дѣйствительно нельзя было дать иного разъясненія, чѣмъ то, которое приводитъ Пр. Сенатъ въ этомъ своемъ кассац. рѣшеніи. Рѣшеніе же мирового судьи, что „предметъ настоящаго иска составляетъ нарушеніе владѣнія и права участія частнаго“, и, въ особенности, рѣшеніе мирового съѣзда, что „предметомъ настоящаго иска слѣдуетъ признать *только* возстановленіе нарушеннаго владѣнія“, являются *весьма симптоматичными*. Дѣло въ томъ, что въ приведенныхъ рѣшеніяхъ нельзя не усмотрѣть известной *тенденціи* не только конструировать споры о

*) Курсивъ нашъ.

**) Курсивъ подлинника.

нарушеніи правъ сосѣдства, какъ споры о завладѣніи, но даже пойти и далѣе этого, — а именно, въ сущности, вовсе *упразднить* самый п. 5 ст. 29, а равно и предусмотрѣнные имъ иски о правѣ уч. ч. и, въ зависимости отъ этого, соотвѣтственно, *расширить* область примѣненія другого пункта, — 4 той же статьи (и упоминаемыхъ въ немъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія).

Конечно, такая тенденція *) совершенно несвойственна нашему дѣйствующему законодательству, и нельзя не высказать своего удовлетворенія по поводу того, что Прав. Сенатъ положилъ ей предѣлъ въ сейчасъ рассмотрѣнномъ нами кассац. рѣшеніи.

в) Рѣш. 1875 г. № 941 (д. кн. Лопухина-Демидова съ крестьянами-собственниками села Таращи). „Повѣренный князя Лопухина-Демидова, Гофманъ, — читаемъ въ этомъ рѣшеніи, просилъ мирового судью о возстановленіи дороги, самовольно запаханной крестьянами-собственниками села Таращи..... Судья удовлетворилъ просьбу истца,, „а Каневскій съѣздъ мировыхъ судей отмѣнилъ это рѣшеніе и отказалъ въ искѣ на томъ основаніи, что дорога, о которой возникъ споръ, не была утверждена правительствомъ“. Но Прав. Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе Каневского мирового съѣзда, принявъ (между прочимъ) въ соображеніе: „1) что настоящій искъ предъявленъ о возстановленіи дороги, т.-е. о правѣ участія частнаго въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества (ст. 433 и 449 т. X ч. 1), и 2) что въ дѣлахъ этого рода, по руководству 5 пункта 29 ст. уст. гр. суд., разрѣшенію мировыхъ судей и ихъ съѣздовъ подлежитъ *не споръ о нарушеніи фактическаго владѣнія недвижимостью (п. 4 той-же статьи)* **), но искъ о самомъ правѣ

*) О томъ, что описанная въ текстѣ тенденція, дѣйствительно, была присуща нашимъ мировымъ судебнымъ установленіямъ, по крайней мѣрѣ, на первыхъ порахъ ихъ дѣятельности, свидѣтельствуетъ также слѣдующее мѣсто изъ касс. рѣш. 1873 г. № 1245 (д. Мезевири съ Варелопуло): Кишиневскій Мировой Съѣздъ нашелъ, что Полицейское Управление (замѣтимъ что настоящее дѣло началось еще въ 1867 г. въ Полицейскомъ Управленіи) „вправѣ было разсматривать всякаго рода *дѣла о захватахъ и о завладѣніи, слѣдовательно* (курсивъ нашъ) имѣло право разсматривать и *настоящее дѣло, возникшее изъ нарушенія чужого права*“ (курсивъ нашъ) и касавшееся спора объ окнахъ и скатѣ крыши въ домѣ, выстроенномъ на межѣ. Изъ прилежнаго мѣста вполне видно, что Кишиневскій Мировой Съѣздъ представлялъ себѣ (по недоразумѣнію) иски о правѣ участія частнаго, очевидно, лишь *видомъ* исковъ „о захватахъ и о завладѣніи“.

**) Курсивъ нашъ.

участія частного.... если только со времени нарушенія сего права прошло не болѣе года“.

Интересно сопоставить это касс. рѣш. съ ранѣе цитированнымъ нами касс. рѣш. 1871 г. № 1117. Какъ усматривается изъ содержанія названныхъ касс. рѣшеній, они оба касаются спора о правѣ на необходимую дорогу. Но въ сейчасъ приведенномъ нами рѣшеніи 1875 г. № 941 Прав. Сенатъ уже значительно опредѣленнѣе, нежели въ томъ рѣшеніи, высказался по интересующему насъ вопросу о взаимоотношеніи исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (п. 4 ст. 29 Уст. гр. суд.) къ искамъ о правѣ участія частного (п. 5 той-же статьи). Въмѣстѣ съ тѣмъ, онъ уже вполне категорически призналъ въ этомъ рѣшеніи принципиальное отличіе первыхъ исковъ отъ вторыхъ *).

г) Рѣш. 1879 г. № 302 (д. Квятковской съ Кіевскимъ митрополитанскимъ домомъ). „Дворянка Квятковская предъявила искъ (читаемо въ этомъ рѣшеніи) о возстановленіи ея владѣнія **) берегомъ рѣки Ирпень, отдѣляющей ея имѣніе отъ имѣнія Кіево-Софійскаго митрополитанскаго дома, нарушеннаго, по объясненію ея, Квятковской, тѣмъ, что по распоряженію митрополитанскаго дома приступлено къ устройству плотины чрезъ рѣку Ирпень, причемъ дѣлаются явныя приготовленія примкнуть плотину къ ея берегу“ ***). „Мировой судья, установивъ, что плотина еще не примкнута къ берегу, принадлежащему Квятковской, призналъ искъ ея преждевременнымъ“. Но „Кіевскій мировой съѣздъ нашель: 1) что въ настоящемъ дѣлѣ прежде всего подлежить рѣшенію вопросъ о томъ, представляется-ли искъ Квятковской къ митрополитанскому дому *искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія или искомъ о правѣ участія частного; **)*.... 3) что искъ Квятковской заключалъ въ себѣ требованіе о воспрещеніи митрополитанскому дому примыкать устраиваемую плотину къ принадлежащему ей берегу р. Ирпеня, или, другими словами, о воспрещеніи митрополитанскому дому владѣть тѣмъ берегомъ рѣки, на который она имѣетъ право собственности; 4) что подобнаго рода искъ составляетъ *искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, а не искъ о правѣ участія частного*“ ***). Примѣняя эти соображенія къ данному

*) Но, конечно, и въ этомъ касс. рѣшеніи, какъ и во всѣхъ прочихъ, Прав. Сенатъ не далъ правильнаго пониманія юридической природы исковъ о правѣ участія частного.

**) Курсивъ нашъ.

дѣлу и исходя изъ того положенія, что „свидѣтельскими показаніями установленъ тотъ фактъ, что устраиваемая митрополитанскимъ домомъ плотина примкнута къ берегу Квятковской“, „съѣздъ опредѣлилъ: рѣшеніе мирового судьи отмѣнить и воспретить митрополитанскому дому и его уполномоченнымъ примыкать устраиваемую плотину къ берегу р. Ирпеня, принадлежащему Квятковской“. Повѣренный митрополитанскаго дома просилъ объ отмѣнѣ изложеннаго рѣшенія, указывая (между прочимъ) на то, что „требованіе Квятковской, названное ею и съѣздомъ искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ сущности представлялось искомъ, возникшимъ изъ права участія частного“. Но Прав. Сенатъ не согласился съ этимъ доводомъ повѣреннаго митрополитанскаго дома. Онъ разъяснилъ, что „собственникъ, владѣющій имѣніемъ по праву собственности (ст. 420 и послѣд. т. X ч. 1) въ случаѣ, если онъ сочтетъ владѣніе имѣніемъ нарушеннымъ какимъ бы то ни было образомъ, можетъ ограждать свое владѣніе только путемъ иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія по п. 4 ст. 29 уст. гр. суд.“ и что Квятковская, какъ собственница той части берега рѣки Ирпень, къ которому предполагалось примкнуть плотину, *поступила совершенно правильно, предъявивъ къ митрополитанскому дому искъ по п. 4-му ст. 29 уст. гр. суд.*“ *). Кассационная жалоба повѣреннаго Кіевскаго митрополитанскаго дома была оставлена безъ послѣдствій.

Очевидно, что исходнымъ пунктомъ настоящаго судебного спора надлежитъ считать постановленіе п. 2 ст. 442 т. X ч. 1, гласящее слѣдующее: „Владѣлецъ земель и покосовъ, въ верху рѣки лежащихъ, имѣетъ право требовать, чтобы хозяинъ противоположнаго берега рѣки не примыкалъ плотины къ его берегу, безъ его согласія“.

Мы имѣли уже случай (§ 7) высказаться по существу этого предписанія гражд. зак. Припомнимъ приведенныя нами тогда же сужденія о немъ нашихъ юристовъ, что „это постановленіе не заключаетъ въ себѣ ограниченія права собственности“, что оно „совершенно излишне“, „самоочевидно“ и т. п. Мы вполнѣ раздѣлили тогда эти мнѣнія юристовъ о предписаніи, содержащемся въ п. 2 ст. 442 т. X. ч. 1, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, указали, что мы не будемъ (такъ какъ не находимъ нужнымъ) считаться съ нимъ — при конструированіи исковъ о правѣ участія частного.

*) Курсивъ нашъ.

Однако, сама жизнь всетаки выдвигаетъ, такъ или иначе, на сцену (какъ усматривается уже изъ настоящаго дѣла Квятковской съ Кіевскимъ митрополитанскимъ домомъ) вопросъ о практическомъ примѣненіи п. 2 ст. 442 т. X ч. 1.

Конечно, п. 2 ст. 442, по существу, совершенно излишній, самоочевидный и т. д.; но, въ концѣ концовъ, онъ всетаки существуетъ, — а это обстоятельство далеко уже не безразличное, на нашъ, по крайней мѣрѣ, взглядъ. Остается, поэтому, думать намъ, признать право владѣльца земель требовать, чтобы хозяинъ противоположнаго берега рѣки не примыкалъ плотины къ его берегу — по нашему законодательству — также правомъ участія частнаго, а въ соотвѣтствіи съ этимъ, и искъ о непримычкѣ плотины — искомъ о правѣ участія частнаго.

Но Прав. Сенатъ конструируетъ, какъ мы сейчасъ видѣли, искъ о непримычкѣ плотины, какъ искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Почему? Мы не думаемъ, чтобы въ пользу такой его конструкции говорили какія либо, особенно вѣскія, соображенія. Прав. Сенатъ, повидимому, просто считалъ, что правъ участія частнаго суть „правъ посторонняго участія *въ выгодахъ чужого имущества*“*), каковымъ, конечно, не является право на непримычку плотины**); поэтому, Сенатъ и призналъ, что искъ о непримычкѣ плотины не есть искъ о правѣ участія частнаго, но лишь искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Если, однако, послѣдовательно исходить изъ такого воззрѣнія Прав. Сената, пришлось бы также признать исками о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, а не исками о правѣ участія частнаго (какъ надлежитъ): и искъ о неустройствѣ запрудъ (ст. 442, п. 1), и искъ о непристройкѣ поварни и печи, и искъ о неустройствѣ ската кровли или оконъ и т. п. (ст. 445).

Но допустить это, очевидно, невозможно***). Несомнѣнно, что перечисленные иски являются именно исками о правѣ участія частнаго. Таковымъ же остается признать, вопреки настоящему касс. рѣш. Пр. Сената, и этотъ искъ о непримычкѣ плотины****).

*) См. само настоящее касс. рѣшеніе. Въ этихъ его словахъ явно обнаруживается присущая Пр. Сенату сервитутная точка зрѣнія на права уч. ч.

***) Такъ какъ въ этомъ правѣ, дѣйствительно, нѣтъ ни выгодъ, ни признанія на выгоды въ отношеніи чужого имущества.

****) Этого недопускаетъ и самъ Прав. Сенатъ. См. цитированное уже касс. рѣш. 1874 г. № 673, а равно и нижеприводимыя касс. рѣшенія.

*****) Что Пр. Сенатъ не считалъ искъ о непримычкѣ плотины искомъ о правѣ уч. ч. лишь по той причинѣ, что онъ вообще ошибочно конструировалъ

д) Рѣш. 1889 г. № 91 (д. Смѣлковой съ Гродненской городской управой). „Смѣлкова, чрезъ повѣреннаго своего, руководствуясь 5 п. 29 ст. уст. гр. суд., ходатайствовала, — говорится въ этомъ рѣшеніи, — объ обязаніи Гродненской городской управы закрыть въ со-сѣднемъ казарменномъ зданіи окна, выходящія на ея, истицы, дворъ и огородъ, а также перенести выходящій на ея же дворъ скать крыши въ означенномъ зданіи. Мировой судья, по недоказанности, отказалъ въ искѣ, а Гродненскій мировой съездъ*), руководствуясь рѣшеніемъ сената 1879 г. № 302**), нашель*), что Смѣлкова должна была предъявить къ городской управѣ искъ по 4 п. 29 ст. уст. гр. суд. **), — и, за пропусченіемъ истицею 6-ти мѣсячнаго срока, въ искѣ отказалъ по неподсудности. Смѣлкова, чрезъ повѣреннаго Сененко, проситъ объ отмятнѣ этого рѣшенія*), по нарушенію 445 ст. X т. 1 ч. и 4 и 5 п. п. 29 ст. уст. гр. суд. Выслушавъ заключеніе товарища оберъ-прокурора и принимая во вниманіе: 1) что въ данномъ дѣлѣ разрѣшенію съѣзда подлежало исковое требованіе Смѣлковой о закрытіи отвѣтчикомъ, собственникомъ сосѣдняго казарменнаго зданія, выходящихъ на дворъ ея оконъ и объ устройствѣ ската крыши въ означенномъ зданіи на свой дворъ, т. е. о такомъ предметѣ, который, по силѣ 445, 446 и 447 ст. X т. 1 ч., составляетъ одинъ изъ видовъ права участія частнаго (рѣш. 1878 г. № 268 и др.); 2) что преподанное Сенатомъ, въ рѣшеніи 1879 г. № 302, разъясненіе не могло служить для съѣзда основаніемъ къ признанію подобнаго иска за искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія**), такъ какъ въ рѣшеніи этомъ установлено только, что правонарушенія, предусмотрѣннаго 5 п. 29 ст. уст. гр. суд., въ отношеніи къ собственнику имѣнія со стороны лица посторонняго*) по-

валъ (и конструируетъ) иски о правѣ уч. ч., какъ сервитутные иски, усматривается изъ слѣдующаго мѣста этого касс. рѣш.: „Пр. Сенатъ находитъ, что иски о возстановленіи нарушеннаго права участія частнаго (п. 5 ст. 29 уст. гр. суд.), имѣющіе предметомъ огражденіе права посторонняго участія *въ выгодахъ чужого имущества* (курсивъ нашъ), могутъ быть вчиняемы только тѣми именно лицами, которыя въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ (ст. 442 и послѣд. т. X ч. 1) пользовались и считаютъ себя вправе пользоваться означеннымъ правомъ, къ дальнѣйшему осуществленію коего они встрѣчаютъ препятствіе со стороны собственника имѣнія“ (курсивъ нашъ).

*) Курсивъ подлинника.

***) Курсивъ нашъ.

слѣдовать не можетъ, и что, въ подобнаго рода дѣлахъ, собственникъ имѣнія можетъ принимать участіе не иначе, какъ въ качествѣ отвѣтчика, и 3) что, въ настоящемъ случаѣ, Гродненская городская управа, какъ собственникъ казарменнаго зданія, нарушившій право сосѣдней владѣлицы, и является предъ ней отвѣтчикомъ (рѣш. 1879 года № 304), почему *свѣздъ, примѣнивъ срокъ, установленный не 5 пунктомъ, а 4-мъ пунктомъ 29 ст. уст. гр. суд., поступилъ неправильно* *),—Правительствующій Сенатъ опредѣляетъ: рѣшеніе Гродненскаго мирового свѣзда, по нарушенію 445 ст. X т. 1 ч., отмѣнить и дѣло передать въ Бѣлостокскій мировой свѣздъ“.

Итакъ, Гродненскій мировой свѣздъ, руководствуясь рѣшеніемъ сената 1879 г. № 302, нашелъ, что Смѣлкова должна была предъявить къ городской управѣ искъ по 4 п. 29 ст. уст. гр. суд., а не по 5 п. этой статьи, какъ то сдѣлала названная истица. Дѣйствительно. Въ этомъ рѣш. 1879 г. № 302, которое мы также (см. выше) цитировали, было разъяснено, какъ мы видѣли, что искъ о непримычкѣ плотины является искою о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, предъявляемымъ по п. 4 ст. 29 уст. гр. суд. Исходя изъ этого разъясненія, Гродненскій мировой свѣздъ *вполнѣ послѣдовательно*, думается намъ, призналъ, что и настоящій искъ о закрытіи въ сосѣднемъ зданіи оконъ и о переустройствѣ въ немъ ската крыши надлежитъ—*въ такомъ случаѣ*—считать также искою о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, вчиняемою по п. 4 ст. 28 уст. гр. суд. Но Прав. Сенатъ нашелъ, какъ оказывается, настоящій взглядъ свѣзда *неправильнымъ*. Отмѣнивъ рѣшеніе свѣзда, онъ разъяснилъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что *данный искъ является, напротивъ, искою о правѣ участія частнаго, подлежащимъ предъявленію по п. 5 ст. 29.*

Прав. Сенатъ въ конечномъ итогѣ, несомнѣнно, *вполнѣ правъ*: искъ о закрытіи оконъ и переустройствѣ ската крыши, дѣйствительно, не является искою о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, но—искою о правѣ участія частнаго. Однако же—въ рѣш. 1879 г. № 302—Прав. Сенатъ призналъ, къ сожалѣнію, искъ о непримычкѣ плотины именно искою о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Допустивъ тогда эту ошибку, какъ мы указали выше, онъ ввелъ теперь въ заблужденіе Гродненскій мировой свѣздъ, который при разборѣ настоящаго дѣла *лишь послѣдо-*

*) Курсивъ нашъ.

вательно *) исходилъ изъ неправильнаго разъясненія, преподавнаго Сенатомъ въ рѣш. 1879 г. № 302.

е) Рѣш. 1899 г. № 74 (д. Бѣльской съ Федоровичемъ). „Повѣренный Надежды Бѣльской,—сказано, между прочимъ, въ этомъ рѣшеніи,—въ поданномъ мировому судѣ исковомъ прошеніи, указывая на то, что Іосифъ Федоровичъ въ стѣнѣ своего дома, находящагося на межѣ владѣній его и Бѣльской, прорубилъ въ сторону земли Бѣльской окно, просилъ обязать Федоровича задѣлать это окно. Мировой судья... руководствуясь 446 ст. 1 ч. X т., опредѣлилъ: обязать Федоровича задѣлать прорубленное окно. Въ апелляціонной жалобѣ Федоровичъ указывалъ на то, что 446 ст. 1 ч. X т. не должна имѣть примѣненія потому, что его домъ стоитъ не на межѣ; а напротивъ Бѣльская, перенесла самовольно свой заборъ къ стѣнѣ его дома, учинила захватъ его земли болѣе, чѣмъ на аршинъ, объ отбраніи каковой земли отъ Бѣльской имъ начато дѣло въ окружномъ судѣ, и просилъ пріостановиться разрѣшеніемъ настоящаго дѣла до разсмотрѣнія дѣла окружнымъ судомъ. Мировой свѣздъ, принявъ во вниманіе, что искъ Бѣльской объ обязаніи Федоровича задѣлать прорубленное имъ ко двору Бѣльской окно *относится къ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія* **), что при разрѣшеніи подобныхъ исковъ на обязанности суда лежитъ обсудить только то, у кого находилась земля въ фактическомъ владѣніи, что предъявленный Федоровичемъ въ окружномъ судѣ искъ къ Бѣльской не имѣетъ никакой связи съ настоящимъ искою,—утвердилъ рѣшеніе мирового судьи“. На рѣшеніе свѣзда Федоровичемъ была принесена кассационная жалоба. Разсмотрѣвъ ее, Прав. Сенатъ нашелъ, что „по настоящему дѣлу возбуждается вопросъ: требованіе о закрытіи по 446 ст. 1 ч. X т. окна, сдѣланнаго въ стѣнѣ дома, находящагося на самой межѣ, является-ли искою о возстановленіи нарушеннаго владѣнія по 4 п. 29 ст. уст. гр. суд., или искою о правѣ участія частнаго по 5 п. той-же статьи ***)?“ Обсудивъ этотъ вопросъ, Прав. Сенатъ пришелъ къ тому выводу, что „*въ искахъ по 4 п. 29 ст. уст. гр. суд. истецъ охраняетъ цѣлостъ своего недвижимаго имѣнія и спокойное обладаніе имъ, а въ*

*) Ибо, логически разсуждая, устройство оконъ или ската крыши на чужой дворъ можно также считать, *въ нѣкоторомъ родѣ*, нарушеніемъ чужого владѣнія, хотя по нашему законодательству это составляетъ (какъ и примычка плотины) лишь нарушеніе правъ участія частнаго, т. е. сосѣдскихъ правъ.

**) Курсивъ нашъ.

искахъ по 5 п. той-же статьи требованія истца направлены не къ охранѣ его собственнаго недвижимаго имѣнія, а къ охранѣ правъ, принадлежащихъ ему въ чуждомъ имѣніи *). Къ искамъ, предусмотрѣннымъ 5 п. 29 ст., должно относиться основанное на 446 ст. 1 ч. X т. требованіе о закрытіи окна, сдѣланнаго сосѣдомъ въ стѣнѣ его дома, находящагося на межѣ съ усадьбой истца. Въ этомъ случаѣ фактическое владѣніе истца его собственнымъ имѣніемъ ничѣмъ не нарушено **), такъ какъ оно простирается до стѣны и не распространяется на стѣну сосѣда-отвѣтчика; но хотя эта стѣна для истца чуждая, онъ, въ силу 446 ст., имѣетъ право требовать, чтобы въ ней не было оконъ, обращенныхъ въ его сторону. Ссылка въ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. на законы, относящіеся къ праву участія частнаго, и въ томъ числѣ на 446 ст., служить очевиднымъ подтвержденіемъ тому, что *требованіе о закрытіи оконъ относится къ искамъ о правѣ участія частнаго, а не къ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія* **). Такое разъясненіе и дано по сему предмету въ рѣшеніи Правительствующаго Сената 1889 г. № 91 по дѣлу Смѣлковой ***). По настоящему дѣлу съѣздомъ установлено, что требованіе Бѣльской заключалось въ обязаніи Федоровича задѣлать прорубленное имъ къ двору истицы окно въ его домѣ, стоящемъ на межѣ съ усадьбой Бѣльской, а потому *съездъ неправильно и въ нарушение 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. и 446 ст. 1 ч. X т. призналъ это требованіе искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, а не искомъ о правѣ участія частнаго* **). Въ виду сказаннаго, Прав. Сенатъ опредѣлилъ: „рѣшеніе Могилевскаго на Дѣлѣ мирового съѣзда, по нарушенію 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. и 446 ст. 1 ч. X т., отмѣнить и передать дѣло для новаго разсмотрѣнія въ Оршанскій мировой съездъ“.

Въ настоящемъ дѣлѣ подвергся, какъ видимъ, обсужденію, главнымъ образомъ, вопросъ о томъ, *нельзя ли считать устройство оконъ на сосѣдній дворъ нарушеніемъ владѣнія этимъ послѣднимъ*. Мировой съездъ явно склонился къ разрѣшенію указаннаго вопроса въ утвердительномъ смыслѣ; по крайней мѣрѣ, онъ прямо отнесъ „искъ Бѣльской объ обязаніи Федоровича задѣлать прорубленное имъ ко двору Бѣльской окно“ къ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

*) Курсивъ подлинника.

***) Курсивъ нашъ.

***) См. предыдущее рѣшеніе.

Но Прав. Сенатъ вполне основательно отвергъ этотъ взглядъ мирового съѣзда, какъ несомнѣнно ошибочный.

Именно, онъ разъяснилъ, что „въ этомъ случаѣ фактическое владѣніе истца его собственнымъ имѣніемъ ничѣмъ не нарушено, такъ какъ оно простирается до стѣны и не распространяется на стѣну сосѣда-отвѣтчика“. А разъ не было въ данномъ случаѣ нарушенія владѣнія, не могъ, само собою разумѣется, имѣть мѣста въ этомъ случаѣ и искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. И, дѣйствительно, мы видимъ, что Прав. Сенатъ призналъ настоящій искъ Бѣльской къ Федоровичу объ обязаніи его задѣлать окно, прорубленное имъ къ ея двору, не искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, какъ это сдѣлалъ миров. съездъ, а, напротивъ, искомъ о правѣ участія частнаго.

Нельзя, конечно, не одобрить эту точку зрѣнія Прав. Сената на данный искъ, — какъ и нельзя, очевидно, не предпочесть ее тому (ошибочному) взгляду на него, который былъ усвоенъ мировымъ съездомъ *).

О чемъ вообще свидѣтельствуютъ всѣ вышеприведенныя рѣшенія Гражд. Кассац. Д-та Правительствующаго Сената? Какъ можно формулировать, на основаніи этихъ рѣшеній, взглядъ Сената на отношеніе исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (п. 4 ст. 29 уст. гр. суд.) къ искамъ о правѣ участія частнаго (п. 5 той-же статьи)?

Для надлежащаго отвѣта на эти вопросы считаемъ полезнымъ предварительно обратить вниманіе на слѣдующее.

Разсуждая теоретически, можно представить себѣ три, совершенно различныя, *системы* взаимоотношеній тѣхъ и другихъ исковъ. Такимъ образомъ, возможны:

*) „Можно-ли въ порядкѣ владѣльческаго иска (курсивъ нашъ) требовать закрытія оконъ въ стѣнѣ сосѣдняго дома? спрашиваетъ также проф. Гуляевъ (въ своей брошюрѣ: „Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“, изд. 3, стр. 56). Прав. Сенатъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ — указываетъ названный авторъ—въ отрицательномъ смыслѣ. Самъ же проф. Гуляевъ явно склоняется къ противоположному мнѣнію. „Въ опроверженіе этого взгляда (Пр. Сената) можно было бы указать—говоритъ онъ—что сосѣдъ, требующій закрытія оконъ въ сосѣдней стѣнѣ не защищаетъ право участія частнаго, котораго онъ и не имѣетъ (?!), а желаетъ возстановить владѣніе своимъ участкомъ (sic!) въ томъ видѣ, въ какомъ владѣлъ имъ до того момента, когда въ сосѣдней стѣнѣ пробиты были окна. Значитъ, это искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, а не искъ о правѣ участія частнаго“ (курсивъ нашъ).

Во-первыхъ, *система полного отождествленія* исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія съ исками о правѣ участія частнаго. Очевидно, что эта (первая) система, въ конечномъ своемъ итогѣ, неизбѣжно приводитъ не болѣе и не менѣе, какъ къ самому *упраздненію* исковъ о правѣ участія частнаго, къ ихъ *поглощенію* исками о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и, соотвѣтственно съ этимъ, къ *распространенію* области примѣненія послѣднихъ также на тѣ случаи, когда имѣтъ мѣсто должны были-бы собственно лишь иски о правѣ участія частнаго.

Во-вторыхъ, *система сближенія* исковъ о правѣ участія частнаго съ исками о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. При настоящей—второй—системѣ, иски о правѣ участія частнаго сохраняютъ уже (въ противоположность тому, что имѣетъ мѣсто при первой системѣ) *полную свою самостоятельность*, на ряду съ исками о возстановленіи нарушеннаго владѣнія; только—первые иски приобретаютъ, при дѣйствіи этой системы, специфическую (по существу, вовсе имъ не свойственную) „*поссессорную*“ окраску, которую они заимствуютъ у вторыхъ.

Въ-третьихъ, *система принципиальнаго отграниченія* исковъ о правѣ участія частнаго отъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Сущность настоящей—третьей—системы ясна уже сама по себѣ.

Обращаясь теперь къ цитированнымъ нами кассац. рѣшеніямъ, нельзя не усмотрѣть изъ нихъ, что наши *мировыя судебныя установленія вообще склонны (если судить, по крайней мѣрѣ, по даннымъ названныхъ кассац. рѣшеній) придерживаться первой изъ перечисленныхъ системъ*. Конечно, подобное тяготѣніе ихъ къ указанной системѣ ни въ какомъ случаѣ не заслуживаетъ одобренія. И дѣйствительно, мы видимъ, что Прав. Сенатъ почти всегда *) даетъ въ своихъ рѣшеніяхъ достаточно энергичный отпоръ этимъ тенденціямъ мировыхъ судовъ. *Слѣдовательно, Сенатъ безусловно не является сторонникомъ настоящей системы.*

Не столь уже самоочевидна, но всетаки, кажется, достаточно ясна также позиція, занятая Прав. Сенатомъ въ отношеніи второй изъ приведенныхъ системъ.

*) Исключеніе составляетъ лишь вышеприведенное рѣш. 1879 г. № 302 (примычка плотины), гдѣ Прав. Сенатъ

Мы уже сказали, что эта система была послѣдовательно проведена лишь въ Проектѣ, но что она, хотя и была, вѣроятно, задумана также редакторами Устава, не осуществилась, напротивъ, въ самомъ Уставѣ. Нѣтъ поэтому основанія (какъ было уже сказано выше) придерживаться, при трактовкѣ нашихъ исковъ о правѣ участія частнаго, также настоящей системы. И лично мы думаемъ, что *Прав. Сенатъ отнюдь не является сторонникомъ и этой системы*. Въ справедливости сейчасъ сказаннаго мы, особенно, убѣждаемся при чтеніи послѣдняго (изъ числа цитированныхъ) касс. рѣшенія *), гдѣ прямо проведена та мысль, что устройство оконъ на сосѣдній дворъ нельзя считать нарушеніемъ владѣнія этимъ послѣднимъ; Прав. Сенатъ не только *не упраздняетъ* въ этомъ рѣшеніи данную категорію исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (что ему слѣдовало бы, очевидно, сдѣлать, если бы онъ держался первой системы), но онъ *даже опредѣленно воздерживается отъ какаго бы то ни было вообще конструированія его, въ качествѣ поссессорнаго иска **)*. Слѣд., въ данномъ, по крайней мѣрѣ, рѣшеніи Сенатъ, несомнѣнно, *не принялъ и указанной (второй) системы.*

Но то же, самое, очевидно, слѣдуетъ сказать также относительно другихъ цитированныхъ рѣшеній Прав. Сената, напр.: относительно его рѣшенія 1874 г. № 673 (о пристройкѣ кузницы къ сосѣдней стѣнѣ), гдѣ имъ было разъяснено съ достаточною опредѣленностью, что настоящій споръ между тяжущимися сторонами является *споромъ sui generis, но отнюдь не споромъ „о фактическомъ владѣніи стѣною“*,—или, напр.: относительно рѣшенія 1875 г. № 941 (о правѣ на необходимую дорогу), гдѣ имъ было также указано, что споръ объ этомъ правѣ *не составляетъ „спора о нарушеніи фактическаго владѣнія недвижимостію“*, но споръ о самомъ правѣ участія частнаго и т. д., и т. д.

Итакъ, Прав. Сенатъ, касаясь вопроса объ отношеніи исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія къ искамъ о правѣ участія частнаго, не принялъ, какъ видимъ, ни системы полного отождествленія ихъ (первая система), ни системы сближенія ихъ (вторая система). Остается, поэтому, признать (и это, дѣйствительно,

*) Рѣш. 1899 г. № 74.

**) Какъ это дѣлалъ, напр., Проектъ.

не подлежит сомнѣнію), что *имъ принята система принципіального отграниченія исковъ о правѣ участія частнаго отъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (третья система).*

И, должно сказать, что это вообще единственно правильная точка зрѣнія на взаимоотношеніе названныхъ исковъ.

Но, само собою разумѣется, это еще не означаетъ, что Прав. Сенатъ правильно конструируетъ также самые иски о правѣ участія частнаго. Напротивъ, онъ отличаетъ иски о правѣ участія частнаго отъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *только потому*, что считаетъ эти первые иски сервитутными исками (посессорными ли, или петиторными—все равно) и, придавая имъ такое значеніе, естественно, противопоставляетъ ихъ вторымъ.

Какъ бы то ни было, но мы во всякомъ случаѣ убѣдились, что *и Прав. Сенатъ не признаетъ иски о правѣ участія частнаго посессорными исками*, или владѣльческими въ точномъ смыслѣ этихъ выраженій. Другой совершенно вопросъ: дѣлается ли онъ также надлежащій выводъ изъ этого (принимаемаго и имъ) основнаго положенія, касающагося юридической сущности нашихъ исковъ.

Но объ этомъ мы скажемъ уже въ дальнѣйшемъ изложеніи *).

Теперь же продолжимъ изложеніе нашего мнѣнія объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго.

2. *Иски о правѣ участія частнаго суть личные, или обязательственные иски, направленные на защиту—основанныхъ на законѣ—сосѣдскихъ правъ.*

Припомнимъ приведенную нами выше (§ 8) цитату изъ Пандектъ Дернбурга, гласящую: „Для защиты своей собственности, сверхъ вещныхъ исковъ, собственникъ имѣетъ еще и *многочисленные личные (persönliche) иски противъ сосѣдей* **), которые угрожаютъ его вещи или прикасаются до нея“.

По смыслу приведенной цитаты, всякое право на (недвижимую) собственность можетъ быть нарушаемо, между прочимъ, также *сосѣдями*. Такое нарушеніе этого права имѣетъ мѣсто въ тѣхъ слу-

*) При специальномъ обсужденіи вопроса о примѣненіи исковъ о правѣ участія частнаго въ тѣхъ случаяхъ, когда они *осложнены, сверхъ того, пограничными спорами* между сосѣдями.

**) Курсивъ нашъ.

чаяхъ, когда они (сосѣди) „угрожаютъ“ вещи или же „прикасаются до нея“. Въ русскомъ законодательствѣ подобное „сосѣдское“ нарушеніе правъ собственника также предусмотрено (и воспрещено) специальными статьями: 442 и 445—451 т. X ч. 1, въ связи съ п. 3 (прежде 5) ст. 29 уст. гр. суд. Въ самомъ дѣлѣ. Не подлежитъ сомнѣнію, что, съ точки зрѣнія нашего законодательства, сосѣдь, поднимающій, напр., запруды рѣчную воду, этимъ „*угрожаетъ*“ (чужимъ) землямъ и покосамъ, лежащимъ въ верху рѣки; равнымъ образомъ, хозяинъ берега рѣки, *примыкающей* плотину къ противоположному (ему не принадлежащему) берегу, „*прикасается* до“ (чужой) недвижимой собственности (земли). Сосѣдь, пристраивающій поварню и печь къ стѣнѣ смежнаго дома, уже *и угрожаетъ (пожаромъ) этому дому, и прикасается до него*. *Напротивъ, только угрожаетъ*,—кто, напр., дѣлаетъ окна и двери въ брандмауерѣ, отдѣляющемъ кровлю смежныхъ зданій. *И только прикасается*,—кто ходитъ черезъ сосѣдній участокъ, ссылаясь—безъ основанія—на яко-бы ему принадлежащее право на необходимую дорогу черезъ этотъ участокъ, и т. п. и т. п.

И вотъ, „для защиты“ права собственности отъ подобнаго рода нарушеній его сосѣдами, или (что то же самое) для защиты соответственныхъ сосѣдскихъ правъ, существуютъ „*многочисленные*“ (по словамъ Дернбурга) личные иски противъ сосѣдей“.

Мы подчеркиваемъ, что указанные средства судебной защиты многочисленны, и (добавимъ еще къ этому), по своему содержанію, они также весьма разнообразны. Дѣйствительно, мы вполнѣ убѣдились, какъ кажется, въ справедливости этого уже въ предыдущемъ изложеніи, когда знакомылись съ ученіемъ римскаго права о защитѣ правъ сосѣдства (§§ 8 и 9). Тогда же мы сопоставили съ этими судебными средствами защиты сосѣдскихъ правъ по римскому праву наши иски о правѣ участія частнаго. Въ результатѣ такого сопоставленія обнаружилось наличие известной близости или, по крайней мѣрѣ, точекъ соприкосновенія между тѣми и другими исковыми средствами.

Въ соответствии съ этимъ, еще въ § 7 мы отвергли, конечно, какъ ошибочное, мнѣніе проф. Ельяшевича, будто бы „искъ, предусматриваемый п. 5 (нынѣ 3) ст. 29, есть искъ единый“. Ибо, на самомъ дѣлѣ, подобно известнымъ искамъ римскаго права, направленнымъ на защиту правъ сосѣдства,—всѣмъ этимъ *actio aquae pluviae arcendae, actio finium regundorum, interdictum quod vi aut*

clam etc.—и иски о правѣ участія частнаго русскаго Устава гражд. суд. отнюдь не являются какими-то однообразными исками,—чѣмъ то въ родѣ однородныхъ сервитутныхъ исковъ, какъ ошибочно думаетъ господствующее мнѣніе. Напротивъ, иски о правѣ участія частнаго, имѣющіе своимъ матеріально-правовымъ основаниемъ различныя статьи гражд. зак. (изъ числа тѣхъ ст. ст., на кои ссылается п. 3, а прежде 5, ст. 29 уст. гр. суд.), въ дѣйствительности, далеко не походятъ другъ на друга. Правда, у нихъ имѣются и общія черты. Онѣ намъ уже извѣстны.

Это—тѣ же черты, кои свойственны также перечисленнымъ искамъ римскаго права: 1) то, что названные иски о правѣ участія частнаго суть личные, или обязательственные иски и 2) то, что они направлены на защиту собственности отъ сосѣдей.

Вообще же наши иски о правѣ участія частнаго, очевидно, столь же разнообразны, по своему содержанію, сколь и упомянутые, въ основныхъ чертахъ имъ аналогичны, какъ видимъ, иски римскаго права.

Все отмѣченное нами даетъ прямое указаніе на то, въ какомъ именно направленіи, а точнѣе говоря, на почвѣ какой именно римской (или пандектной) теории (очевидно, не сервитутной, какъ считаетъ господствующее ученіе) должны быть вообще изучаемы иски о правѣ участія частнаго.

Такою почвою, пригодною для ихъ изученія, должно считать, несомнѣнно, догму римскаго (пандектнаго) права о защитѣ правъ сосѣдства,—въ виду чего нами и былъ произведенъ въ предыдущемъ изложеніи (въ §§ 8 и 9) опытъ примѣненія указанной догмы къ нашимъ искамъ о правѣ участія частнаго.

Уже не останавливаясь болѣе на этомъ, отмѣтимъ—въ заключеніе настоящаго §—еще лишь слѣдующее.

Наше опредѣленіе исковъ о правѣ участія частнаго гласитъ, что названные иски суть личные, или обязательственные иски, направленные на защиту—основанныхъ на законѣ—сосѣдскихъ правъ.

Мы подчеркиваемъ теперь въ этомъ опредѣленіи слова: „основанные на законѣ“. Въ предыдущемъ изложеніи (§ 3, п. II) мы обсудили уже вопросъ объ основаніяхъ возникновенія правъ участія частнаго. Мы тогда видѣли, что Прав. Сенатъ приводитъ, въ качествѣ основаній возникновенія этихъ правъ, законъ, договоръ и судебное рѣшеніе, и что проф. Гуляевъ присоединяетъ къ нимъ также

духовное завѣщаніе. Тогда же мы категорически высказались противъ подобнаго ученія объ основаніяхъ возникновенія правъ участія частнаго. Вмѣстѣ съ тѣмъ, мы объявили самое происхожденіе этого ученія единственно лишь смѣшеніемъ правъ участія частнаго съ сервитутами: ибо законъ, договоръ и т. д., дѣйствительно, являются основаніями возникновенія сервитутовъ, но отнюдь не правъ участія частнаго. Послѣднія суть законныя ограниченія права собственности. Слѣдовательно, у нихъ имѣется единственное лишь основаніе ихъ возникновенія: законъ.

Мы считаемъ полезнымъ прямо указать на это обстоятельство въ нашемъ опредѣленіи исковъ о правѣ участія частнаго.

Закончивъ это изложеніе основныхъ положеній какъ существующихъ сужденій, такъ и нашего мнѣнія объ юридической природѣ исковъ о правѣ участія частнаго, приступаемъ теперь къ установленію (и формулированію) тезисовъ, касающихся также прочихъ вопросовъ ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго.

§ 19. II. Стороны въ судебныхъ процессахъ о правахъ участія частнаго (*legitimatō ad causam* въ названныхъ процессахъ). Сужденія по этому предмету проф. Гуляева и гражд. кассационной практики. Наше мнѣніе по настоящему вопросу.

Сторонами въ судебныхъ процессахъ о правахъ участія частнаго являются *сосѣди*, собственники *) смежныхъ земельныхъ участковъ.

Но кто собственно изъ нихъ оказывается *истцемъ*, кто — *ответчикомъ* въ настоящихъ искахъ о правѣ участія частнаго?

А) Сужденія по этому предмету проф. Гуляева и гражд. кассационной практики.

Проф. Гуляевъ, обсуждая въ своей брошюрѣ, между прочимъ, и этотъ вопросъ, даетъ на него отвѣтъ въ такихъ выраженіяхъ **): „Истецъ—тотъ, кому принадлежитъ нарушенное право участія частнаго, отвѣтчикъ—кто это право нарушилъ. Формула, касающаяся истца, несмотря на всю свою простоту, способна вызвать недоумѣнія, въ виду невыясненности самого понятія права уча-

*) А, можетъ быть, и другія вѣшно-управомоченныя лица. Ср. указаніе въ брошюрѣ проф. Гуляева, стр. 42, что право на искъ о закрытіи оконъ принадлежитъ также чиншевику владѣльцу.

***) Назван. брошюра, стр. 41.

стия частного*). Но каково бы ни было право участия, въ чемъ бы ни заключалась его сущность въ конкретномъ случаѣ, право участия частного связываетъ непремѣнно опредѣленныхъ субъектовъ, топографическое положеніе имуществъ которыхъ *даетъ одному изъ нихъ возможность осуществлять свою власть надъ объектомъ права другого**).

Приведенное сужденіе проф. Гуляева о сторонахъ въ судебныхъ процессахъ о правахъ участия частного является, на нашъ взглядъ, весьма характернымъ.

Замѣчательно въ немъ уже *собственное признаніе его автора насчетъ известной неудовлетворительности имъ же предложенной „формулы, касающейся истца“*. Самъ же проф. Гуляевъ находитъ, что настоящая его формула „способна вызвать недоумѣнія, въ виду неясности самого понятія права участия частного“. И должно сказать, что это указаніе проф. Гуляева на неясность самого понятія права участия частного отнюдь не является въ его брошюрѣ какимъ либо случайнымъ замѣчаніемъ. Напротивъ, указанная мысль проф. Гуляева проходитъ какъ бы красною нитью чрезъ всю его брошюру**) и находитъ себѣ выраженіе даже въ подводимыхъ имъ (въ концѣ этой брошюры) итогахъ кассац. практики по вопросамъ о правѣ участия частного. Настоящая мысль формулирована въ нихъ слѣдующимъ образомъ: „сущность „права участия частного“ остается и до сего времени неясной, и подъ этимъ правомъ Пр. Сенатъ разумѣетъ то сервитутное правомочіе, то, наоборотъ, устраненіе сего правомочія со стороны собственника“ (?!)***).

Неудивительно, конечно, что, при подобной неясности самого понятія права участия частного, данная проф. Гуляевымъ „формула, касающаяся истца“: „истецъ тотъ, кому принадлежитъ нарушенное право участия частного“, — дѣйствительно, оказывается способною по его же собственному (и вполне справедливому) признанію, вызвать недоумѣнія.

Однако, такое положеніе вещей не можетъ быть, очевидно, признано скольконибудь естественнымъ. Само собою разумѣется, что эти недоумѣнія должны быть, во что бы то ни стало, устранены. Этого не можетъ, конечно, не сознавать и самъ проф. Гуляевъ. Въ

*) Курсивъ нашъ.

**) См., напр., стр. 31 и 37 названной брошюры, гдѣ также говорится о неясности понятія права участия частного.

***) Назван. брошюры, стр. 54.

концѣ концовъ, онъ даетъ опредѣленіе (въ той же цитатѣ) права участия частного, какъ обусловленной топографическимъ положеніемъ имуществъ „возможности (одного сосѣда) осуществлять свою власть надъ объектомъ права“ (другого сосѣда).

Что означаетъ, однако, въ приведенномъ опредѣленіи проф. Гуляева эта возможность осуществлять свою власть надъ объектомъ чужого права? Едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что подъ настоящимъ описательнымъ выраженіемъ кроется въ данномъ случаѣ ничто иное, какъ возможность осуществлять *сервитутное право. Сервитутнымъ полномочіемъ* или, просто, *сервитутомъ* и является, надо думать, встрѣчающаяся въ этомъ опредѣленіи проф. Гуляева „власть надъ объектомъ права другого“.

Но въ такомъ случаѣ, съ точки зрѣнія этихъ сужденій проф. Гуляева выходитъ, что въ искахъ о правѣ участия частного надлежитъ считать: а) истцемъ — управомоченнаго на сервитутъ, коимъ обремененъ смежный участокъ, и б) отвѣтчикомъ — собственника этого послѣдняго, поскольку имъ нарушается упомянутый сервитутъ.

Съ приведенными сужденіями проф. Гуляева *вполнѣ гармонируетъ*, повидимому, содержаніе отдѣльныхъ мѣстъ его брошюры, касающихся лицъ (субъектовъ), управомоченныхъ на права участия частного.

Такъ по поводу ст. 446, онъ говоритъ (между прочимъ): „самый текстъ ст. 446 не оставляетъ никакихъ сомнѣній въ томъ, что право участия частного имѣетъ въ данномъ случаѣ *владелецъ того зданія, на межѣ съ сосѣдомъ находящагося, въ стѣнѣ котораго сдѣланы окна**“ (стр. 26). „Очевидно, при отсутствіи въ стѣнѣ оконъ, нѣтъ и права участия частного; при наличности же оконъ—право участия частного будетъ существовать только въ томъ случаѣ, *когда на обращеніе оконъ послѣдовало разрѣшеніе со стороны сосѣда, въ установленной для сего формѣ**“ (стр. 27). „Право участия частного по ст. 446 принадлежитъ *владельцу постройки съ окнами, на чужую усадьбу обращенными, а не владельцу усадьбы, куда обращены окна**“ (стр. 28).

Настоящій владелецъ постройки съ окнами, на чужую усадьбу обращенными, является, такимъ образомъ, по мысли проф. Гуляева, *единственно управомоченнымъ* на право участия частного по ст. 446. Это же его право есть ничто иное (по смыслу приведен-

*) Курсивъ нашъ.

ныхъ цитатъ), какъ основанный на дозволенной записи (ст. 446) *оконный сервитутъ*. Слѣдовательно, съ изложенной точки зрѣнія, *сторонами* въ искѣ о данномъ правѣ участія частнаго надлежитъ признать (логически разсуждая): *истцомъ — именно того, кто уполномоченъ на настоящій — оконный — сервитутъ, а отвѣтчикомъ — собственника сосѣдняго участка.*

Аналогичный взглядъ (по вопросу о лицахъ, управомоченныхъ на права участія частнаго) высказываетъ проф. Гуляевъ также по поводу ст. 448: „относительно права участія частнаго по ст. 448 (говорить онъ) въ практикѣ Пр. Сената не встрѣчается сомнѣній: *право участія частнаго принадлежитъ тому, кто можетъ требовать дороги, а не тому, кто обязанъ дорогу предоставить**“ (стр. 32).

Такъ какъ Пр. Сенатъ смѣшиваетъ, какъ мы видѣли, право на необходимую дорогу съ дорожнымъ сервитутомъ, то, очевидно, смыслъ приведенной цитаты тотъ, что по мнѣнію Пр. Сената (раздѣляемому, повидимому, проф. Гуляевымъ) управомоченный на необходимую дорогу является *управомоченнымъ именно на дорожный сервитутъ*; но въ такомъ случаѣ — послѣдній окажется, конечно, и *истцомъ* въ искѣ о данномъ правѣ участія частнаго, а *отвѣтчикомъ* въ томъ же искѣ явится сосѣдь-собственникъ, препятствующій ему въ осуществленіи этого (дорожнаго) *сервитута*.

Проф. Гуляевъ, излагая настоящія сужденія Прав. Сената относительно *legitimatіo ad causam* въ искахъ о правѣ участія частнаго, не можетъ, однако, не признать, что Пр. Сенатъ высказываетъ и иные (прямо противоположные сейчасъ приведеннымъ) взгляды по этому предмету (**).

Такъ, напр., въ касс. рѣш. 1889 г. № 91 (д. Смѣлковой съ Гродненской городской управой) и 1899 г. № 74 (д. Вѣльской съ Федоровичемъ) опредѣленно проводится тотъ взглядъ, что въ упоминаемыхъ въ нихъ искахъ объ окнахъ, обращенныхъ на чужую усадьбу, *истцомъ* является уже не владѣлецъ зданія, въ которомъ сдѣланы окна (какъ до сихъ поръ предполагалось — см. выше), а *напротивъ, его сосѣдь, требующій закрытія оконъ*, такъ что *отвѣтчикомъ* въ процессахъ этого рода оказывается, уже наоборотъ, нашъ владѣлецъ зданія съ окнами, обращенными на чужую усадьбу.

Слѣдуетъ теперь сказать, что проф. Гуляевъ формулируетъ мысль, высказанную Пр. Сенатомъ въ приведенныхъ касс. рѣше-

*) Курсивъ нашъ.

**) Назван. брошюра, стр. 29.

ніяхъ, въ слѣдующей, болѣе общей формѣ, на стр. 24 своей брошюры: „Пр. Сенатъ право участія частнаго видитъ на сторонѣ *того владѣльца, который заявляетъ требованія объ устраненіи посторонняго воздѣйствія на свое недвижимое имущество**“. Право собственности на недвижимое имущество (цитируетъ проф. Гуляевъ одно изъ кассац. рѣшеній) сопровождается известными, опредѣленными закономъ, *ограниченіями**).

Такимъ образомъ, законъ предоставляетъ владѣльцу земель, въ верху рѣки лежащихъ, требовать, чтобы сосѣдь поднятіемъ или запрудой рѣчной воды не затоплялъ его полей, луговъ и не приостанавливалъ дѣйствія его мельницы, чтобы сосѣдь не пристраивалъ къ стѣнѣ его дома поварни и печей, не дѣлалъ оконъ и дверей въ *брандмауерѣ*, отдѣляющемъ кровлю сосѣднихъ зданій, и т. п.“

Само собою разумѣется, что подобная трактовка вопроса о лицахъ, управомоченныхъ на права участія частнаго (я — значить — о *legitimatіo ad causam* въ искахъ о названныхъ правахъ), является *обсужденіемъ этого вопроса, уже не съ точки зрѣнія сервитутной теоріи, — а теоріи законныхъ ограниченій собственности*.

Дѣйствительно, Прав. Сенату свойственны, какъ мы знаемъ, оба эти взгляда на права участія частнаго (права участія частнаго суть сервитуты; права участія частнаго — законныя ограниченія собственности). Но, къ сожалѣнію, указанные взгляды совершенно *непримиримы другъ съ другомъ*. Исходя же изъ каждаго изъ нихъ — въ отдѣльности, приходится *разно рѣшать* (какъ мы убѣдились изъ приведенныхъ цитатъ) *также вопросъ о сторонахъ въ процессахъ по поводу правъ участія частнаго, — о томъ, кто (изъ сосѣдей) является въ нихъ истцомъ, и кто — отвѣтчикомъ*.

Конечно, проф. Гуляевъ исполнилъ правъ, что сущность правъ участія частнаго, а равно и *legitimatіo ad causam* въ искахъ объ этихъ правахъ пока не выяснена еще Прав. Сенатомъ въ достаточной степени. Къ сожалѣнію, однако, эти вопросы оказываются *не выясненными и самимъ проф. Гуляевымъ въ его брошюрѣ*. Проф. Гуляевъ, излагая ихъ, сперва явно колеблется — при рѣшеніи вопроса, который изъ приведенныхъ (столь различныхъ) взглядовъ Прав. Сената долженъ быть признанъ правильнымъ. Но въ конечномъ результатѣ, онъ обнаруживаетъ всетаки болѣе тяготеющее

*) Курсивъ нашъ.

(какъ и слѣдовало ожидать) къ сервитутной теоріи, чѣмъ къ теоріи законныхъ ограниченій собственности; въ духѣ этой сервитутной теоріи проф. Гуляевъ и обсуждаетъ, *по-преимуществу*, какъ мы видѣли, настоящій вопросъ о *legitimatіo ad causam* въ искахъ о правѣ участія частнаго.

Само собою разумѣется, что все это, описанное нами, обсужденіе указаннаго вопроса въ кассац. рѣшеніяхъ (и въ брошюрѣ проф. Гуляева) не можетъ быть вообще признано удовлетворительнымъ *)

*) Тѣ *недоумѣнія*, кои вполне заслуженно вызываютъ сужденія Прав. Сената относительно сущности исковъ о правѣ участія частнаго и *legitimatіo ad causam* въ названныхъ искахъ, *ярко выражены* Ал. Геддомъ — въ его выше цитированной нами статьѣ: „Неразрѣшенные вопросы“ (Судебная газета за 1898 г. № 52). „Въ одномъ изъ рѣшеній своихъ, по частному случаю, правительствующій сенатъ высказалъ, — говоритъ названный авторъ, — вполне определенное принципиальное положеніе, что *предметомъ* (курсивъ нашъ) такого иска (иска о правѣ участія частнаго) можетъ быть лишь *нарушеніе собственникомъ уже существующаго и принадлежащаго истцу права частнаго участія* (курсивъ нашъ), но не присвоеніе отвѣтчикомъ не существующаго * не принадлежащаго ему права участія частнаго. Въ этомъ рѣшеніи (р. 1879 г. № 304) рѣчь шла о правѣ собственника земли не допускать по ней проѣзда, помимо дорогъ, открытыхъ для пользования постороннихъ лицъ въ силу закона или договора, и *сенатъ призналъ, что собственникъ земли можетъ охранять это право только путемъ иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія* (курсивъ нашъ), причемъ и высказалъ приведенное выше общее положеніе. Примѣненіе этого положенія на практикѣ вызываетъ нѣкоторыя недоразумѣнія и находится въ противорѣчій съ практикою самого сената. Такъ, напримѣръ, въ силу 446 ст. и 447 ст. ч. 1 т. X Св. зак. владѣлецъ дома, стоящаго на межѣ, не имѣетъ права продѣлывать окна на дворъ или въ садъ сосѣда. Допустимъ, что онъ приобрѣлъ это право путемъ соглашенія съ сосѣднимъ домовладѣльцемъ, соглашенія, облеченнаго въ форму письменнаго, надлежащимъ порядкомъ совершеннаго, договора. Нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что *этимъ путемъ онъ приобрететъ право участія частнаго и можетъ защищать его, если бы сосѣдъ чѣмъ-либо нарушилъ это право, искомъ о правѣ участія частнаго* (курсивъ нашъ). Подобный искъ, при извѣстномъ условіи срока, подсуденъ мировому судѣ. Но допустимъ обратное явленіе, — положимъ, что домовладѣлецъ, не спрашивая и не соглашаясь съ сосѣдомъ, продѣлываетъ въ своемъ домѣ, стоящемъ на межѣ, окна на дворъ сосѣдняго домовладѣльца. *Казалось бы, согласно приведенному положенію сената* (курсивъ нашъ), что въ данномъ случаѣ не будетъ нарушенія чьею либо права участія частнаго, а будетъ присвоеніе несуществовавшаго (!) права частнаго участія, вслѣдствіе чего *домовладѣлецъ, на дворъ котораго продѣланы окна, лишается права предъявить искъ о правѣ участія частнаго* (курсивъ нашъ). Выводъ этотъ вполне соответствуетъ и тому определенію института права участія частнаго, которое приведено нами въ началѣ нашей замѣтки

Б. Наше мнѣніе по вопросу о legitimatіo ad causam въ искахъ о правѣ участія частнаго.

Оно сводится къ слѣдующему:

1. Для того, чтобы дать надлежащее определеніе какъ активной, такъ и пассивной *legitimatіo ad causam* въ названныхъ искахъ необходимо, по нашему убѣжденію, въ точности придерживаться такого правила: установивъ однажды *правильное* пониманіе юридической природы правъ участія частнаго, уже не выпускать его изъ виду, но *полюбопытельно исходить* изъ него при обсужденіи, между прочимъ, и настоящаго вопроса о *legitimatіo ad causam* въ искахъ объ этихъ правахъ.

При условіи соблюденія указаннаго правила, * выясняется слѣдующее:

Предусмотрѣнныя п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 уст. гр. суд., въ связи со ст. ст. 442, 445—451 т. X. ч. 1, права участія частнаго суть законныя ограниченія собственниковъ въ пользу ихъ сосѣдей. „Не поднимай запрудами рѣчной воды и оною не потошай луговъ и пашней твоего сосѣда; не пристраивай поварни и печи къ стѣнѣ его дома; не дѣлай ската кровли своей на его дворъ, но обращай оный на свою сторону; отведи необходимый для сосѣда проходъ чрезъ твои владѣнія“ и проч., и проч., — все это — установленныя нашимъ гражданскимъ законодательствомъ „заповѣди“ сосѣдскихъ — добрососѣдскихъ. — взаимныхъ отношеній.

Эти „сосѣдскія“ правоотношенія суть основанныя на законѣ обязательственныя правоотношенія.

2. Являются ли настоящія сосѣдскія обязательства *односторонними*, или же, напротивъ, *двусторонними* обязательствами?

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что ихъ слѣдуетъ считать *односторонними*, и при томъ, по общему, по крайней мѣрѣ, правилу, *взаимными* обязательствами.

Этимъ терминомъ: взаимность обязательствъ, мы обозначаемъ то обстоятельство, что не только сосѣдъ А обязанъ, напр., не при-

По этому определенію владѣлецъ дома, на дворъ котораго продѣланы окна, никакого права участія частнаго не имѣлъ, а слѣдовательно и не можетъ защищать его искомъ въ порядкѣ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. Между тѣмъ, *прав. сенатъ признаетъ, что въ подобномъ случаѣ искъ собственника къ сосѣду о закрытіи оконъ будетъ искомъ о правѣ участія частнаго и подлежитъ разсмотрѣнію мировыхъ учреждений именно въ порядкѣ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. (р. 1878 г. № 268)** (курсивъ нашъ).

страивать поварни и печи къ стѣнѣ дома сосѣда Б., не лить воды и не сметать сора на дворъ послѣдняго, не дѣлать ската на него своей кровли и проч., и проч.,—но и, наоборотъ, сосѣдъ Б. обязанъ совершенно къ тому же, т. е. къ воздержаніямъ, *вполнѣ аналогичнаго содержанія* въ отношеніи также сосѣда А. Такимъ образомъ, въ случаяхъ этихъ взаимныхъ сосѣдскихъ обязательствъ всякой категории (мы имѣемъ въ виду отдѣльные пункты ст. ст. 442, 445 и слѣд. т. X ч. 1), въ лицѣ каждаго изъ сосѣдей наблюдается совпаденіе, по содержанію, *вполнѣ тождественныхъ* (сосѣдскихъ) правъ и обязанностей, во взаимоотношеніяхъ сосѣдей другъ къ другу; слѣд., при этихъ сосѣдскихъ обязательствахъ — каждый сосѣдъ, очевидно, является одновременно: и вѣрителемъ, и должникомъ по отношенію другъ къ другу. *На первый взглядъ*, аналогичное какъ будто бы положеніе вещей имѣется также при такъ называемыхъ *двустороннихъ* обязательствахъ. Въ самомъ дѣлѣ. И при этихъ обязательствахъ каждая сторона оказывается одновременно и вѣрителемъ, и должникомъ. Однако, между тѣми и другими обязательствами существуетъ и *принципальное различіе*. Во-первыхъ, въ случаяхъ двустороннихъ обязательствъ *нѣтъ вовсе той тождественности правъ и обязанностей*, какая наблюдается, напротивъ, при *взаимныхъ* (сосѣдскихъ) обязательствахъ, и во вторыхъ (и это самое главное), при первыхъ обязательствахъ имѣется на лицо (всякій разъ) *одно только обязательство*,—тогда какъ при вторыхъ существуетъ уже по одно, *а два вполнѣ самостоятельныхъ, отнюдь не зависящихъ другъ отъ друга, обязательства*.

Само собою разумѣется, что каждое „сосѣдское“ обязательство слѣдуетъ, въ виду этого, трактовать *отдѣльно* отъ другого, и притомъ, въ качествѣ именно *односторонняго* обязательства.

Сказаннымъ намѣчается способъ выясненія существа какъ активной, такъ и пассивной *legitimatō ad causam* въ искахъ о правѣ участія частного.

Очевидно, прежде всего, что въ судебныхъ процессахъ о правахъ участія частного надлежитъ считать *истцами*: а) владѣльца земель и покосовъ, въ верху рѣки лежащихъ, въ случаяхъ подтопа ихъ дѣйствіями сосѣда (нижняго владѣльца); б) хозяина дома, къ которому пристраиваются поварня и печь, или на который льютъ (съ сосѣдняго участка) воду и сметаютъ соръ; в) хозяина двора, на который обращается скать кровли сосѣдняго зданія и т. д., и т. д.,— а *ответчиками*: а) сосѣда (нижняго владѣльца), поднимающаго запру-

дами рѣчную воду и потопляющаго оною (въ верху рѣки лежащіе) луга и пашни; б) сосѣда, пристраивающаго поварню и печь къ стѣнѣ (чужого) дома или льющаго на него воду либо, сметалющаго соръ; в) сосѣда, дѣлающаго скать своей кровли на (чужой) дворъ и т. д., и т. д.

Конечно, нашъ хозяинъ дома или двора, являющійся вѣрителемъ (и истцомъ) по *одному* сосѣдскому обязательству (и иску),—напр.: о непристройкѣ поварни и печи, о неустройствѣ ската кровли и т. п.,—можетъ, въ свою очередь, оказаться, также должникомъ (и ответчикомъ) по *другому* (аналогичному) сосѣдскому обязательству (и иску), если и онъ, съ своей стороны, пристроитъ, напр., поварню и печь и т. п. къ стѣнѣ того самаго сосѣда, который до сихъ поръ отвѣтствовалъ лишь самъ передъ нимъ, а теперь, въ свою очередь, привлекаетъ его къ отвѣту.

Таковъ, очевидно, *принципъ взаимности* сосѣдскихъ обязательствъ.

3. Но этимъ далеко еще не исчерпывается интересующій сейчасъ насъ вопросъ объ активной и пассивной *legitimatō ad causam* въ искахъ о правѣ участія частного.

Дѣло въ томъ, что мы должны теперь обсудить еще слѣдующее. Не возможна ли и *иного совершенно порядка ситуация* *не допустима* ли также известная *модификація функций сторонъ въ этихъ спорахъ*, сравнительно съ тѣмъ, какъ мы ихъ сейчасъ описали? Въ частности, не оказывается ли возможнымъ *выступленіе* прежняго (нормальнаго) вѣрителя (истца) *на мѣсто* прежняго (нормальнаго) должника (ответчика), и обратно, уже въ томъ же *самомъ* сосѣдскомъ обязательствѣ (искѣ), слѣд. и при условіи *сохраненія* послѣдняго въ неприкосновенномъ видѣ (а не—замѣщенія его другимъ, „взаимнымъ“, сосѣдскимъ обязательствомъ)? Или даже—не допустимо ли *одновременное* выступленіе каждаго изъ сосѣдей, *опять таки въ одномъ и томъ же сосѣдскомъ обязательствѣ* (и искѣ)*, въ роли какъ вѣрителя (истца), такъ и должника (ответчика)?

Послѣднее, повидимому, во всякомъ случаѣ недопустимо, если только сосѣдскія обязательства, дѣйствительно, являются, какъ мы утверждаемъ, односторонними обязательствами.

Однако, дальнѣйшее изложеніе покажетъ, что это не совсѣмъ такъ.

* А не въ двухъ взаимныхъ (сосѣдскихъ)

Переходимъ теперь къ разсмотрѣнію и обсужденію отдѣльныхъ случаевъ примѣненія исковъ о правѣ участія частнаго—*съ намѣченными сейчасъ нами точками зрѣнія*. Вмѣстѣ съ тѣмъ, начнемъ этотъ анализъ съ того случая примѣненія названныхъ исковъ, который намъ кажется наиболѣе подходящимъ для нашихъ цѣлей,—*со спора о необходимой дорогѣ*.

4. Кто изъ сосѣдей является въ этомъ спорѣ истцомъ, и кто—отвѣтчикомъ?

Настоящее сосѣдское обязательство гласитъ: „отведи необходимый для сосѣда проходъ чрезъ твои владѣнія!“ *).

Въ этомъ обязательствѣ являются, повидимому: *върителемъ*—сосѣдъ, претендующій на необходимую (для него) дорогу, а *должникомъ*—сосѣдъ, обязанный предоставить (ему) названную дорогу.

Допустимъ теперь, что первый, желая осуществить настоящее свое право, встрѣтитъ, однако, извѣстное противодѣйствіе со стороны второго, который не пуститъ его чрезъ свой участокъ, заградить ему путь и т. п. Тогда претендентъ на необходимую дорогу направитъ, конечно, *предъявить искъ* о данномъ правѣ участія частнаго къ сосѣду, противодѣйствующему этимъ его намѣреніямъ. *При описанныхъ условіяхъ*—первый, очевидно, и явится (въ возникшемъ тогда судебномъ процессѣ о необходимой дорогѣ) *истцомъ*, а второй—*отвѣтчикомъ*.

Но возможна, по нашему убѣжденію, и прямо противоположная взаимная ситуація сторонъ, и притомъ—замѣтимъ—въ этомъ же самомъ (а не въ другомъ, „взаимномъ“) сосѣдскомъ обязательствѣ (и искѣ), касающемся необходимой дороги.

Въ самомъ дѣлѣ, допустимъ, что нашъ сосѣдъ, претендующій на необходимую дорогу, фактически уже ею пользуется: ходить, ѣздить и т. д. чрезъ смежный (сосѣдскій) участокъ. Это вызываетъ (предположимъ) протесты со стороны сосѣда, собственника даннаго участка, на кои названный претендентъ на необходимую дорогу не обращаетъ, однако, должнаго вниманія. При такомъ положеніи вещей, собственникъ указаннаго участка *намѣренъ искать судебной защиты* отъ неправомѣрныхъ, по его мнѣнію, дѣйствій претендента на необходимую дорогу **). Въ связи со сказаннымъ воз-

*) См. выше.

**) Вспомнимъ, что требовать предоставленія *необходимой* дороги можно лишь въ случаяхъ *крайней необходимости*, когда удовлетворительная эксплуатация участка невозможна безъ такой *необходимой* дороги. Собствен-

никаютъ такого рода вопросы: какое именно судебное средство (искъ) *долженъ* избрать собственникъ участка въ этомъ случаѣ? *не искъ ли о правѣ участія частнаго? или, быть можетъ, при описанныхъ фактическихъ обстоятельствахъ, ему надлежитъ, напротивъ, вчинить искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія?*

Послѣднее можетъ показаться, на первый взглядъ, наиболѣе правильнымъ. Вѣдь претендентъ на необходимую дорогу ходить, ѣздить и т. п. по сосѣднему участку, вопреки воли его владѣльца,—слѣдов., онъ *нарушаетъ* этими своими дѣйствіями чужое владѣніе. Развѣ не даетъ онъ въ такомъ случаѣ основательнаго повода для вчиненія къ нему именно иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія!

При всей соблазнительности такого образа мышленія, мы категорически высказываемся, однако, противъ него, находя его ошибочнымъ. Мы вообще думаемъ, что понятіе нарушенія владѣнія не должно быть безгранично расширяемо. Въ соотвѣтствіи съ этимъ, и поессессорные иски не должны, по нашему мнѣнію, имѣть примѣненія въ тѣхъ *спеціальныхъ* случаяхъ нарушенія правъ, когда закономъ намѣчены совершенно иные (чѣмъ поессессорные иски) пути ихъ судебной защиты. Къ такимъ именно случаямъ нарушенія и судебной защиты правъ, *на кои не должно быть распространяемо*, на нашъ взглядъ, понятіе нарушенія владѣнія и его защиты, слѣдуетъ отнести (по русскому законодательству) также интересующіе насъ случаи нарушенія и судебной защиты *сосѣдскихъ* правъ. Въ частности, намъ пришлось уже вполнѣ убѣдиться, какъ кажется, въ томъ, что, напр., пристройку кузницы или устройство оконъ на чужой дворъ нельзя считать нарушеніемъ владѣнія, и въ соотвѣтствіи съ этимъ, иски о снятіи этой кузницы или о закрытіи указанныхъ оконъ нельзя разсматривать, въ качествѣ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *). То же самое слѣдуетъ сказать, конечно, о случаѣ примычки плотины: ибо

никъ другого участка, чрезъ который претендентъ на необходимую дорогу желаетъ ходить, ѣздить и проч., можетъ, однако, возразить, что другой сосѣдъ былъ бы менѣе отягощенъ проложеніемъ дороги. См. Дернбургъ. Пандекты. Вещи. право, § 253.

*) См. разъясненія въ этомъ смыслѣ Прав. Сената, вопреки противоположнымъ тенденціямъ мировыхъ судебныхъ установленій, въ вышеприведенныхъ кассац. рѣшеніяхъ за 1874 г. № 673, 1889 г. № 91 и 1899 г. № 74.

и въ данномъ случаѣ нѣтъ мѣста, какъ было выше указано, иску о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *).

Возвращаемся теперь къ интересующему насъ casus'у.

Сосѣдь ходитъ, ѣздитъ и т. д. чрезъ смежный участокъ, ссылаясь на свое (какъ принадлежащее ему) право на необходимую дорогу; но собственникъ участка, не находя на-стоящую претензію сосѣда сколько-нибудь обоснованною,—считая, напр., что въ данномъ случаѣ отнюдь не имѣется той крайней необходимости, при которой только и допускается осуществленіе права на необходимую дорогу,—заявляетъ возраженія противъ этихъ его дѣйствій. Вполнѣ очевидно, поэтому, что въ этомъ случаѣ на лицо окажется вовсе не протестъ (собственника участка) по поводу нарушеннаго (ему принадлежащаго) владѣнія, какъ можетъ показаться на первый взглядъ. Эти возраженія собственника участка противъ описанныхъ дѣйствій сосѣда составляютъ, напротивъ, протестъ совсѣмъ иного свойства, а именно: споръ его — собственника участка—спеціально противъ претензій сосѣда на необходимую дорогу.

Само собою разумѣется, что подобный споръ о правѣ на необходимую дорогу—безразлично: который бы изъ сосѣдей его ни началъ—всегда долженъ быть разрѣшаемъ въ порядкѣ п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 уст. гр. суд. (а не п. 4 той же статьи). Другими словами, и въ нашемъ casus'ѣ, когда собственникъ участка намѣренъ защищаться посредствомъ обращенія въ судъ отъ дѣйствій претендента на необходимую дорогу, примѣнимъ только искъ о правѣ участія частнаго, но отнюдь не искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Въ случаѣ же вчиненія имъ (при этихъ обстоятельствахъ) указаннаго иска о правѣ участія частнаго, въ этомъ искѣ выступать, очевидно: истцомъ—собственникъ участка, а отвѣтчикомъ—сосѣдь, претендующій на необходимую дорогу.

Если сравнить теперь эту взаимную ситуацію сторонъ въ данномъ сосѣдскомъ спорѣ о правѣ на необходимую дорогу съ тою, другою ситуаціею сторонъ,—въ этомъ же самомъ (а не во „взаимномъ“) сосѣдскомъ обязательствѣ,—о которой мы раньше говорили (истецъ—сосѣдь, претендующій на необходимую дорогу, отвѣтчикъ—собственникъ участка),—то нельзя не прійти къ заключенію, что

*) Contra—Прав. Сенатъ въ рѣш. 1879 г. № 302 (см. выше).

первая ситуація сторонъ оказывается, дѣйствительно, прямо противоположною *) второй.

Какъ, однако, объяснить самую возможность существованія подобныхъ обратныхъ, если такъ можно выразиться, ситуацій сторонъ въ однихъ и тѣхъ же обязательствахъ (и искахъ), касающихся правъ на необходимую дорогу?

Не противорѣчить ли это выше сказанному нами вообще о сосѣдскихъ обязательствахъ, что они суть одностороннія, а не двустороннія обязательства?

Вѣдь въ одностороннихъ обязательствахъ (напр.: займѣ) всегда имѣется по одному только вѣрителю или должнику! Между тѣмъ, въ сосѣдскихъ обязательствахъ, относящихся до необходимой дороги, приходится, напротивъ, констатировать какъ бы соединеніе бы въ лицѣ каждой изъ сторонъ функций какъ вѣрителя, такъ и должника,—т. е. какъ разъ то, что наблюдается именно въ двустороннихъ обязательствахъ.

Несмотря на это, сосѣдскія обязательства, касающіяся права на необходимую дорогу, все-таки не могутъ, конечно, быть признаны двусторонними обязательствами.

При двустороннихъ обязательствахъ—каждый изъ контрагентовъ, какъ извѣстно, и управомоченъ, и обязанъ,—и при томъ, обязанъ къ безусловно разнымъ дѣйствіямъ, т. е. къ дѣйствіямъ, преслѣдующимъ абсолютно различныя (конечныя) цѣли. Такъ, напр.: при куплѣ-продажѣ—продавецъ управомоченъ получить цѣну, и обязанъ предоставить вещь; напротивъ, покупатель управомоченъ получить вещь, и обязанъ уплатить цѣну. Такимъ образомъ, при этой сдѣлкѣ цѣна какъ бы движется въ одну сторону, вещь—въ другую,—причемъ обѣ попадаютъ (въ результатѣ такого ихъ передвиженія) въ разныя руки (обмѣнъ товара на деньги).

Иначе совсѣмъ обстоитъ дѣло въ случаѣ сосѣдскаго спора о правѣ на необходимую дорогу. Въ сосѣдскихъ правоотношеніяхъ этого рода отнюдь не имѣется ни двухъ управомоченныхъ, ни двухъ обязанныхъ, ни, наконецъ, безусловно разныхъ дѣйствій, преслѣдующихъ абсолютно различныя (конечныя) цѣли,—какъ въ случаяхъ двустороннихъ обязательствъ. Истиннымъ управомоченнымъ (вѣрителемъ) въ названныхъ сосѣдскихъ правоотношеніяхъ является, во всякомъ случаѣ, только

*) См. выше.

сосѣдъ А, претендующій на необходимую дорогу чрезъ участокъ сосѣда В, а истиннымъ обязаннымъ (должникомъ) въ этихъ же правоотношеніяхъ оказывается единственно лишь сосѣдъ Б. Слѣд., это—*подлинныя одностороннія обязательства*.

И тѣмъ не менѣе, при наличіи указаннаго спора о правѣ на необходимую дорогу, *искъ* по поводу этого спора, *всетаки, можетъ быть предъявляемъ*, какъ мы выше установили, обоими сосѣдами, значить: не только вѣрителемъ (сосѣдомъ А), какъ обычно въ одностороннихъ обязательствахъ, но и должникомъ (сосѣдомъ В). Первымъ,—постолько, поскольку второй не пускаетъ его чрезъ свой участокъ, заграждаетъ ему путь и проч.; вторымъ,—постолько, поскольку первый, вопреки его воспрещенію, всетаки ходитъ, ѣздитъ и т. п. по данному участку.

Конечно, подобныя *сосѣдскія пререканія* вообще нежелательны.

Оба сосѣда одинаково заинтересованы въ опредѣленіи ихъ взаимоотношеній по данному вопросу; судебный процессъ можетъ быть, поэтому, начатъ какъ тѣмъ, такъ и другимъ сосѣдомъ,—безразлично.

Но кто бы изъ сосѣдей ни предъявилъ этотъ искъ по поводу необходимой дороги: сосѣдъ ли, претендующій на нее, или же, напротивъ, собственникъ участка, — *конечная цѣль* настоящаго процесса, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, въ сущности говоря—*одна и та же*, а именно: выясненіе единственно лишь вопроса о томъ, *быть ли, или не быть этой (спорной между сосѣдами) необходимой дороге*. Конечно, при судебномъ осуществленіи *двустороннихъ* обязательствъ тою или другою стороною (вѣрителемъ или должникомъ), *конечныя цѣли* этихъ процессовъ отнюдь *не сходятся другъ съ другомъ въ такой степени*.

Итакъ, при наличіи сосѣдскихъ споровъ о необходимой дорогѣ, имѣются, какъ видимъ, *нѣкоторыя особенности*, вовео неизвѣстныя другимъ спорамъ, возникающимъ какъ изъ одностороннихъ, такъ и двустороннихъ обязательствъ.

Сущность этихъ особенностей можетъ быть выражена въ ниже-слѣдующихъ положеніяхъ:

а) сосѣдскія обязательства, относящіяся до необходимой дороги, суть *подлинныя одностороннія* обязательства, но

б) на основѣ этихъ, хотя и одностороннихъ, обязательствъ возможно, однако, вчиненіе исковъ *объими* сторонами (сосѣдами), и

в) названные иски, возникающіе изъ указанныхъ обязательствъ, являются (или могутъ, по крайней мѣрѣ, явиться) *въ качествѣ особыхъ, обоюдныхъ исковъ (actiones duplices)*.

Намъ необходимо ближе остановиться теперь на выясненіи понятія этихъ послѣднихъ исковъ.

Замѣчательно, что однимъ изъ *actiones duplices* (число ихъ, какъ извѣстно, вообще не велико) является, согласно ученію пандектистовъ, *actio finium regundorum*. Этотъ же искъ можно назвать *типичнѣйшимъ „сосѣдскимъ“ искомъ*. По крайней мѣрѣ, Дернбургъ помѣщаетъ его на *первомъ мѣстѣ* въ изложеніи своего ученія о личныхъ искахъ собственниковъ противъ сосѣдей *).

Actio finium regundorum есть искъ *объ отграниченіи*, направленный на установленіе „пограничнаго мира между сосѣдами“ (Дернбургъ). Указанный искъ есть *actio duplex*. Этимъ объясняются слѣдующія, свойственныя ему, качества: 1) *каждый* изъ собственниковъ смежныхъ участковъ одинаково *управомоченъ* на предъявленіе этого иска (къ своему сосѣду), и при томъ даже „въ томъ случаѣ, если онъ владѣетъ спорною полосой земли,—ибо онъ и тогда заинтересованъ въ сосѣдскомъ мирѣ“ (Дернбургъ), и 2) при разсмотрѣніи настоящаго иска, судья если онъ убѣдится въ неосновательности требованій истца, *не долженъ ограничиваться однимъ лишь ихъ отклоненіемъ*, но, напротивъ, обязанъ „*положительно признать ту границу, на которую указываетъ отвѣтчикъ* **), если только судья найдетъ ее правильною; ибо устраненіе неясности границъ сопряжено съ всеобщимъ интересомъ“ ***) (Дернбургъ).

Тождественное, очевидно, съ описаннымъ положеніемъ вещей наблюдается также въ сосѣдскихъ спорахъ о необходимой дорогѣ.

*) См. его Пандекты. Вещное право, § 229.

**) Курсивъ нашъ.

***) Ср. слѣдующее мѣсто изъ Пандектъ Дернбурга (Общая часть, § 132), характеризующее всякую вообще *actio duplex*: „она имѣетъ въ виду регулированіе фактическаго состоянія. Предъявляя такой искъ, истецъ допускаетъ рѣшеніе возбужденнаго имъ вопроса и не въ свою пользу (курсивъ нашъ). Къ этимъ искамъ относятся требованія о раздѣлѣ общаго имущества... далѣе, иски объ установленіи спорныхъ границъ — *actio finium regundorum*, и, наконецъ, иски, направленные на удержаніе владѣнія—*interdicta retinendae possessionis*. Эти двусторонніе иски, по возможности, не должны оканчиваться однимъ отрицательнымъ результатомъ, — отказомъ въ искъ истцу (курсивъ нашъ); они имѣютъ въ виду *положительное* (курсивъ нашъ) урегулированіе отношеній не только для пользы сторонъ, но и въ интересахъ публичныхъ. Вотъ почему они могутъ привести одинаково къ рѣшенію дѣла какъ въ интересахъ истца, — такъ и отвѣтчика“ (курсивъ нашъ).

Какъ мы уже сказали, при наличіи подобныхъ споровъ, какъ сосѣдъ, претендующій на необходимую дорогу, такъ и сосѣдъ, собственникъ участка, *одинаково управомочены* предъявить искъ по поводу названной дороги. Но этимъ еще не исчерпывается его сущность, *объясняемая именно тѣмъ, что это есть actio duplex*. Дѣло въ томъ, что, кто бы изъ нашихъ сосѣдей ни вчинилъ настоящей искъ, въ послѣдовавшемъ затѣмъ судебномъ процессѣ *объ* стороны явились бы, въ сущности, *одновременно* исцами и отвѣтчиками (*uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet*): истецъ отличался бы тогда отъ отвѣтчика лишь тѣмъ, что онъ первый обратился въ судъ *)—**).

Это означаетъ слѣдующее.

Если бы, напр., сосѣдъ А, претендующій на необходимую дорогу, предъявилъ о ней искъ къ сосѣду В, требуя ея проложенія чрезъ участокъ послѣдняго, и при томъ именно въ такомъ то (а не иномъ) мѣстѣ или направленіи и т. п., — то судья, найдя эти домогательства сосѣда А неосновательными, *не долженъ былъ бы ограничиться однимъ лишь отклоненіемъ его иска*. Судья, напротивъ, былъ бы обязанъ въ этомъ случаѣ также *положительно урегулировать* настоящей (дорожный) вопросъ; въ частности, ему пришлось бы тогда признать: либо—что необходимая (для сосѣда А) дорога, дѣйствительно, должна пройти чрезъ участокъ сосѣда В, — но только не въ томъ мѣстѣ или направленіи, въ какомъ желаетъ истецъ, *а въ совершенно иномъ мѣстѣ или направленіи*, — либо—что эта дорога должна быть, напротивъ, проложена чрезъ *другой* сосѣдній участокъ, принадлежащій сосѣду В или Г и т. д. ***), — либо—наконецъ, *даже— что въ данномъ случаѣ нѣтъ вовсе на лицо тѣхъ условій (крайней необходимости), при наличіи коихъ единственно лишь можно возбудить искъ о необходимой дорогѣ*. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ, судья былъ бы, очевидно, обязанъ *конкретно* указать испу А на самый

*) Проф. Д. Гриммъ. Лекціи по догмѣ римскаго права, изд. 1907 г., § 79. Односторонніе и двусторонніе иски.

***) Изложенное въ текстѣ составляетъ отвѣтъ (въ утвердительномъ смыслѣ),—въ примѣненіи къ искахъ о необходимой дорогѣ,—на поставленный нами выше вопросъ: не допустимо ли *одновременное* выступленіе,—въ искахъ о правѣ участія частнаго,—каждаго изъ сосѣдей, въ роли какъ истца, такъ и отвѣтчика.

****) Предполагается, что эти сосѣды были бы менѣе, чѣмъ сосѣдъ В, отягощены проложеніемъ чрезъ ихъ участки настоящей дороги.

способъ сообщенія его съ „внѣшнимъ міромъ“ *черезъ собственный же участокъ* и даже, болѣе того,— *присудить* его самого (истца А) къ пользованію именно тѣмъ (мѣстнымъ) сообщеніемъ, съ возложеніемъ на него даже прямой обязанности къ производству извѣстныхъ (смотря по обстоятельствамъ) техническихъ сооружений, обеспечивающихъ указанное сообщеніе. Столь крайняя, на первый взглядъ, мѣра — какъ *присужденіе* самого истца къ описаннымъ дѣйствіямъ, какъ результатъ настоящаго процесса, вполне оправдывается, очевидно, настоятельною потребностью улучшенія данныхъ сосѣдскихъ отношеній,—установленія на будущее время мира между нашими сосѣдами.

Равнымъ образомъ, если бы, наоборотъ, сосѣдъ В (собственникъ участка) предъявилъ къ сосѣду А искъ, чтобы онъ — подѣ предлогомъ, что ему принадлежитъ (въ отношеніи даннаго участка) право на необходимую дорогу—не ходилъ, не ѣздилъ и т. п. чрезъ этотъ участокъ,—и если бы судья не призналъ, однако, приведенныя притязанія настоящаго истца (сосѣда В) заслуживающими уваженія,— *то онъ и въ данномъ случаѣ не долженъ былъ бы ограничиться однимъ лишь отклоненіемъ его иска*. Судья, напротивъ, былъ бы обязанъ также въ этомъ случаѣ (какъ и въ предыдущемъ) *положительно урегулировать* данный дорожный вопросъ. Другими словами, ему пришлось бы и въ настоящемъ процессѣ прямо *присудить* истца (сосѣда В) къ проложенію такой-то (конкретной) дороги чрезъ его участокъ, для пользы сосѣда А, и вмѣстѣ съ тѣмъ, въ ихъ общихъ интересахъ,—для водворенія между ними столь необходимаго мира.

5. Мы находимъ, что *аналогичнымъ образомъ* надлежитъ трактовать также другія права участія частнаго, а равно и иски о названныхъ правахъ. Поэтому, слѣдуетъ считать, по нашему убѣжденію, что и эти права участія частнаго, подобно праву о необходимой дорогѣ, представляютъ собою именно *взаимныя* *) *одностороннія (не двустороннія) обязательства, изъ коихъ возникаютъ, однако, особые, обоюдные (или двусторонніе) иски—actiones duplexes*.

*) По крайней мѣрѣ, по общему правилу. Ср., однако, сосѣдское обязательство, упоминаемое въ п. 1 ст. 442 т. X ч. 1, и относящуюся до него кассац. практику, приведенную въ брошюрѣ проф. Гуляева, стр. 16 и слѣд.

Возьмемъ, напр., то сосѣдское обязательство, о которомъ упоминается въ п. 1 ст. 442 т. X ч. 1. Вѣрителемъ въ этомъ обязательствѣ является лишь „владѣлецъ земель и покосовъ, въ верху рѣки лежащихъ“, а должникомъ—только „сосѣдъ, запрудами поднимающій рѣчную воду и оною потопляющій его луга, пашни, и останавливающій дѣйствіе его мельницы“. Слѣдовательно, настоящее обязательство, дѣйствительно, нельзя не признать одностороннимъ. Тѣмъ не менѣе, самый искъ о правѣ участія частнаго, основанный на приведенномъ п. 1 ст. 442 т. X ч. 1, является всетаки двустороннимъ—*actio duplex*.

Конечно, въ большинствѣ случаевъ, онъ будетъ предъявляться именно вѣрителемъ—владѣльцемъ земель и покосовъ, въ верху рѣки лежащихъ. Но, во-первыхъ, не исключается, по нашему мнѣнію, возможность вчиненія его также должникомъ, т. е. нижнимъ по рѣкѣ владѣльцемъ. И во-вторыхъ, кто бы изъ обоихъ владѣльцевъ ни обратился *первымъ* въ судъ (и ни выступилъ, благодаря этому, въ данномъ процессѣ, въ качествѣ истца, по-преимуществу), каждый изъ нихъ, во всякомъ случаѣ, явился бы (или, по крайней мѣрѣ, могъ бы явиться) въ указанномъ процессѣ какъ истцомъ, такъ и отвѣтчикомъ—одновременно.

То и другое можно объяснить *самою сущностью* настоящаго иска, который, подобно римской *actio aquae pluviae arcendae*, имѣетъ своею конечною цѣлью лишь *сохраненіе и поддержаніе извѣстнаго statu quo*, какъ онъ установился между обоими (верхнимъ и нижнимъ) владѣльцами въ отношеніи пользованія естественными силами рѣки *).

Допустимъ, дѣйствительно, что нижній по рѣкѣ владѣлецъ, вопреки постановленію п. 1 ст. 442 т. X ч. 1, всетаки поднимаетъ запрудами рѣчную воду и проч. Верхній владѣлецъ протестуетъ противъ подобныхъ дѣйствій нижняго владѣльца. Однако, послѣдній (по тѣмъ или инымъ соображеніямъ) не обращаетъ на эти его протесты должнаго вниманія. Тогда *верхній владѣлецъ* вчиняетъ къ нижнему искъ о возстановленіи его въ данномъ сосѣдскомъ правѣ (правѣ участія частнаго).

Но вполнѣ возможно, думается намъ (особенно, съ точки зрѣнія психологіи сосѣдскихъ отношеній), что верхній владѣлецъ попробуетъ также лично (не обращаясь въ судъ) *воздѣйствовать* на

*) См. объ этомъ выше (§ 8).

нижняго владѣльца—въ томъ смыслѣ, чтобы послѣдній убралъ эти запруды, потопляющія его (верхняго владѣльца) луга и пашни и останавливающія дѣйствіе его мельницы. И вотъ, *единственно лишь въ цѣляхъ такого воздѣйствія* на нижняго владѣльца, верхній начнетъ также „производить такія работы и сооруженія, которыя направлены къ отводу воды изъ ея естественнаго теченія и къ отнятію у работъ и сооружений, сдѣланныхъ до того нижнимъ по теченію рѣки владѣльцемъ, всякаго или хотя только нѣкоторой части полезнаго ихъ дѣйствія“ (см. касс. рѣш. 1881 г. № 84). Тогда *нижній владѣлецъ*, быть можетъ, сочтетъ (въ свою очередь) себя вынужденнымъ обратиться *первымъ* въ судъ. Пусть онъ при этомъ предъявитъ собственно лишь искъ о воспрепятствованіи верхнему владѣльцу производить данныя работы и сооруженія; логически, однако, (въ виду *демонстративнаго* и, такъ сказать, *провоцирующаго* значенія послѣднихъ), настоящій споръ между сосѣдями, въ концѣ концовъ, сведется всетаки къ вопросу о томъ, имѣлъ ли право нижній владѣлецъ устраивать на рѣкѣ эти (злополучныя) запруды. Но *подобный же* вопросъ являлся, конечно, *центромъ тяжести* также предыдущаго иска (о запрудахъ), предъявленнаго (согласно нашему предположенію) верхнимъ владѣльцемъ къ нижнему.

Слѣдовательно, эти оба иска, въ сущности, оказываются *вполнѣ тождественными* другъ другу; они только обязаны своимъ возникновеніемъ инициативѣ не одного и того же лица, а *разныхъ лицъ*, являющихся при томъ въ нихъ *сторонами*.

Къ сказанному необходимо добавить еще слѣдующее.

При судебномъ разборѣ настоящаго иска о правѣ участія частнаго (къмъ бы изъ сторонъ онъ ни былъ предъявленъ)—задача суда сведется, очевидно, къ возможно полному выясненію *всей вообще совокупности* взаимоотношеній между верхнимъ и нижнимъ владѣльцемъ, къ опредѣленію того собственно *фактическаго положенія вещей*, въ которомъ они оба находились до спорнаго момента, и вообще къ *положительному урегулированію*, въ соотвѣтствіи съ этимъ, ихъ отношеній другъ къ другу *).

Этимъ только и объясняется возможность *присужденія* и въ данномъ процессѣ, какъ и въ процессѣ о необходимой дорогѣ и во всякомъ вообще процессѣ по *actio duplex*, не, непременно, отвѣтчика, но и (смотря по обстоятельствамъ) *самого истца*.

*) См. приведенную нами выше (§ 8) цитату изъ Учебника гражд. права проф. Шершеневича.

Въ самомъ дѣлѣ.

Искъ о запрудахъ предъявленъ, допустимъ, верхнимъ по рѣкѣ владѣльцемъ. Послѣдній указываетъ, что эти запруды настолько поднимаютъ рѣчную воду, что даже оною останавливается дѣйствіе его мельницы. Отвѣтчикъ (нижній владѣлецъ) возражаетъ противъ настоящаго иска, ссылаясь, напр., на то, что истецъ (верхній владѣлецъ) построилъ свою мельницу тогда, когда данныя запруды *уже существовали* на рѣкѣ*). Судь, дѣйствительно, убѣждается въ послѣднемъ и отказываетъ, поэтому, въ искѣ верхнему владѣльцу. Вслѣдствіе такого судебного рѣшенія, верхній владѣлецъ, естественно, *побуждается*, прежде всего, либо къ переустройству мельницы, либо къ перенесенію ея на другое мѣсто, либо даже къ полной ея ликвидаціи и т. п. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, даннымъ судебнымъ рѣшеніемъ онъ (истецъ) не только побуждается (это юридически не столь важно), но даже—что уже весьма существенно въ юридическомъ отношеніи—*присуждается* имъ (хотя бы это и не было въ немъ прямо выражено) не производить въ будущемъ на рѣкѣ (въ томъ мѣстѣ, гдѣ она протекаетъ чрезъ его владѣнія) спеціально *такихъ* техническихъ работъ и сооружений, кои,—улучшая дѣйствіе его мельницы,—въ то же самое время парализовали бы, очевидно, въ большей или меньшей степени, значеніе имѣющихся внизу по рѣкѣ запрудъ, отнимая у нихъ „всякое или хотя только нѣкоторую часть полезнаго (конечно, для нижняго владѣльца) ихъ дѣйствія“.

Возьмемъ другой примѣръ. Искъ о запрудахъ предъявленъ также верхнимъ по рѣкѣ владѣльцемъ, но вызванъ тѣмъ, что поднятою ими рѣчною водою подтопленъ (по заявленію истца) его лугъ или пашня. Отвѣтчикъ (нижній владѣлецъ) собственно подтопа не отрицаетъ,—но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ указываетъ, что упоминаемая въ исковомъ прошеніи (верхняго владѣльца) затопленная полоса земли, являясь *пограничною* (полосою) между его (отвѣтчика) лугомъ (или пашнею) и лугомъ (или пашнею) истца, *принадлежитъ ко вла-*

*) Возможно, что поводомъ для этого иска верхняго владѣльца къ нижнему послужилъ *ремонтъ* запрудъ послѣднимъ. При этомъ, запруды, *по существу*, не подверглись какимъ либо измѣненіямъ. Однако, верхній владѣлецъ приписалъ, по недоразумѣнію, именно указанному ихъ ремонту случившееся тогда ухудшеніе дѣйствія его мельницы. Этимъ и было вызвано вчиненіе имъ настоящаго иска о запрудѣ. На самомъ дѣлѣ, ухудшеніе дѣйствія мельницы явилось слѣдствіемъ, быть можетъ, какихъ нибудь новыхъ (даже случайныхъ) обстоятельствъ, какъ то: ея переустройства, сильныхъ дождей (ср. рѣш. 1869 г. № 597) и т. д., и т. д.

днѣямъ не послѣдняго (истца), какъ вытекаетъ изъ смысла искового прошенія, но къ *собственнымъ его (отвѣтчика) владѣніямъ*. Очевидно, что въ виду этого заявленія отвѣтчика, данный искъ о правѣ участія частнаго окажется въ настоящемъ случаѣ *сведеннымъ* или, по крайней мѣрѣ, осложненнымъ собственно *пограничнымъ* (сосѣдскимъ) споромъ. Судебной власти придется въ данномъ случаѣ положительно урегулировать и эти взаимныя—пограничныя—отношенія нашихъ сосѣдей (верхняго и нижняго владѣльцевъ). Иначе, само собою разумѣется, не водворить между ними мира также по вопросу о самихъ запрудахъ! А въ результатъ этого, судъ, быть можетъ, не только откажетъ истцу (верхнему владѣльцу) въ его искѣ по поводу запрудъ, но и *присудитъ* еще его самого даже къ гораздо большому,—сравнительно съ тѣмъ, чего онъ самъ домогался,—къ уступкѣ отвѣтчику (нижнему владѣльцу) части пограничной земли, которую онъ неправильно считалъ своею.

Допустимъ теперь, что искъ о запрудахъ вчиненъ не верхнимъ по рѣкѣ владѣльцемъ къ нижнему, какъ мы предполагали это въ сейчасъ приведенныхъ нами примѣрахъ, а, наоборотъ, нижнимъ по рѣкѣ владѣльцемъ къ верхнему.

Мы выше описали уже, какъ собственно это можетъ случиться.

Нижній владѣлецъ устроилъ запруды, причиняющія вредъ земельнымъ владѣніямъ верхняго владѣльца; слѣдовало бы, конечно, ожидать, что послѣдній предъявитъ въ виду этого къ первому искъ (о запрудахъ). Въ дѣйствительности, однако, случилось иначе: верхній владѣлецъ предпочелъ указанному иску совершенно инымъ мѣры воздѣйствія на нижняго владѣльца, чѣмъ и вызвалъ предъявленіе *уже послѣднимъ* иска противъ себя по поводу этихъ мѣръ (см. выше).

Вполнѣ возможно, что судъ, разсмотрѣвъ тогда настоящія пререканія между сосѣдами, обяжетъ (присудитъ) отвѣтчика (верхняго владѣльца) къ воздержанію отъ упомянутыхъ мѣръ воздѣйствія на истца (нижняго владѣльца), какъ причиняющихъ послѣднему вредъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ не исключена, надо полагать, возможность также того, что судъ одновременно съ этимъ *присудитъ* и нижняго владѣльца, т.-е. *истца* въ данномъ искѣ, къ тому, чтобы и онъ, съ своей стороны, убралъ эти запруды, потопляющія луга и пашни верхняго владѣльца и проч.

Такимъ образомъ, и при описанной ситуаціи сторонъ, когда *первымъ* обращается въ судъ нижній по рѣкѣ владѣлецъ, а

вполнѣ возможнымъ, какъ видимъ, *присужденіе также его самого*, а не одного только отвѣтчика, какъ можно было бы ожидать.

На основаніи всего изложеннаго, мы, дѣйствительно, убѣждаемся въ томъ, что искъ о запрудахъ, подобно иску о необходимой дорогѣ, также является (или, по крайней мѣрѣ, можетъ явиться) *actio duplex*.

Но то же самое слѣдуетъ, очевидно, сказать и о всѣхъ прочихъ (нами еще не разсмотрѣнныхъ) искахъ о правѣ участія частнаго, т. е. собственно объ искахъ, имѣющихъ своимъ матеріально-правовымъ обоснованіемъ ст. ст. 445—447 т. X ч. 1.

Такимъ образомъ, всѣ эти искъ о пристройкѣ поварни и печи къ сосѣдней стѣнѣ, объ устройствѣ оконъ на дворъ сосѣда и т. п. можно также считать, по нашему мнѣнію, двусторонними—*duplices*—исками, являющимися таковыми, несмотря на то, что они основываются на одностороннихъ (сосѣдскихъ) обязательствахъ. Характеръ названныхъ исковъ о правѣ участія частнаго, какъ „двустороннихъ“ исковъ, явственно обнаруживается, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ—по существу, наиболѣе серьезныхъ—случаяхъ ихъ примѣненія, когда они оказываются какъ бы осложненными *пограничными* (сосѣдскими) спорами. И вполнѣ понятно, почему настоящіе искъ о правѣ участія частнаго являются въ указанныхъ случаяхъ именно двусторонними исками: вѣдь и искъ объ отграниченіи (*actiones finium regundorum*) суть какъ разъ типичные, какъ мы видѣли, *actiones duplices*.

Что пререканія между сосѣдями по поводу выполнения предписаній, содержащихся въ ст. ст. 445—447 т. X ч. 1, *могутъ обуславливаться* именно спорностью самихъ границъ,—конечно, не подлежатъ какому либо сомнѣнію. На это имѣется *даже прямое указаніе въ самомъ нашемъ законѣ*: „Строющій домъ на самой межѣ своего двора не долженъ дѣлать оконъ на дворъ или на крышу своего сосѣда безъ согласія сего послѣдняго“ (ст. 446). „Строющій домъ не на самой межѣ, а съ отступленіемъ отъ оной внутрь своего двора, можетъ дѣлать окна на сосѣдніе дворы и не требуя согласія хозяевъ оныхъ“ (ст. 447). Какъ видно изъ этихъ постановленій нашего закона, право строящаго домъ на устройство оконъ на сосѣдній дворъ зависитъ, главнымъ образомъ *), отъ того обстоятельства, возводится ли этотъ домъ „на самой межѣ“, или же „не на самой межѣ, а съ отступленіемъ отъ оной“.

*) Мы не касаемся случая изъясненія на то особаго согласія со стороны сосѣда.

Въ виду этого вполнѣ возможны, очевидно, случаи, когда строящій домъ дѣлаетъ въ немъ окна на сосѣдній дворъ только потому, что онъ находитъ, будто бы межа, отдѣляющая его владѣнія отъ владѣній сосѣда, проходитъ *впереди* возводимаго имъ дома, такъ что, по его мнѣнію, этотъ домъ строится съ отступленіемъ отъ оной; сосѣдъ же его оспариваетъ это, утверждая, напротивъ, что настоящій домъ строится на самой межѣ (или даже, что—онъ выступаетъ за нее, т. е. вторгается уже на его собственный участокъ).

Несомнѣнно, что въ подобныхъ, по крайней мѣрѣ, случаяхъ *сосѣдскіе* споры объ окнахъ, обращенныхъ на чужія усадьбы, а равно и искъ о нихъ должны быть обсуждаемы (и конструируемы) аналогично *сосѣдскимъ же* пограничнымъ спорамъ и искамъ объ отграниченіи (*actiones finium regundorum*). Это означаетъ, что настоящіе искъ объ окнахъ являются—въ указанныхъ случаяхъ—также *actiones duplices*: они могутъ, благодаря этому, быть *предъявляемы также, какъ искъ объ отграниченіи, одинаково, какъ тѣмъ, такъ и другимъ (изъ сосѣдей)* *); кромѣ того—кто бы изъ нихъ ни обратился (въ этихъ случаяхъ) первымъ въ судъ, въ результатъ послѣдовавшаго вслѣдствіе этого судебного процесса могутъ, очевидно, оказаться *присужденными* (какъ вообще во всякихъ *actiones duplices*) *объ стороны,—истецъ также, какъ и отвѣтчикъ*.

И другіе искъ о правѣ участія частнаго, матеріально-правовымъ основаніемъ коихъ служатъ ст. ст. 445—447 т. X ч. 1, могутъ, очевидно, оказаться, подобно искамъ объ окнахъ, *обусловленными* пограничными спорами между сосѣдями. Возможность такой *зависимости* ихъ отъ указанныхъ (пограничныхъ) споровъ, правда, *не отмѣчена* прямо нашимъ законодательствомъ, какъ это сдѣлано имъ въ отношеніи исковъ объ окнахъ, *но она всетаки находится, конечно, внѣ всякаго сомнѣнія*. Поэтому, и относительно названныхъ исковъ о правѣ участія частнаго слѣдуетъ лишь повторить то,—что сейчасъ было сказано нами по поводу исковъ объ окнахъ,—что *также эти искъ являются (или, по крайней мѣрѣ, могутъ явиться) подлинными двусторонними исками (actiones duplices)*.

*) См. выше сужденія проф. Гуляева (и Ал. Гедда) о томъ, кто въ искахъ объ окнахъ является истцомъ, и кто—отвѣтчикомъ.

6. Заканчивая теперь изложение настоящего §, мы считаемъ полезнымъ сказать еще лишь нѣсколько заключительныхъ словъ по поводу наличія *известнаго контакта* (отмѣченного уже нами въ предыдущемъ изложеніи) между *actio finium regundorum* и вообще исками о правѣ участія частнаго.

Дѣло въ томъ, что *actio finium regundorum* есть искъ объ *ограниченіи*.

Права же участія частнаго суть законныя *ограниченія* права собственности; слѣдов., и искъ объ этихъ правахъ можно назвать, съ полнымъ основаніемъ, *искомъ о (законныхъ) ограниченіяхъ, или отграниченіяхъ* собственности.

Конечно, въ *actio finium regundorum* дѣло идетъ специально о *матеріальныхъ* границахъ (межахъ); предположеніемъ его является выходъ сосѣда за эту — матеріальную — границу, а цѣлью, — какъ водвореніе его въ подлежащія границы смежнаго владѣнія, такъ и (въ связи съ этимъ) установленіе между сосѣдами (указаннымъ путемъ) пограничнаго мира.

Но между сосѣдскими сферами собственности мыслимы (и существуютъ) не однѣ только матеріальныя, но и *абстрактныя*, такъ сказать, *границы*, — то, что называютъ именно законными *ограниченіями* права собственности. „Не лей воды, не сметай сора на домъ или дворъ сосѣда. Не дѣлай ската кровли своей на дворъ его, но обращай оный на свою сторону. Не дѣлай оконъ и дверей въ брандмауеръ, отдѣляющемъ кровлю смежныхъ зданій. Отведи необходимый для сосѣда проходъ чрезъ твои владѣнія“ и проч., и проч. Все это суть установленныя нашимъ гражданскимъ законодательствомъ „заповѣди“ (какъ мы выше выразились) сосѣдскихъ — добрососѣдскихъ — взаимныхъ отношеній. Но это, вмѣстѣ съ тѣмъ, и тѣ „абстрактныя границы“, въ коихъ должны (по закону) всегда оставаться наши сосѣди, при осуществленіи ими своихъ правъ собственности.

Съ этой точки зрѣнія, всѣ иски о правѣ участія частнаго преслѣдуютъ, очевидно, ту же цѣль, какую имѣютъ въ виду *actiones finium regundorum*: сдерживать каждаго изъ сосѣдей въ границахъ (не только матеріальныхъ, но и абстрактныхъ границахъ) его собственности, его правомочій, какъ собственника, — и тѣмъ поддерживать и охранять миръ среди нихъ (сосѣдей).

Настоящая общая основная идея *объединяетъ*, очевидно, какъ *actiones finium regundorum* съ исками о правѣ участія частнаго, такъ и эти послѣдніе между собою *).

Мы должны, конечно, это признать, какъ и должны, однако, сдѣлать по сему поводу такого рода предупрежденіе.

Становясь на этотъ „путь объединенія“ искомъ о правѣ участія частнаго, намъ не слѣдуетъ, тѣмъ не менѣе, идти по указанному пути до самыхъ послѣднихъ его предѣловъ, — вплоть даже до признанія того, будто бы существуетъ какой-то „единый“ искъ о правѣ участія частнаго, — каковое мнѣніе, однако, было высказано, какъ мы выше видѣли, въ нашей литературѣ.

Подобный искъ есть вообще фикція. Въ дѣйствительности же, существуютъ лишь *разныя* (по своему содержанію) иски о правѣ участія частнаго (иски о правѣ на необходимую дорогу, иски по поводу запруды, иски объ окнахъ, обращенныхъ на чужую усадьбу, и т. д.). Они аналогичны, какъ уже было указано нами, „многочисленнымъ личнымъ сосѣдскимъ искамъ“**), существовавшимъ въ римскомъ правѣ, каковы суть: *actio finium regundorum*, *actio aquae pluviae arcendae* etc. etc. Эти римскіе иски, обладая общими (всѣмъ имъ одинаково присущими) чертами, тѣмъ не менѣе, сохранили, какъ извѣстно, въ римскомъ правѣ *всю свою индивидуальность* и въ виду этого подверглись въ немъ (на ряду съ ихъ общою трактовкою) *также отдѣльному еще, вполне самостоятельному, изученію (и обсужденію)*.

Очевидно, что тотъ же методъ изученія подлежитъ примѣненію также въ отношеніи нашихъ искомъ о правѣ участія частнаго (и ихъ отдѣльныхъ категорій).

И должно констатировать, что мы, дѣйствительно, осуществляли указанный методъ — въ предыдущемъ изложеніи.

Переходимъ теперь къ дальнѣйшему изложенію основныхъ началъ ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго по Уставу гражд. судопроизводства.

*) Конечно, всѣмъ перечисленнымъ въ текстѣ искамъ (кромя указанной общей идеи) *одинаково свойственны* еще другія, какъ мы видѣли, (конструктивныя) *общія черты*. Ибо всѣ эти иски суть: 1) личные, или обязательственные, 2) направленные на защиту сосѣдскихъ правъ, 3) двусторонне и т. п.

**) Ср. выше слова Дернбурга.

§ 20. III. Случаи осложненія исковъ о правѣ участія частнаго пограничными спорами. — Принятая Проектомъ поссессорно-петиторная система урегулированія сосѣдскихъ споровъ въ указанныхъ случаяхъ. Примѣнима ли она и въ настоящее время — при дѣйстви Устава гражд. суд.?

1. Въ § 16 этой книги мы обсудили уже (съ процессуальной точки зрѣнія) тѣ случаи, когда, при предъявленіи въ мировомъ судѣ предусмотрѣнныхъ Проектомъ (не Уставомъ) споровъ о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ или иныхъ зданій на обоюдной съ нимъ межѣ, обнаружится *прямая зависимость* этихъ споровъ отъ другихъ, *пограничныхъ*, споровъ (о направленіи межи или границы).

Мы установили тогда, что названные сосѣдскіе споры, *также въ указанныхъ случаяхъ*, относятся (по Проекту) къ компетенціи мирового суда. Мы объяснили это тѣмъ, что какъ споры о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., такъ и пограничные споры („споры о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“) являются, съ точки зрѣнія ст. ст. 6—7 Проекта, спорами *одного рода* (поссессорными), и—какъ таковыя—*одинаково отнесены* ими (на ряду со „спорами о завладѣніи“) къ вѣдомству мирового суда.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, мы тогда же указали, что настоящіе споры о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., *осложненные* пограничными спорами, подлежали бы, согласно Проекту, въ случаѣ разбора ихъ въ мировомъ судѣ, *единственно лишь поссессорному (не петиторному) урегулированію*. Такое урегулированіе этихъ споровъ на поссессорныхъ основаніяхъ, однако, отнюдь не исключало бы, объяснили мы, возможности ихъ пересмотра впоследствии въ „вышемъ судебномъ мѣстѣ“ и, слѣд., перевершенія ихъ (уже окончательнаго) на иныхъ—петиторныхъ—основаніяхъ.

2. Можетъ ли быть примѣняемъ (возникаетъ теперь вопросъ) подобный, сейчасъ описанный нами (поссессорно-петиторный), порядокъ судебной защиты—*и при дѣйстви Устава гражд. суд.*—въ отношеніи къ предусмотрѣннымъ имъ *искамъ о правѣ участія частнаго, когда эти послѣдніе также осложнены пограничными спорами?*

Намъ необходимо подробнѣе ориентироваться въ этомъ вопросѣ. Въ предыдущемъ изложеніи (§ 18) мы установили, что дѣйствія одного сосѣда, коими нарушаются предусмотрѣнные ст. ст.

442, 445—451 т. X ч. 1 права другого сосѣда, нельзя разматривать, по Уставу гражд. судопр., въ качествѣ дѣйствій, нарушающихъ владѣніе этого послѣдняго самимъ (смежнымъ) участкомъ. Слѣд., въ противоположность спорамъ о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. (Проектъ), иски о правѣ участія частнаго (Уставъ) *отнюдь не являются (признали мы) поссессорными исками* *). Если же они (иски о правѣ участія частнаго) всетаки отнесены Уставомъ къ вѣдомству мировыхъ судей, то отнюдь, не въ качествѣ поссессорныхъ исковъ (какъ и не въ качествѣ, само собою разумѣется, петиторныхъ исковъ), а какъ личные, или обязательственные, иски, кои, очевидно, совершенно не требуютъ (пока они не осложнены пограничными спорами) какихъ либо еще особыхъ „поссессорныхъ“ либо „петиторныхъ“ обследованій.

Однако, это положеніе вещей, не можетъ, конечно, не измѣниться весьма существеннымъ образомъ, какъ только наши иски о правѣ участія частнаго *окажутся осложненными собственно пограничными спорами*. Ибо разрѣшеніе послѣднихъ само по себѣ всегда и неизбежно сводится уже къ „поссессорнымъ“ или „петиторнымъ“ изслѣдованіямъ, вызываемыхъ потребностью урегулированія данныхъ сосѣдскихъ *земельныхъ* отношеній.

И вотъ возникаютъ, въ связи со сказаннымъ, такіе вопросы: *не обязаны ли, по Уставу гражд. судопр., мировые судьи принимать къ обсужденію иски о правѣ участія частнаго также въ тѣхъ случаяхъ, когда они осложнены пограничными спорами, а слѣд. требуютъ, согласно нашему объясненію, указанныхъ поссессорныхъ либо петиторныхъ изслѣдованій? компетентны ли (точнѣе выражаясь) названные судьи въ ихъ разсмотрѣніи — и въ этихъ случаяхъ, и проч.?*

Мы уже видѣли (§ 16), и сейчасъ только вновь подтвердили, что подобные вопросы—въ примѣненіи спеціально къ спорамъ о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.—рѣшаются, съ точки зрѣнія ст. ст. 6—7 Проекта, въ утвердительномъ смыслѣ: мировой судъ *оказывается, по названнымъ статьямъ, компетентнымъ въ дѣлахъ этого рода также въ указанныхъ случаяхъ, хотя онъ и обязуется, при этихъ условіяхъ, единственно лишь къ поссессорному (но отнюдь не къ петиторному) урегулированію данныхъ сосѣдскихъ споровъ.*

*) См. тотъ же § 18.

Но *ты же вопросы* рѣшаются, какъ сейчасъ увидимъ, *совершенно уже иначе*, съ точки зрѣнія основныхъ началъ дѣйствующаго Устава гражд. судопр.

Въ самомъ дѣлѣ. Начнемъ ихъ обсужденіе съ выясненія, первымъ долгомъ, того—компетентны ли наши мировые судьи въ разсмотрѣніи *самыхъ пограничныхъ споровъ* (безотносительно къ искамъ о правѣ участія частнаго). Замѣтимъ, прежде всего, что ст. 29 Уст. гражд. суд., опредѣляя вѣдомство мировыхъ судей, *вовсе не называетъ пограничныхъ споровъ*, о коихъ упоминала, однако же (подъ именемъ: „споровъ о поврежденіи границъ, межъ и межевыхъ знаковъ“), ст. 6 Проекта, послужившая, какъ мы уже знаемъ, историческимъ источникомъ для названной 29 ст. Устава.

Что означаетъ (возникаетъ теперь вопросъ) это умолчаніе ст. 29 Устава о пограничныхъ спорахъ? Не то ли, что они *вообще (и безусловно)* изъяты изъ вѣдѣнія мировыхъ судей?

Надлежащее разрѣшеніе этихъ вопросовъ, главнѣйшимъ образомъ, зависитъ, очевидно, *отъ болѣе точнаго опредѣленія (и вообще выясненія существа) этихъ пограничныхъ споровъ.*

Дѣло въ томъ, что пограничные споры (иски) могутъ быть конструируемы, на нашъ взглядъ, *весьма различно.*

Во-первыхъ,—какъ подлинныя *поссессорныя* иски. Въ качествѣ таковыхъ, пограничные иски направлены, очевидно, *единственно лишь* къ установленію границъ, какъ *предѣловъ владѣнія* (но не какъ предѣловъ собственности *)).

Во-вторыхъ, пограничные иски могутъ быть конструируемы, какъ подлинныя *петиторныя* иски. Въ такомъ случаѣ они имѣютъ своею цѣлью, напротивъ, опредѣленіе границъ *именно, какъ предѣловъ собственности* (но не—какъ предѣловъ владѣнія). И, наконецъ,

Въ-третьихъ, пограничные иски можно конструировать, *какъ личные (обязательственные) иски sui generis, въ смыслъ actiones finium regundorum римскаго права.* Хотя эти послѣдніе иски и являлись личными, или обязательственными, тѣмъ не менѣе, также въ случаяхъ ихъ предъявленія, дѣло не обходилось, само собою разумѣется, безъ извѣстныхъ „петиторныхъ“ и „поссессорныхъ“ обслѣдованій. Ибо, согласно ученію римскаго права,

*) Согласно нашему объясненію (см. выше § 16), какъ разъ *поссессорными* пограничными исками являются упоминаемые ст. 6 Проекта „споры о поврежденіи границъ“.

при вчиненіи названныхъ *actiones finium regundorum* — „для установленія границъ, прежде всего, руководящимъ является *право собственности* *), которое можетъ быть основано на экстраординарномъ давностномъ владѣніи. Затѣмъ, рѣшающимъ моментомъ является *спокойное владѣніе* *). Если же и его не было, то спорная пограничная полоса должна быть разсматриваема, *какъ общая земля, и должна быть раздѣлена между сосѣдями*“ *) и т. д. **).

Мы думаемъ, что этимъ *actiones finium regundorum* римскаго права можно признать, до извѣстной степени, корреспондирующими въ *русскомъ правѣ* спеціальныя *межевыя* споры (и иски), разрѣшаемые, по названному праву, на основаніи *особыхъ межевыхъ законовъ* ***), въ частности же, по правиламъ такъ называемаго *судебно-межевого* разбирательства ****)

Возвращаясь теперь къ вопросу о компетентности нашихъ мировыхъ судей въ области всякаго рода пограничныхъ споровъ, надлежитъ констатировать слѣдующее.

Пограничные иски, конструируемые, какъ подлинныя *петиторныя* иски, очевидно, не подлежатъ вѣдомству мировыхъ судей *****). То же самое должно сказать, разумѣется, и о пограничныхъ искахъ, конструируемыхъ, какъ „межевыя“ иски *****).

Такимъ образомъ, остается вопросъ лишь о подвѣдомственности мировымъ судьямъ пограничныхъ исковъ, въ смыслѣ подлинныхъ *поссессорныхъ* исковъ.

Самъ по себѣ этотъ вопросъ могъ бы быть разрѣшенъ, конечно, только въ положительномъ смыслѣ. Дѣйствительно. Если мировые судьи компетентны, по нашему Уставу гражд. суд., въ разбирательствѣ вообще *поссессорныхъ* исковъ, то едва ли имѣются какія

*) Курсивъ нашъ.

**) Дерябургъ. Пандекты. Вещное право, § 229.

***) Ср. сейчасъ приведенныя въ текстъ „межевыя“ *правила*, примѣнявшіяся въ римскомъ правѣ для установленія границъ, въ случаяхъ вчиненія *actiones finium regundorum*.

****) О немъ см. А. Маттель, „Судебно-межевое разбирательство по уставу гражданскаго судопроизводства“.

*****) Это положеніе не является, конечно, столь безусловнымъ спеціально для мѣстностей, въ коихъ введенъ въ полномъ объемъ законъ 15 іюня 1912 г. о преобр. мѣстн. суда, потому что имъ отнесены къ вѣдомству мировыхъ судей также иски о правахъ на недвижимое имущество, но лишь цѣною не свыше одной тысячи рублей.

*****) Курсъ русск. гражд. судопр. проф. Энгельмана, изд. 3-е (1912 г.), стр. 116.

либо препятствія къ тому, чтобы признать ихъ *таковыми же* (т. е. компетентными), также въ разсмотрѣніи (и разрѣшеніи) собственно *такихъ* пограничныхъ исковъ (= *поссессорныхъ* пограничныхъ исковъ). Ибо при подобномъ конструированіи этихъ исковъ, миров. судьямъ пришлось бы (въ случаяхъ ихъ предъявленія) устанавливать границу между смежными (сосѣдными) участками только „*поссессорно*“, т. е. исключительно лишь, какъ *предѣлъ владѣнія* (не, какъ предѣлъ собственности). А это явно входитъ въ ихъ компетенцію.

Центръ тяжести всего настоящаго вопроса заключается, однако,—по нашему убѣжденію—не столь въ томъ, можно ли считать эти пограничные иски (въ смыслѣ поссессорныхъ) подвѣдомственными мировымъ судьямъ, сколько, напротивъ, въ *предварительномъ* выясненіи другого, *болѣе принципиальнаго*, вопроса—допустимо ли, по нашему дѣйствующему законодательству, *самое конструированіе (и практическое примѣненіе)* пограничныхъ исковъ, въ смыслѣ указанныхъ поссессорныхъ исковъ.

Вѣдь пограничный споръ, хотя бы ему и сопутствовало вторженіе, до известной степени, одного сосѣда во владѣніе другого, всетаки остается ничѣмъ инымъ, какъ именно пограничнымъ—сосѣдскимъ—споромъ, т. е. споромъ *suī generis*,—вслѣдствіе чего едва ли основательно сводить его къ обыкновенному поссессорному (владѣльческому) спору. Тѣмъ болѣе, что нашими законами установленъ для дѣлъ этого рода—такъ называемыхъ *межевыхъ дѣлъ*—даже особый, вполне самостоятельный, судебный порядокъ разбирательства.

Какъ бы то ни было, но вполне возможно—мы затрудняемся сказать болѣе опредѣленно,—что наша судебная практика (собственно, мировые суды) нисколько не уклоняется отъ разбора пограничныхъ (сосѣдскихъ) споровъ, въ порядкѣ п. 2 (прежде—4) ст. 29 Уст. гражд. суд., т. е. въ томъ самомъ порядкѣ, который установленъ Уставомъ спеціально для поссессорныхъ (владѣльческихъ), а не для межевыхъ споровъ.

Правильна ли, однако, или же, напротивъ, не правильна такая практика нашихъ мировыхъ судовъ (буде она, дѣйствительно, существуетъ)?

Къ сожалѣнію, мы не считаемъ возможнымъ въ настоящее время высказываться по этому предмету. Вѣдь для надлежащихъ сужденій о немъ, необходимо имѣть болѣе подробныя и точныя данныя о предѣлахъ примѣненія владѣльческихъ исковъ, по русскому праву, сравнительно съ тѣми, кои мы находимъ въ нашихъ зако-

нахъ и нашей (теоретической) юриспруденціи. Выясненіе же собственными силами этого вопроса (относительно предѣловъ примѣненія владѣльческихъ исковъ, по русскому праву) не входитъ, конечно, въ задачу настоящаго изслѣдованія.

По приведеннымъ соображеніямъ, мы склоняемся, въ концѣ концовъ, къ тому, *чтобы оставить открытою и даже—скорѣе—подъ прямымъ сомнѣніемъ* самую возможность конструирования (и практическаго примѣненія)—по Уставу гражд. суд.—пограничныхъ исковъ, въ качествѣ поссессорныхъ исковъ. Но въ такомъ случаѣ неизбежно оказывается *весьма проблематичною*, само собою разумѣется, также компетентность нашихъ миров. судей въ разсмотрѣніи названныхъ исковъ *).

Такъ мы рѣшаемъ поставленный нами выше вопросъ о томъ компетентны ли мировые судьи, по Уставу гражд. суд., въ разсмотрѣніи *собственно пограничныхъ споровъ*?

Переходимъ теперь къ обсужденію другого вопроса, являющагося очевидно, *основною* темою настоящаго §.

Этотъ вопросъ гласитъ, какъ мы видѣли, такимъ образомъ: компетентны ли мировые судьи въ разсмотрѣніи *исковъ о правѣ участія частнаго* также въ тѣхъ случаяхъ, когда они осложнены пограничными спорами? Или, — формулируя настоящій вопросъ нѣсколько иными словами, —когда при предъявленіи въ мировомъ судѣ исковъ о правѣ участія частнаго обнаруживается ихъ *обусловленность* наличіемъ собственно *преюдициальныхъ* пограничныхъ споровъ (и исковъ), *полномоченъ ли* вообще названный судъ входить въ обсужденіе этихъ послѣднихъ?

На приведенные вопросы мы считаемъ необходимымъ отвѣчать въ безусловно отрицательномъ смыслѣ.

Въ пользу такого нашего рѣшенія говорятъ, конечно, прежде всего, уже *тѣ самыя сомнѣнія*, кои мы сейчасъ только высказали по поводу возможности отнесенія, по нашему Уст. гр. суд., всякихъ вообще пограничныхъ споровъ къ вѣдомству мировыхъ судей.

Но, кромѣ того, имѣются, на нашъ взглядъ, также *иныя еще—болѣе опредѣленныя—соображенія (и основанія)*, убѣждающія насъ въ правильности подобнаго (принятаго нами) рѣшенія.

*) Замѣтимъ, что для насъ является спорнымъ также вопросъ: допускалось ли, равн. обр., въ римскомъ правѣ (въ виду существованія въ немъ *спеціальныхъ actiones finium regundorum*) примѣненіе владѣльческихъ интердиктовъ—для поссессорнаго урегулированія—*собственно пограничныхъ споровъ*.

Въ самомъ дѣлѣ.

Признать возможнымъ, чтобы мировые судьи, въ случаяхъ вчиненія у нихъ исковъ о правѣ участія частнаго, осложненныхъ пограничными спорами, входили въ ихъ обсужденіе, очевидно, *вполнѣ равносильно* допущенію того, чтобы эти иски о правѣ участія частнаго рѣшались ими—въ указанныхъ случаяхъ—*на основѣ именно поссессорнаго лишь урегулированія сосѣдскихъ земельныхъ отношеній*.

Это же означаетъ, что мировые судьи—при ихъ разборѣ—должны были бы выяснять направленіе пролегающей между смежными участками границы, только *какъ предѣла владѣнія* (не—какъ предѣла собственности), и затѣмъ, уже основываясь на результатахъ такого (поссессорнаго) обслѣдованія, постановлять рѣшеніе по самому существованію спора—о данномъ правѣ участія частнаго.

Однако, даже въ случаѣ приведенія въ исполненіе такихъ—поссессорныхъ—рѣшеній мирового суда, *эти рѣшенія, очевидно, не являлись бы окончательными*. Впослѣдствіи, каждая изъ сторонъ могла бы *вновь возбудить* прежніе пограничные споры (и прежніе, обусловленные ими, споры о правѣ участія частнаго)—съ тѣмъ, чтобы *возобновить* настоящее (еще не вполнѣ ликвидированное) судебное дѣло—*уже на петиторныхъ основаніяхъ*—въ окружномъ судѣ. Послѣдній могъ бы признать, что „поссессорная“ граница (между настоящими участками), намѣченная мировымъ судомъ, не совпадаетъ съ вновь изысканною имъ „петиторною“, и что *въ этомъ смыслѣ* первая (граница) является вообще *неправильною*; въ зависимости же отъ этого, и все данное дѣло о правѣ участія частнаго, очевидно, неминуемо подверглось бы въ окружномъ судѣ *перевершенію*, которое вызвало бы, въ свою очередь, *немалую ломку* въ установившихся уже, казалось бы,—на основаніи рѣшенія мирового суда—сосѣдскихъ взаимоотношеній въ области данныхъ правъ участія частнаго.

Подобную организацію судебного процесса по искамъ о правѣ участія частнаго, осложненнымъ пограничными спорами, мы выше назвали *поссессорно-петиторною*.

Такой именно порядокъ судебного разбирательства сосѣдскихъ исковъ, осложненныхъ пограничными спорами, былъ уже представленъ нами—*и при томъ болѣе подробно и въ болѣе конкретномъ видѣ*—въ предыдущемъ изложеніи (§ 16), въ примѣненіи къ предусмотрѣннымъ ст. 6 Проекта спорамъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.

Едва ли нужно объяснять, что эту (поссессорно-петиторную) систему судебного процесса по сосѣдскимъ искамъ, осложненнымъ пограничными спорами, нельзя вообще не признать *весьма нецѣлесообразною*.

Тѣмъ не менѣе, указанная система была принята, какъ мы видѣли выше (§ 16), Проектомъ; слѣдов., она намѣчалась имъ также для нашего будущаго процессуальнаго законодательства.

Къ счастью, Проектъ не сталъ дѣйствующимъ закономъ. Въ Уставѣ же гражд. суд., въ противоположность Проекту, *не заложено* такихъ поссессорныхъ идей, на основаніи коихъ надлежало бы конструировать, въ качествѣ именно поссессорныхъ, какъ иски о правѣ участія частнаго, *такъ и пограничные споры*. Послѣдніе и не названы (по крайней мѣрѣ—прямо) ст. 29 уст. гр. суд. въ числѣ предметовъ вѣдомства миров. судей.

*По приведеннымъ соображеніямъ, мы находимъ, что мировые судьи вообще не компетентны, по Уставу гражд. суд., не только въ петиторномъ (что, повидимому, уже само собою разумѣется) *)*, но даже въ одномъ лишь поссессорномъ урегулированіи споровъ о правѣ участія частнаго, когда эти послѣдніе осложнены собственно пограничными спорами.

Изложенная точка зрѣнія на настоящій вопросъ находитъ себѣ подкрѣпленіе еще въ слѣдующихъ соображеніяхъ.

Права участія частнаго суть ограниченія права собственности въ интересахъ сосѣдей. Эти ограниченія, или границы (онѣ же предѣлы) права собственности сосѣдей на смежные участки являются, согласно предложенной нами выше ихъ характеристикѣ, „абстрактными“ границами этого права сосѣдей. Но право собственности послѣднихъ на указанные участки неизбѣжно предполагаетъ наличіе (или проложеніе) между ними *также „матеріальныхъ“ границъ, или границъ въ собственномъ смыслѣ этого слова*.

Слѣдуетъ сказать теперь, что мировые судьи *компетентны*, по Уставу гражд. суд., для опредѣленія „абстрактныхъ“ границъ (сосѣдской) собственности, и, напротивъ, *некомпетентны для установленія ея „матеріальныхъ“ границъ*.

*) По крайней мѣрѣ, по общему правилу. Ср., однако, еще разъ зак. 15-го іюня 1912 г. о преобр. мѣст. суда, поскольку имъ отнесены къ вѣдомству миров. судей также иски о правахъ на недвижимое имущество—цѣною не свыше одной тысячи рублей.

Въ случаяхъ же предъявленія въ мировомъ судѣ исковъ о правѣ участія частнаго, осложненныхъ пограничными спорами, его задача состояла бы, очевидно, уже въ опредѣленіи границъ *объихъ* категорій (т. е. какъ матеріальныхъ, такъ и абстрактныхъ границъ собственности). Въ первую же очередь ему надлежало бы, само собою разумѣется, установить „матеріальныя“ границы права собственности на сосѣдскіе участки, или, иначе выражаясь, матеріальные границы этихъ участковъ, въ качествѣ именно предѣловъ собственности (= права собственности), а не предѣловъ владѣнія.

Само собою разумѣется, что иски о правѣ участія частнаго, осложненные пограничными спорами, требующіе, по самому существу дѣла, подобнаго (петиторнаго) обследованія, не могутъ считаться, по Уставу гражд. суд., подлежащими вѣдомству мировыхъ судей.

Мы приходимъ, повидимому, къ совершенно такому же заключенію, ближе останавливая свое вниманіе собственно на одной лишь терминологіи нашего закона — поскольку она имѣетъ прямое отношеніе къ интересующей сейчасъ насъ темѣ. Дѣло въ томъ, что ст. ст. 446 и 447 т. X ч. 1 гласятъ (какъ извѣстно): „строющій домъ на самой межѣ своего двора не долженъ дѣлать оконъ на дворъ или на крышу своего сосѣда безъ согласія сего послѣдняго“; „строющій домъ не на самой межѣ, а съ отступленіемъ отъ оной внутрь своего двора, можетъ дѣлать окна на сосѣдніе дворы и не требуя согласія хозяевъ оныхъ“.

Въ обѣихъ названныхъ статьяхъ вполне опредѣленно говорится, какъ видимъ, о „самой межѣ“, пролегающей между смежными участками.

На нашъ взглядъ, этимъ все сказано.

Такимъ образомъ, при спорѣ о данномъ правѣ участія частнаго (о правѣ на окна на сосѣднюю усадьбу), — когда обнаружится явная зависимость этого спора (и самого настоящаго права) собственно отъ пограничнаго спора (и проложенія границы), — судъ обязанъ, думается намъ, — по Уставу гражд. суд., ссылающемуся на приведенныя статьи нашихъ гражд. законовъ, — не прибѣгая предварительно къ какимъ либо „поссessorнымъ“ урегулированіямъ сосѣдскихъ пограничныхъ отношеній, сразу же приступить къ установленію направленія самой межи, въ точномъ смыслѣ этого слова, слѣд., къ проложенію между данными смежными

участками границы, какъ предѣла собственности, а не, какъ предѣла одного только владѣнія этими участками.

Наши же мировые судьи не призваны, конечно, къ выполненію этой судейской обязанности.

§ 21. III. Случаи осложненія исковъ о правѣ участія частнаго пограничными спорами (продолженіе). — Компетентность мировыхъ судей въ изысканіи уже „положенныхъ“ межей (ст. 11 Прил. I къ ст. 1400, прим. уст. гр. суд.). — Примѣры судебной практики.

3. Итакъ, вопросъ, которому былъ посвященъ, по преимуществу, предыдущій §, — компетентны ли мировые судьи, согласно Уставу гражд. судопр., въ разсмотрѣніи исковъ о правѣ участія частнаго, когда они осложнены пограничными спорами, — нами разрѣшенъ, въ силу выше приведенныхъ соображеній, въ отрицательномъ смыслѣ.

Въ томъ же самомъ смыслѣ мы высказались еще ранѣе по другому вопросу (тѣсно связанному съ предыдущимъ): компетентны ли наши мировые судьи въ разсмотрѣніи собственно пограничныхъ споровъ.

Мы считаемъ, однако, безусловно необходимымъ внести теперь въ это (отрицательное) рѣшеніе приведенныхъ вопросовъ *одинъ* — весьма существенный (какъ увидимъ) — коррективъ.

Дѣло въ томъ, что въ нашей процессуальной системѣ имѣется ст. 11 Приложения I къ ст. 1400 (прим.) Устава гражд. суд. („О судебномъ-межевомъ разбирательствѣ“), гласящая такимъ образомъ: „Споры о нарушеніи земельныхъ границъ, въ случаяхъ, указанныхъ въ пунктѣ 2 статьи 29 сего устава, подлежатъ вѣдомству мѣстныхъ мировыхъ судей, которые, при разрѣшеніи этихъ споровъ, руководствуясь статьею 73 сего устава, изыскиваютъ однѣ положенныя генеральнымъ межеваніемъ границы и притомъ единственно по выданномъ отъ межевыхъ правительствъ планамъ и межевымъ книгамъ, а не по другимъ какимъ-либо крѣпостямъ (ср. зак. меж., изд. 1893 г., ст. 805, прим.). Во всѣхъ прочихъ случаяхъ дѣла по этимъ спорамъ вѣдаются окружными судами“.

Содержаніе этой статьи (точнѣе же говоря, ея начальныхъ строкъ) можетъ показаться, на первый (по крайней мѣрѣ) взглядъ, какъ будто бы явно противорѣчающимъ — и притомъ въ двойномъ отношеніи — всему тому, что до сихъ поръ было сказано нами по во-

просу о компетентности мировых судей в разсмотрѣніи пограничныхъ споровъ.

Во-первыхъ, вопреки высказаннымъ нами (въ предыдущемъ изложеніи) соображеніямъ, что компетентность нашихъ мировыхъ судей въ разсмотрѣніи *пограничныхъ* исковъ вообще является весьма проблематичною, съ точки зрѣнія Устава гражд. суд., — названная ст. 11, напротивъ, категорически и вполне опредѣленно постановляетъ какъ бы обратное этому, — что „споры о нарушеніи земельныхъ границъ *подлежатъ* вѣдомству мѣстныхъ мировыхъ судей“.

Во-вторыхъ, вопреки также изложеннымъ нами выше сомнѣніямъ насчетъ самой возможности конструирования (и практическаго примѣненія), по Уставу гражд. суд., пограничныхъ исковъ, въ качествѣ *поссessorныхъ* исковъ, — та же ст. 11 придерживается, *повидимому*, прямо противоположнаго взгляда по настоящему предмету. Это можно вывести изъ словъ: „споры о нарушеніи земельныхъ границъ, *въ случаяхъ, указанныхъ въ пунктъ 2 статьи 29 сего устава* и т. д.“. Дѣло въ томъ, что пунктъ 2 ст. 29 Уст. гражд. суд. опредѣляетъ, какъ извѣстно, подсудность мировому судѣй исковъ о возстановленіи нарушеннаго или утраченнаго владѣнія, когда со времени нарушенія или утраты владѣнія прошло не болѣе года; слѣдовательно, точный смыслъ приведенныхъ словъ ст. 11, очевидно, *тотъ* что споры о нарушеніи земельныхъ границъ — въ случаяхъ предъявленія ихъ у мировыхъ судей въ установленный п. 2 ст. 29 Уст. гр. суд. годичный срокъ — подлежатъ вѣдомству мировыхъ судей. Характерна, при этомъ, самая ссылка ст. 11 на названный п. 2 ст. 29 уст. гр. суд. Въ этомъ обстоятельстве нельзя, *повидимому*, не усмотрѣть *извѣстнаго сближенія* статьею 11 „споровъ о нарушеніи земельныхъ границъ“ съ „исками о возстановленіи нарушеннаго или утраченнаго *владѣнія*“. Такой же выводъ надлежитъ, очевидно, сдѣлать и изъ того обстоятельства, что ст. 11 далѣе постановляетъ: „которые (мир. судьи), при разрѣшеніи этихъ споровъ, *руководствуясь статьей 73 сего же устава*“ и т. д. Статья же 73 опредѣляетъ: „По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго *владѣнія* Мировой Судья не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостоверяющихъ право собственности на недвижимое имѣніе, но лишь *возстановляетъ нарушенное владѣніе* *).“

*) Это — прежняя редакция ст. 73. Но ей вполне тождественна новая (по зак. 15 июня 1912 г.) редакция той же статьи.

На основаніи сказаннаго нельзя не констатировать, что въ ст. 11 (точнѣе, въ начальныхъ ея словахъ), дѣйствительно, содержится *тенденція* къ конструированію (и практическому примѣненію) пограничныхъ исковъ — въ качествѣ *поссessorныхъ (владѣльческихъ)* исковъ.

Центръ тяжести настоящей статьи заключается, однако, (какъ не трудно въ томъ убѣдиться) не столько въ этихъ (начальныхъ) ея словахъ, сколько въ основной идеѣ собственно дальнѣйшихъ ея строкъ: „которые (подр. мировые судьи), при разрѣшеніи этихъ споровъ, *изыскиваютъ одну положенныя генеральнымъ межеваніемъ границы* и т. д.“.

Слѣдовательно, задача мирового суда — при вчиненіи въ немъ споровъ (исковъ) о нарушеніи земельныхъ границъ въ установленный п. 2 ст. 29 уст. гр. суд. годичный срокъ — сводится, въ сущности говоря (согласно прямому же указанію ст. 11), *единственно лишь* къ изысканію однихъ положенныхъ генеральнымъ межеваніемъ границъ.

Постановляя это, ст. 11 какъ бы исходитъ изъ слѣдующихъ двухъ предположеній: 1) что данный земельный участокъ, границы коего оказываются нарушенными (сосѣдомъ), генерально *обмежеванъ* (благодаря этому и *импюются на лицо* положенныя генеральнымъ межеваніемъ границы, или — попросту говоря — *межи* генеральнаго межеванія), и 2) что *предѣлы владѣнія* этимъ земельнымъ участкомъ въ точности опредѣляются именно указанными межами (слѣд., настоящіе предѣлы, или *границы владѣнія* *вполнѣ совпадаютъ* — по этой предположенной нами исходной идеѣ ст. 11 — *съ межевыми границами*).

Какъ должны, однако, по смыслу ст. 11, поступать мировые судьи въ *остальныхъ* случаяхъ? Когда, *во-первыхъ*, настоящій земельный участокъ (генерально) *не* обмежеванъ, — и когда, *во-вторыхъ*, хотя онъ и обмежеванъ, но границы владѣнія имъ *не* совпадаютъ съ его межевыми границами?

Само собою разумѣется, что мировые судьи *не вправъ* устанавливать (въ первомъ случаѣ) предѣлы *собственности* (=межи). Но не могутъ ли они (въ этомъ же случаѣ) опредѣлять, по крайн. мѣрѣ, предѣлы *владѣнія* даннымъ земельнымъ участкомъ? На первый взглядъ, этотъ вопросъ рѣшается, казалось бы, въ утвердительномъ смыслѣ — въ виду обнаруженія нами въ текстѣ ст. 11 свойственной ей тенденціи къ конструированію и проч. споровъ о нарушеніи земельныхъ границъ, въ смыслѣ *поссessorныхъ* споровъ.

Но, въ дѣйствительности, на сейчас поставленный нами вопрос надлежитъ отвѣтить, какъ кажется, въ прямо противоположномъ смыслѣ.

Чтобы убѣдиться въ этомъ, обратимся предварительно къ другому (второму) случаю (изъ числа намѣченныхъ нами сейчасъ случаевъ), когда границы владѣнія даннымъ земельнымъ участкомъ, хотя и обмежеваннымъ (генерально), не совпадаютъ съ его межевыми границами.

Если *последовательно* исходить изъ конструкціи споровъ о нарушеніи земельныхъ границъ, какъ *поссessorныхъ*, то надлежало бы, повидимому, признать, что мировые судьи обязаны (въ случаяхъ этого рода) разрѣшать названные споры *не иначе, какъ путемъ опредѣленія собственно „владѣльческихъ“ земельныхъ границъ, а отнюдь не межей, какъ таковыхъ.*

Однако, постановленіе статьи 11: „мировые судьи при разрѣшеніи этихъ споровъ (о нарушеніи земельныхъ границъ) изыскиваютъ однѣ положенныя генеральнымъ межеваніемъ границы“ редактировано *столь общимъ (и безусловнымъ) образомъ*, что оказывается прямо невозможнымъ допустить самую мысль о томъ, чтобы мировые судьи были уполномочены—при наличіи описанныхъ условий (когда имѣются на лицо межи, но нѣтъ совпаденія съ ними „владѣльческихъ“ границъ), къ изысканіямъ какихъ либо иныхъ границъ*), кромѣ „однѣхъ положенныхъ генеральнымъ межеваніемъ границъ“.

Но въ такомъ случаѣ надо констатировать, что указанная нами выше тенденція статьи 11 къ конструированію (и практическому примѣненію) „споровъ о нарушеніи земельныхъ границъ“, какъ поссessorныхъ споровъ, оказывается въ концѣ концовъ въ ней явно не выдержанною и даже (говоря точнѣе) ею же прямо отвергнутою.

Признавъ же однажды это положеніе, мы должны последовательнымъ образомъ исходить изъ него при обсужденіи и того случая (уже нами затронутаго), когда данный земельный участокъ вовсе не обмежеванъ.

Въ настоящемъ случаѣ „положенныхъ“ межей, какъ сказано, нѣтъ; слѣд., изысканія миров. судей въ этомъ направленіи фактически невозможны. Но не могутъ ли они въ виду этого регулировать возникшіи при такихъ условіяхъ пограничный споръ *исключительно*

*) Т. е. „владѣльческихъ“ границъ.

чительно лишь поссessorнымъ образомъ, изыскивая „одни“ предѣлы владѣнія смежными участками?

Какой бы отвѣтъ на поставленный вопросъ (утвердительный ли или же отрицательный) ни считать наиболѣе естественнымъ, мы обязаны, во всякомъ случаѣ, констатировать, что въ ст. 11 *не содержится* указанія на возможность разрѣшенія мировыми судьями пограничныхъ споровъ—при описанныхъ обстоятельствахъ—именно въ такомъ направленіи.

На основаніи всего сказаннаго мы заключаемъ, что содержаниемъ ст. 11 нисколько не опровергаются наши соображенія относительно некомпетентности вообще мировыхъ судей, по Уставу гражд. суд., въ разсмотрѣніи пограничныхъ исковъ, потому что названная статья 11,—постановляя, напротивъ, что эти иски подлежатъ ихъ вѣдомству,—имѣетъ въ виду, въ дѣйствительности, *болѣе или менѣе исключительные* случаи предьявленія указанныхъ исковъ, а равно и самые способы ихъ разрѣшенія мировыми судьями, и что 2) тѣмъ же содержаніемъ ст. 11 не только не устраняются, но даже (напротивъ) еще болѣе подкрѣпляются, какъ мы сейчасъ убѣдились, наши *сомнѣнія* насчетъ самой возможности конструированія (и практическаго примѣненія), по Уставу гр. суд., пограничныхъ исковъ въ качествѣ именно поссessorныхъ исковъ.

Несмотря на это, мы всетаки должны признать, что въ этой ст. 11 содержится *известный коррективъ* (подлежанцій, во всякомъ случаѣ, учету) къ сдѣланнымъ нами выше заявленіямъ о некомпетентности мировыхъ судей, по Уст. гр. суд., въ разсмотрѣніи какъ собственно пограничныхъ исковъ, такъ и исковъ о правѣ участія частнаго, когда они осложнены пограничными спорами.

Сущность же этого корректива—въ примѣненіи его специально къ послѣднимъ (наиболѣе насъ интересующимъ) искамъ—можетъ быть, очевидно, выражена нижеслѣдующимъ образомъ.

Необходимо различать *два* категоріи случаевъ, когда между соудьями возникаютъ осложненныя пограничными спорами пререканія о правѣ участія частнаго.

Во-первыхъ, возможно, что данные смежные (сосѣдскіе) участки *уже надлежаще обмежеваны* (первая категорія).

Во-вторыхъ, допустимо также, что названные участки надлежащимъ образомъ еще *не обмежеваны* (вторая категорія). Очевидно, что въ случаяхъ первой категоріи *не имѣется абсолютно никакихъ основаній къ исключенію исковъ о правѣ участія*

частнаго, осложненныхъ пограничными спорами, изъ вѣдѣнія мировыхъ судей. Въ этихъ случаяхъ, мировые судьи—при разборѣ ими названныхъ исковъ—сперва входятъ, конечно, въ обсужденіе спеціально указанныхъ преюдиціальныхъ, пограничныхъ, споровъ посредствомъ „изысканія однѣхъ положенныхъ генеральнымъ межеваніемъ границъ“ *), —а затѣмъ только (основываясь на данныхъ, полученныхъ въ результатѣ этого обсужденія) постановляютъ также рѣшенія о самихъ (спорныхъ между сосѣдями) правахъ участія частнаго.

Напротивъ, въ случаяхъ второй категоріи (когда смежные участки *не* обмежеваны) иски о правѣ участія частнаго, осложненные пограничными спорами, конечно, *не подлежатъ* вѣдомству мировыхъ судей.

Слѣдуетъ теперь сказать, что, признавая выше мировыхъ судей некомпетентными въ области настоящихъ исковъ, мы имѣли *въ виду, въ сущности говоря, только случаи этой (второй) категоріи, когда „положенныхъ“ межей пока не имѣется, но требуется еще ихъ впервые установить, проложить и т. п. (см. выше).*

Но въ такомъ случаѣ, и съ точки зрѣнія ранѣе высказанныхъ нами по настоящему вопросу идей, нашъ принципъ о некомпетентности мировыхъ судей въ дѣлахъ этого рода скорѣе *не долженъ* быть (нежели наоборотъ) распространяемъ *собственно на тѣ случаи, когда межи, напротивъ, уже „положены“* и т. п. **).

Къ этому же заключенію мы сейчасъ только пришли, обсудивъ смыслъ и значеніе ст. 11 Прил. I къ ст. 1400 (прим.) Уст. гр. суд.—въ примѣненіи къ сосѣдскимъ спорамъ о правахъ участія частнаго.

*) По точному смыслу ст. 11, миров. судьи уполномочены къ изысканію границъ *собственно генеральнаго межеванія*. Не могутъ ли, однако, они изыскивать также границы *спеціальнаго* межеванія? А. Маттель (назван. сочин., стр. 127) рѣшаетъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ.

**) Дѣйствительно, имѣются не только прямые велѣнія нашего закона, но и просто *известныя внутреннія (логическія) основанія* къ тому, чтобы признать мировой судъ органомъ, некомпетентнымъ для проложенія или установленія *новыхъ* межей. Напротивъ, *уже логически рассуждая* (слѣд., и безъ прямого указанія ст. 11) нельзя не прийти къ тому заключенію, что—при наличіи какъ собственно пограничныхъ споровъ, такъ и споровъ о правѣ участія частнаго, осложненныхъ пограничными спорами—*вполнѣ правильно* относить къ вѣдомству мировыхъ судей *одно лишь изысканіе уже „положенныхъ“ межей*. Вѣдѣ межи для того и *существуютъ*, чтобы ихъ блюли всѣ и каждый, тѣмъ болѣе—мировые судьи.

Такимъ образомъ, наши (изложенныя выше) сужденія по вопросу о компетентности мировыхъ судей въ искахъ о правѣ участія частнаго, когда они осложнены пограничными спорами, въ концѣ концовъ, *не столько даже корректируются, сколько лишь подтверждаются основнымъ содержаніемъ указанной ст. 11.*

Въ дополненіе ко всему сказанному въ предыдущемъ и настоящемъ §§—мы считаемъ полезнымъ теперь привести сужденія нашей судебной практики по вопросамъ, затронутымъ нами въ указанныхъ §§.

Вотъ относящіеся сюда примѣры:

а) Рѣш. 1873 г. № 1245 (д. Варелопуло съ Мезевири). Въ 1871 г. вдова нѣжинскаго грека, Марія Мезевири, жаловалась мировому судѣ на то, что „купецъ Панаіотъ Варелопуло построилъ на самой межѣ *) ея двора магазинъ, окна и водосточныя трубы котораго обратилъ въ дворъ ея“. Мезевири просила мирового судью „заставить его (Варелопуло) закрыть окна, перемѣнить скать крыши“ и проч. „Противъ этого иска Варелопуло возразилъ, что магазинъ его построенъ *не на межѣ, а съ отступленіемъ въ его дворъ* *) и что на этомъ самомъ мѣстѣ стоялъ сарай прежняго владѣльца о двухъ скатахъ, а потому и Варелопуло имѣлъ право построить магазинъ о двухъ скатахъ“. „По апелляціонной жалобѣ повѣреннаго Варелопуло—дѣло разсматривалось Кишиневскимъ Мировымъ Съѣздомъ, который нашель что *произведеннымъ Мировымъ Судьею осмотромъ* *) вполнѣ обнаружено, что построенный Варелопуло сарай находится на самой межѣ; указываемое же апелляторомъ обстоятельство, что будто бы тѣмъ осмотромъ не обнаружено, что сарай Варелопуло на межѣ, и что это обстоятельство могло быть обнаружено только, если бы Мировой Судья произвелъ измѣреніе двороваго мѣста и допросилъ указанныхъ апелляторомъ *свидѣтелей* *), не заслуживаетъ уваженія, такъ какъ изъ производства по настоящему дѣлу нигдѣ не видно, чтобы Варелопуло указывалъ на то, чтобы для раскрытія истины было произведено Мировымъ Судьею измѣреніе и чтобы Судья въ такомъ ходатайствѣ ему отказалъ; что же относится до показаній свидѣтелей, то *спрошенные въ Съѣздѣ свидѣтели, хотя и показали, что сарай построенъ съ отступленіемъ отъ межи, но таковое ихъ показаніе не можетъ быть*

*) Курсивъ нашъ.

принято во вниманіе, такъ какъ оно находится въ явномъ противорѣчій съ положеніемъ сарая въ натурѣ, который, если бы стоялъ не на межѣ, не могъ бы находиться въ прямой линіи съ дворами сосѣднихъ владѣльцевъ *); въ виду такихъ обстоятельствъ, Варелопуло, какъ построенный сарай на самой межѣ и безъ согласія владѣлицы смежнаго двора Мезевири, обязанъ закрыть выходящія во дворъ Мезевири окна сарая *), тѣмъ болѣе, что и выставленные имъ же, Варелопуло, свидѣтели показали, что въ старомъ сараѣ, на мѣстѣ котораго возведено теперешнее строеніе, оконъ и перегородки вовсе не было, и, слѣдовательно, Варелопуло такого права за собою не имѣлъ“.

Попробуемъ разобраться въ этихъ данныхъ (и въ частности, въ соображеніяхъ Кишиневскаго Мирового Съѣзда), приводимыхъ настоящимъ кассационнымъ рѣшеніемъ.

Какъ оказывается, мировой судья, разбирая споръ между Мезевири и Варелопуло о томъ, построенъ ли Варелопуло сарай на самой межѣ, или же не на самой межѣ, а съ отступленіемъ отъ оной, произвелъ *осмотръ* на мѣстѣ и (въ результатъ его) пришелъ къ тому заключенію, что сарай Варелопуло находится на самой межѣ.

Къ сожалѣнію, въ кассац. рѣшеніи не указывается, въ чемъ же собственно состоялъ названный осмотръ мирового судьи, какими именно соображеніями онъ руководствовался, дѣлая такой выводъ, и проч.; въ немъ сообщается только (согласно свидѣтельству Варелопуло), что мировой судья *не* произвелъ измѣренія двороваго мѣста и *не* допросилъ указанныхъ (имъ) свидѣтелей.

Мировой съѣздъ придалъ извѣстное значеніе послѣднему обстоятельству и поэтому *допросилъ свидѣтелей*. Они показали, что сарай построенъ съ отступленіемъ отъ межи (какъ и утверждалъ Варелопуло). Однако, съѣздъ нашелъ это ихъ показаніе *явно противорѣчащимъ* „положенію сарая въ натурѣ, который, по словамъ съѣзда, если бы стоялъ не на межѣ, не могъ бы находиться въ прямой линіи съ дворами сосѣднихъ владѣльцевъ“.

Поэтому, съѣздъ, признавъ всетаки (несмотря на это показаніе свидѣтелей), что сарай Варелопуло находится на самой межѣ, рѣшилъ настоящій споръ между нимъ и Мезевири также, какъ и мировой судья, т. е. въ пользу послѣдней.

Мы лишены, конечно, возможности (и не станемъ поэтому) входить въ оцѣнку образа дѣйствій *мирового судьи*—при разрѣшеніи указаннаго спора,—по той простой причинѣ, что этотъ образъ его дѣйствій намъ, въ сущности, вовсе неизвѣстенъ (такъ какъ онъ не изображенъ, какъ мы видѣли, въ данномъ касс. рѣш.).

Напротивъ, способъ разрѣшенія того же спора *мировымъ съѣздомъ* описанъ (въ этомъ кассац. рѣшеніи) уже болѣе или менѣе подробно.

Это даетъ намъ возможность о немъ высказаться.

Разрѣшая споръ Мезевири съ Варелопуло о томъ, построенъ ли (послѣднимъ) сарай на самой межѣ, или же не на самой межѣ а съ отступленіемъ отъ оной,—мировой съѣздъ, какъ оказывается: 1) *допросилъ* объ этомъ *свидѣтелей* и 2) обратилъ вниманіе на „положеніе сарая въ натурѣ“, на то, что онъ „находится въ прямой линіи съ дворами сосѣднихъ владѣльцевъ“.

Разрѣшая такими способами настоящій споръ, мировой съѣздъ, очевидно, поступалъ юридически *неправильно*.

Казалось бы, что ему надлежало бы въ точности руководиться—въ данномъ случаѣ—*единственно лишь* ст. 11 Прил. I къ ст. 1400 (прим.) уст. гр. суд., согласно которой мировые судьи (слѣд. и съѣзды мировыхъ судей) изыскиваютъ однѣ положенныя генеральнымъ (а, по объясненію А. Маттея—см. выше—и специальнымъ) межеваніемъ границы, и притомъ *единственно* по выданнымъ отъ межевыхъ правительствъ планамъ и межевымъ книгамъ, а не по другимъ какимъ-либо крѣпостямъ (ср. зак. меж., изд. 1893 г., ст. 805, прим.). На основаніи же упомянутаго прим. къ статьѣ 805 Зак. Меж. (Св. Зак. т. X ч. 2): „Въ губерніяхъ *обмежеванныхъ* отнюдь не слѣдуетъ дѣлать *никакихъ новыхъ обысковъ о древнемъ владѣніи*, бывшемъ до утвержденія межевыми правительствами межъ, а надлежитъ изыскивать однѣ положенныя генеральнымъ межеваніемъ границы“ и т. д., и т. д.

Замѣтимъ теперь для ясности, что это примѣчаніе къ ст. 805, очевидно, *противостоитъ* самой статьѣ 805; послѣдняя опредѣляетъ: „Если *показанія окольныхъ людей* будутъ несогласны, то въ рѣшеніи спора принимать за основаніе тѣ показанія, которыя больше согласуются съ прежними писцовыми книгами и дачами. Но когда сего сходства въ *показаніяхъ* не будетъ, тогда основывать рѣшенія на томъ, въ чемъ *большее число понятыхъ* согласны“. Приведенная ст. 805 (въ противоположность примѣчанію къ ней) имѣетъ въ виду, конечно, лишь губерніи *необме-*

*) Курсивъ нашъ.

жеванья и, слѣд., касается специально *самого процесса, межеванья.*

Сопоставляя же эту статью 805 съ примѣчаніемъ къ ней, не трудно прійти къ заключенію, что упоминаемые въ нихъ дознаніе чрезъ окольныхъ людей или, выражаясь словами прим. къ ст. 805, „обыски о древнемъ владѣніи“ *приминимы только при размежеваніи* (не подлежащемъ, однако, вѣдомству мировыхъ судебныхъ учреждений), *но отнюдь не при изысканіи послѣдними уже „положенныхъ“ межей.*

Изъ изложеннаго нельзя не вывести, что Кишиневскій мировой съѣздъ, *допустивъ допросъ свидѣтелей* (при разборѣ указаннаго выше спора Мезевири съ Варелопуло о томъ, построены ли сарай на самой межѣ, или не на самой межѣ и проч.), *тѣмъ самымъ нарушилъ точный смыслъ ст. 11 поименованнаго Приложения, не допускающей подобный способъ изысканія мировыми судебными учреждениями межевыхъ границъ.*

Въ связи со сказаннымъ возникаетъ, однако, такой вопросъ: *нельзя ли объяснить этотъ допросъ свидѣтелей (и вообще весь образъ дѣйствій Кишиневскаго мирового съѣзда въ данномъ дѣлѣ) также нѣсколько иначе, — и притомъ въ болѣе благоприятномъ для него смыслѣ?*

Дѣло въ томъ, что при разсмотрѣніи настоящаго (предъявленнаго Мезевири къ Варелопуло) иска о данномъ правѣ участія частнаго (о закрытіи оконъ, переустройствѣ ската крыши и проч.), осложненнаго описаннымъ пограничнымъ споромъ, — мировой съѣздъ намѣревался, *быть можетъ, разрешить этотъ искъ (и обуславливающей его пограничный споръ) исключительно только поссессорнымъ образомъ, — посредствомъ одного лишь поссессорнаго урегулированія границы, пролегающей между данными сосѣдскими участками *).* Такое наше предположеніе, дѣйствительно, подтверждается, казалось бы, *уже однимъ тѣмъ фактомъ, что онъ (мировой съѣздъ) вообще сталъ допрашивать (въ настоящемъ дѣлѣ) свидѣтелей, а также еще и тѣмъ обстоятельствомъ, что, отвергнувъ въ конечномъ итогѣ показанія, данныя свидѣтелями, онъ придалъ рѣшающее значеніе всетаки фактическому **)* „положенію сарая въ натурѣ“ (сравн. относящіяся сюда сужденія самого мирового съѣзда, приведенныя въ этомъ кассац. рѣшеніи).

*) Слѣд., вовсе не касаясь вопроса о направленіи отдѣляющей эти участки другъ отъ друга *межи*, какъ таковой.

**) Съѣздъ допрашивалъ свидѣтелей, очевидно, также о *фактѣ* (предѣлахъ *владѣнія*), а не о правѣ.

Но дѣлая даже такое предположеніе, *мы, тѣмъ не менѣе, не можемъ признать дѣйствія мирового съѣзда въ данномъ процессѣ юридически правильными.* Ибо порядокъ разрѣшенія исковъ о правѣ участія частнаго, осложненными пограничными спорами, — на основѣ одного лишь поссессорнаго урегулированія сосѣдскихъ земельныхъ отношеній, — отнюдь не свойствененъ, какъ было выше показано, нашему Уставу гражд. судопр. Если же, дѣйствительно, несмотря на это, указанный (поссессорный) порядокъ разрѣшенія даннаго спора всетаки былъ, согласно сдѣланному нами предположенію, принятъ (и осуществленъ) Кишиневскимъ мировымъ съѣздомъ, то *этого одобрить, конечно, никакъ нельзя.*

Но, быть можетъ, возможно еще одно (послѣднее) объясненіе (и, такъ сказать, оправданіе) описаннаго образа дѣйствій Кишиневскаго мирового съѣзда въ настоящемъ процессѣ?

Въ самомъ дѣлѣ. Мыслимо, какъ кажется, еще слѣдующее.

Мировой съѣздъ допрашиваетъ свидѣтелей, а равно и останавливаетъ свое вниманіе на „положеніи сарая въ натурѣ“, — на томъ, что онъ „находится въ прямой линіи съ дворами сосѣднихъ владѣльцевъ“, — преслѣдуя, при этомъ, *въ первую очередь, ту цѣль, чтобы выяснитъ (и установить) собственно предѣлы владѣнія Мезевири и Варелопуло данными смежными участками.* Но въ глазахъ мирового съѣзда *это не является конечною цѣлью его настоящихъ земельныхъ обслѣдованій *).* Мысленно основываясь, быть можетъ, на идеѣ пріобрѣтенія собственности, по праву давностнаго владѣнія, хотя и ничѣмъ не обнаруживая ее (эту идею *вовнѣ, — съѣздъ незамѣтно примѣняетъ ее и къ разрѣшенію настоящаго спора.* Въ результатѣ этого, онъ „распредѣляетъ“, такъ сказать, между сторонами не одно только владѣніе спорною пограничною полосою земли **), но и самое право собственности на нее ***), — въ предѣлахъ, конечно, владѣнія ею каждою изъ сторонъ.

Едва ли нужно говорить, что *подобное урегулированіе сосѣдскихъ пограничныхъ (земельныхъ) и прочихъ взаимныхъ отношеній является, однако, уже прямымъ петиторнымъ* (не поссессорнымъ лишь) ихъ урегулированіемъ.

Само собою разумѣется, что такое (петиторное) урегулированіе указанныхъ (сосѣдскихъ) отношеній, въ противоположность ихъ

*) Ср. предыдущее наше предположеніе объ образѣ дѣйствій мирового съѣзда въ данномъ процессѣ.

**) Ср. выше.

***) Основываясь, именно, на *принципъ пріобрѣтательной давности.*

поссessorному урегулированію, само по себѣ законно и поэтому *вполнѣ допустимо* *).

Однако, и это обстоятельство (считая, вообще, возможнымъ примѣненіе Кишиневскимъ мировымъ съѣздомъ сейчасъ описаннаго—петиторнаго — урегулированія къ разрѣшенію настоящаго спора Мезевири съ Варелопуло) *не было бы въ состояніи* ни объяснить въ достаточной мѣрѣ, ни, вообще, оправдать дѣйствій названнаго съѣзда въ этомъ процессѣ. Ибо, если, дѣйствительно, допустить, что Кишиневскій мировой съѣздъ прибѣгъ въ данномъ дѣлѣ къ самостоятельному *петиторному* урегулированію сосѣдскихъ взаимныхъ отношеній, то и въ такомъ случаѣ *нельзя не признать его дѣйствія неправильными, какъ нарушившія предѣлы присвоенной ему закономъ компетенціи* **).

Итакъ, Кишиневскій мировой съѣздъ, при разсмотрѣніи спора Мезевири съ Варелопуло о томъ, построены ли сарай на самой межѣ или же не на самой межѣ, а съ отступленіемъ отъ оной,—казалось бы, долженъ былъ бы ограничиться однимъ лишь производствомъ „изысканія“ межи по правиламъ, установленнымъ ст. 11 Прил. I къ ст. 1400 (прим.) Уст. гражд. суд. Въмѣсто этого онъ сталъ допрашивать свидѣтелей и т. п.

Въ предыдущемъ изложеніи мы всесторонне обсудили эти дѣйствія Кишиневскаго мирового съѣзда. Должны, однако, сознаться, что и сейчасъ *общій планъ* дѣйствій этого съѣзда въ настоящемъ процессѣ *не кажется намъ сколько-нибудь яснымъ*. Можно даже сомнѣваться въ самомъ наличіи у него такого плана. Какъ бы то ни было, но мы признали *отдѣльныя дѣйствія* его въ данномъ дѣлѣ *юридически неприемлемыми*.

Дѣло Мезевири съ Варелопуло послужило предметомъ обсужденія также Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената. Однако, явившееся въ его результатѣ (настоящее) кассац. рѣш. 1873 г. № 1245 не представляетъ для насъ какого либо интереса. Въ названномъ рѣшеніи, правда, было затронуто и разрѣшено нѣсколько юридическихъ вопросовъ, возникшихъ въ связи съ этимъ дѣломъ (см. самое

*) Это *сильно дѣйствующее* средство, способное, быть можетъ, даже парализовать наличіе и дѣйствіе *самыхъ межей*. См. Щершеневичъ. Учебникъ русск. права, изд. 10, стр. 300. Ср., однако, ст. 563, а также ст. 563¹ зак. гражд. (Св. Зак. т. X ч. 1).

***) Ср., однако, новый зак. 15 июня 1912 г. о преобр. мѣстнаго суда о подвѣдомственности мировымъ судьямъ также дѣлъ о недвижимомъ имуществѣ на сумму до 1000 руб.

рѣшеніе), но собственно насъ интересующій „межевой“ вопросъ въ немъ вовсе не подвергся обсужденію (по тому соображенію, что этотъ вопросъ, „какъ относящійся до фактической стороны дѣла и оцѣнки доказательствъ, не подлежалъ, по мнѣнію Прав. Сената, высказанному имъ въ этомъ рѣшеніи, обсужденію въ кассационномъ порядкѣ“). Какъ бы то ни было, нельзя, конечно, не пожалѣть объ этомъ, потому что уже въ настоящемъ дѣлѣ Мезевири съ Варелопуло *явственно обнаружилась* насущная потребность въ томъ, чтобы Прав. Сенатъ указалъ мировымъ судебнымъ учрежденіямъ—болѣе точно, чѣмъ это сдѣлано въ самомъ законѣ—тѣ основныя начала, коими они обязаны руководиться при разрѣшеніи подобныхъ (настоящему) „межевыхъ“ споровъ, а равно и споровъ (п исковъ) о правѣ участія частнаго, когда эти послѣдніе обусловлены (осложнены) первыми.

Переходимъ къ *другимъ* примѣрамъ судебной практики, также посвященнымъ искамъ о правѣ участія частнаго, осложненнымъ пограничными спорами.

б) Рѣш. 1874 г. № 673 (д. Бродскаго съ Бренеромъ). „Въ прошеніи, поданномъ мировому судѣ 5 участка гор. Одессы, Беніаминъ Бродскій, объясняя, что смежный владѣлецъ Карлъ Бренеръ, въ нарушение 445 ст. 1 ч. X т., пристроилъ къ стѣнѣ его дома, безъ согласія его.... кузницу и конюшню.... просилъ сдѣлать на мѣстѣ осмотръ и, для возстановленія нарушеннаго владѣнія, обязать Бренера снять кузницу и конюшню, а стѣну привести въ первоначальный видъ. Мировой судья произвелъ осмотръ на мѣстѣ при участіи архитектора Влодека, который заявилъ, что, судя по осмотру зданій, стѣна принадлежитъ Бродскому, такъ какъ онъ пользовался ею до послѣдняго времени, а прежній владѣлецъ дома Бренера строилъ для себя отдѣльную стѣну“. Засимъ, судья „нашелъ, что предметъ настоящаго иска составляетъ нарушеніе владѣнія и права участія частнаго и, не входя въ разсмотрѣніе права собственности на спорную стѣну.... опредѣлилъ: обязать Бренера снять кузницу, пристроенную къ стѣнѣ, находившейся во *владѣніи* *) Бродскаго и привести стѣну въ первоначальный видъ. На рѣшеніе судьи Бренеръ подалъ въ мировой съѣздъ апелляционную жалобу, въ которой изложилъ, *что спорная стѣна находится на его землѣ, такъ какъ мѣсто его должно заключать 9 сажень, а этого количества у него нѣтъ* *), что Бродскій ничѣмъ не доказалъ при-

*) Курсивъ нашъ.

надлежности ему стѣны и, наконецъ, что настоящій споръ можетъ быть разрѣшенъ только провѣркою земли у домовладѣльцевъ по всей улицѣ *). Со стороны Бродскаго было подано объясненіе, въ которомъ онъ изложилъ, что право собственности на стѣну онъ основываетъ на купчей крѣпости отъ 14 августа 1865 года, по которой спорная стѣна входитъ въ составъ купленного имъ мѣста *), и прежній владѣлецъ дома Бренера не считалъ эту стѣну своею" и т. д., и т. д. „Съѣздъ, разсмотрѣвъ дѣло, нашель: 1) по настоящему дѣлу разрѣшенію подлежить вопросъ о томъ, въ чьемъ владѣніи *) находилась стѣна, къ которой мѣщанинъ Карлъ Бренеръ пристроилъ кузницу? Въ дѣлѣ существуетъ мнѣніе эксперта Влодека о томъ, что стѣна эта составляетъ собственность мѣщанина Беніамина Бродскаго. Но, прежде всего, вопросъ о правѣ собственности, на основаніи 1 п. 31 ст. уст. гр. суд., не можетъ подлежать разрѣшенію мирового института“. Что же касается утвержденія Бродскаго, что именно онъ является фактическимъ владѣльцемъ настоящею стѣною, то надлежащихъ доказательствъ сему онъ не представилъ; „2) если даже признать стѣну, къ которой пристроена кузница, находящуюся въ фактическомъ владѣніи Бродскаго, то и тогда нельзя признать нарушеннымъ его владѣніе на томъ основаніи, что, какъ видно изъ осмотра, произведеннаго членомъ съѣзда, кузница устроена около упомянутой стѣны и крыша ея упирается на столбахъ, вбитыхъ около стѣны **), слѣдовательно, если допустить, въ данномъ случаѣ, нарушенное владѣніе, значитъ признать, что собственникъ не имѣетъ право строить самостоятельно на своей землѣ; 3) съ заключеніемъ мирового судьи, что предметъ настоящаго иска составляетъ нарушеніе владѣнія и права участія частнаго, нельзя согласиться, а на основаніи исковаго требованія, изложеннаго въ исковомъ прошеніи, слѣдуетъ признать предметомъ настоящаго иска только возстановленіе нарушеннаго владѣнія; 4) другія возраженія сторонъ относятся къ вопросу о правѣ собственности на стѣну, раздѣляющую дома истца и отвѣчика и, на основаніи 1 п. 31 ст. уст. гр. суд., не подлежатъ разсмотрѣнію съѣзда. На основаніи изложенныхъ соображеній.... Одесскій город-

*) Курсивъ нашъ.

***) Ср. въ другомъ мѣстѣ того же кассац. рѣшенія: „изъ осмотра оказалось, что кузница прилегаетъ одною стороною къ стѣнѣ, отдѣляющей домъ Бренера отъ Бродскаго, а крыша кузницы лежитъ на кроквахъ, прилегающихъ къ стѣнѣ, и только одна изъ нихъ однимъ концемъ упирается вертикально къ этой стѣнѣ“.

ской мировой съѣздъ опредѣлилъ: въ искѣ Бродскаго съ Бренера отказать, а рѣшеніе мирового судьи отклонить“.

Бродскій принесъ кассационную на рѣшеніе съѣзда жалобу. Прав. Сенатъ нашель, что „мировой съѣздъ неправильно призналъ требованіе Бродскаго искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и отказалъ въ ономъ на томъ основаніи, что истецъ не доказалъ фактическаго владѣнія стѣною“, что „усмотрѣнный въ настоящемъ дѣлѣ мировымъ съѣздомъ вопросъ о фактическомъ владѣніи стѣною *) вовсе не былъ предметомъ спора между тяжущимися сторонами и что, вслѣдствіе неправильнаго опредѣленія мировымъ съѣздомъ исковыхъ требованій Бродскаго, оставленъ безъ разрѣшенія главный предметъ спора, состоящій въ томъ: имѣетъ ли право истецъ, на основаніи приведенной имъ 445 ст. зак. гражд., требовать снятія кузницы, какъ пристроенной къ владѣемой имъ стѣнѣ и грозящей опасностью пожара?“ Прав. Сенатъ призналъ, что мировой съѣздъ, примѣнивъ къ этому дѣлу 4 п. 29 ст. уст. гр. суд., допустилъ существенное нарушеніе, какъ означенной статьи, такъ равно и 445 ст. т. X ч. 1. Что же касается вопроса о принадлежности стѣны или о правѣ собственности на оную, то съѣздъ совершенно правильно призналъ этотъ предметъ неподлежащимъ своему вѣдомству за силою 1 п. 31 ст. уст. гр. суд.“.—По симъ соображеніямъ Прав. Сенатъ опредѣлилъ: „рѣшеніе Одесскаго городского мирового съѣзда, 31 октября 1873 г. состоявшееся, по нарушенію 445 ст. т. X ч. 1 и 4 п. 29 ст. уст. гр. суд. отмѣнить, а дѣло, для новаго разсмотрѣнія, передать въ Одесскій уѣздный съѣздъ мировыхъ судей“.

Резюмируя кратко общее содержаніе настоящаго кассацион. рѣшенія, мы находимъ слѣдующее.

Въ данномъ дѣлѣ Бродскаго съ Бренеромъ, между прочимъ, обнаружилось наличие спора между сторонами о томъ — кому изъ нихъ принадлежитъ право собственности на стѣну, къ которой Бренеръ пристроилъ кузницу и конюшню. Бродскій доказывалъ, что эта стѣна принадлежитъ ему; Бренеръ же возражалъ противъ этого, указывая, „что—напротивъ—спорная стѣна находится на его (Бренера) землѣ“.

Самъ по себѣ этотъ споръ являлся, очевидно, весьма существеннымъ, потому что отъ того или иного рѣшенія его зависилъ, казалось бы, и самый исходъ настоящаго процесса о снятіи Бренеромъ построенныхъ имъ кузницы и конюшни.

*) Курсивъ подлинника.

Какъ и слѣдовало ожидать, и мировой судья, и мировой съѣздъ, однако, вовсе воздержались отъ обсуждения указанного спора (о правѣ собственности на стѣну) между Бродскимъ и Бренеромъ, руководясь 1 п. 31 ст. уст. гр. суд. Въмѣстѣ съ тѣмъ, всего настаивающаго дѣла они у себя, тѣмъ не менѣе, не прекратили, но свели его специально къ вопросамъ о томъ: не *владѣлъ ли* (по крайней мѣрѣ) поименованною стѣною Бродскій и не *нарушилъ ли* это его владѣніе Бренеръ. Мировой судья и мировой съѣздъ разрѣшили оба эти—*владѣльческіе*—вопросы различно: первый—въ утвердительномъ смыслѣ *), второй, напротивъ,—въ отрицательномъ. Что же касается Прав. Сената, то, также подтвердивъ неподвѣдомственность мировымъ судебнымъ учреждениямъ возбужденнаго сторонами вопроса о правѣ собственности на стѣну, онъ нашелъ, однако, что „усмотрѣнный въ настоящемъ дѣлѣ мировымъ съѣздомъ (и—добавимъ отъ себя—мировымъ судьей) вопросъ о *фактическомъ владѣніи стѣною* вовсе не былъ предметомъ спора между тяжущимися сторонами“. Въ соотвѣстствіи съ этимъ, Прав. Сенатъ указалъ, что, напротивъ, „главный предметъ спора“ состоитъ въ томъ,—имѣеть ли право истецъ, на основаніи приведенной имъ 445 ст. зак. гражд., требовать снятія кузницы, какъ пристроенной къ владѣмой имъ стѣнѣ?“ Признавая, что мировой съѣздъ оставилъ вовсе безъ разрѣшенія указанный главный предметъ спора, Прав. Сенатъ отмѣнилъ его рѣшеніе по настоящему дѣлу.

Таковы сужденія по этому дѣлу нашихъ мировыхъ судебныхъ учреждений и самого Прав. Сената.

Переходимъ теперь къ ихъ *оцѣнкѣ*.

Мы думаемъ, что *уже самая постановка* даннаго дѣла Бродскаго съ Бренеромъ—при разсмотрѣніи его какъ въ мировыхъ судебныхъ учрежденияхъ, такъ и въ Прав. Сенатѣ—*никакъ не можетъ быть признана юридически правильною*.

Въ этомъ дѣлѣ мы имѣемъ, несомнѣнно, также случай примѣненія иска о правѣ участія частнаго, точнѣе, о *пристройкѣ* кузницы и конюшни къ чужой стѣнѣ,—*осложненнаго* пограничнымъ споромъ.

Послѣдній (пограничный споръ) въ немъ, правда, прямо не упоминался,—но ничѣмъ инымъ, конечно, не могъ быть, по самому

*) Впрочемъ, мировой судья усмотрѣлъ въ обстоятельствахъ даннаго дѣла, кромѣ нарушенія владѣнія также нарушеніе права участія частнаго (см. самое рѣшеніе).

существо дѣла, этотъ споръ между Бродскимъ и Бренеромъ о принадлежности стѣны, во время котораго (спора) Бренеръ вполне определенно указалъ, что данная стѣна находится на *его* (Бренера) землѣ, Бродскій же сдѣлалъ противоположное сему заявленіе.

Но въ такомъ случаѣ *центр тяжести* настоящаго процесса заключался, казалось бы, единственно лишь въ томъ, чтобы опредѣлить: на самой ли межѣ, или не на самой межѣ находилась спорная стѣна? Ибо исключительно лишь отъ того или иного рѣшенія именно указаннаго вопроса зависѣлъ, несомнѣнно, окончательный исходъ всего даннаго процесса.

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что мировымъ судебнымъ учреждениямъ—при разсмотрѣніи ими этого дѣла Бродскаго съ Бренеромъ—надлежало бы сразу же заняться ничѣмъ другимъ, какъ только „*изысканіемъ*“ (примѣнительно къ ст. 11 Прил. I къ ст. 1400 прим. Уст. гр. суд.) самой межи, отдѣляющей участки сторонъ,—*буде таковая была уже „положена“*,—а въ противномъ случаѣ, имъ слѣдовало бы просто-на-просто признать настоящее дѣло себѣ неподвѣдомственнымъ.

Вмѣсто же этого, они дали всему упомянутому дѣлу совершенно неестественное направленіе. Они свели его, по явному недоразумѣнію, не то къ *обычному* *поссessorному* *иску* (точка зрѣнія мирового съѣзда), не то къ *поссessorному* *иску не совсѣмъ* *обычнаго свойства*: къ *поссessorному* *иску, смѣшанному*, какимъ-то страннымъ образомъ, съ *искомъ о правѣ участія частнаго*, подлежащимъ, въ свою очередь, разрѣшенію, очевидно, также только на основѣ *поссessorнаго* урегулированія данныхъ *сосѣдскихъ* (земельныхъ) отношеній (точка зрѣнія мирового судьи *).

Само собою разумѣется, что, при такомъ положеніи вещей, то или иное рѣшеніе настоящаго дѣла мировыми судебными учреждениями могло, пожалуй, еще оказаться случайно правильнымъ, *но только, ни въ какомъ случаѣ, юридически обоснованнымъ*.

Когда это дѣло Бродскаго съ Бренеромъ дошло до Прав. Сената, онъ вполне правильно подмѣтилъ и указалъ, что мировой съѣздъ вовсе оставилъ безъ разрѣшенія „главный предметъ спора“. Но, къ сожалѣнію, Прав. Сенатъ не сформулировалъ *удовлетворительнымъ образомъ* (таково, по крайней мѣрѣ, наше мнѣніе), въ чемъ именно заключается сущность этого „главнаго предмета

*) Мировой судья призналъ, какъ мы видѣли, „что предметъ настоящаго иска составляетъ нарушеніе владѣнія и права участія частнаго“

спора“, равно какъ и не указалъ *надлежащiе* пути (и способы) для *юридически обоснованнаго* его разрѣшенiя.

Однимъ словомъ, Прав. Сенатъ и въ этомъ кассационномъ рѣшенiи (какъ и въ предыдущемъ) не преподаль миров. судебнымъ учрежденiямъ руководящихъ основныхъ началъ, подлежащихъ вообще примѣненiю, при разборѣ исковъ о правѣ участiя частнаго—въ случаяхъ осложненiя ихъ пограничными спорами.

в) Рѣш. 1878 г. № 268 (д. Тизенгаузена съ Сыркинымъ). „Повѣренный гр. Райнольда Тизенгаузена, надворный совѣтникъ Владиславъ Сигизмундовъ, Шиллинъ, предъявилъ 7 августа 1875 года у Виленскаго мирового судьи 4 уч. къ купцу Альберту Сыркину искъ на томъ основанiи, что Сыркинъ въ стѣнѣ своего дома, находящагося на *межѣ* *) двора гр. Тизенгаузена и выходящей въ этотъ дворъ пробилъ взаимнѣ существовавшихъ отверстiй 12 большаго размѣра оконъ, безъ всякаго на то со стороны его довѣрителя дозволенiя. Почему, руководствуясь 445 и 446 ст. X т. ч. 1 и ссылаясь въ доказательство своего иска на свидѣтелей, просилъ сдѣлать распоряженiе о закрытiи означенныхъ оконъ на счетъ Сыркина. По допросѣ указанныхъ истцомъ свидѣтелей и выслушанiи объясненiй сторонъ, изъ коихъ отвѣтчикъ Сыркинъ... представилъ и протоколъ полицейскаго осмотра, мировой судья, основываясь на томъ, что въ протоколѣ этомъ стѣна дома Сыркина показана *отстоящею* *) на нужное для свѣта разстоянiе (подлинное выраженiе протокола) *отъ границы владѣнiя* *) гр. Тизенгаузена, въ искѣ отказалъ. Въ апелляционной жалобѣ повѣренный истца, объясняя, что фактъ пробивки оконъ доказанъ положительно свидѣтельскими показанiями; *что спора о нахожденiи дома Сыркина на межѣ со стороны отвѣтчика вовсе не возбуждалось* *); что посему мировой судья, отказавшiй въ искѣ на основанiи одного только полицейскаго протокола, неимѣющаго въ судебномъ процессѣ никакого значенiя, поступилъ неправильно, просилъ мировой съѣздъ произвести мѣстный осмотръ“. „Мировой съѣздъ, по поставленiю своему 18 ноября 1875 года, признавъ необходимымъ, для опредѣленiя *границъ владѣнiя* *) тяжущихся сторонъ, по имѣющимся у нихъ *документамъ* *), произвести осмотръ, *съ участiемъ свѣдущихъ людей* *), производство сего осмотра поручилъ непремѣнному члену съѣзда. Изъ протоколовъ осмотра, между прочимъ, видно: 1) что,

*) Курсивъ нашъ.

по требованiю производившаго оный, обѣ стороны, въ разъясненiе *границъ своего владѣнiя* *), представили разные документы; 2) что къ осмотру, кромѣ экспертовъ, вызваны были, какъ спрошенныя при разборѣ дѣла у мирового судьи свидѣтели, такъ и новые, по указанiю и требованiю обѣихъ тяжущихся сторонъ; 3) что изъ числа сихъ *свидѣтелей, первые спрошены были о границахъ владѣнiя* *), а послѣднiе о размѣрахъ оконъ“ и т. д. „Разсмотрѣвъ въ такомъ видѣ настоящее дѣло, Виленскiй мировой съѣздъ нашель: 1) что домъ стоитъ на *межѣ, такъ какъ видно, что онъ находится въ томъ положенiи, въ какомъ въ настоящее время съ 1817 г. (такъ въ подлинномъ), и землей около самаго дома Сыркина нѣсколько десятковъ лѣтъ пользуется Тизенгаузенъ, какъ это видно изъ показанiй свидѣтелей* *); 2) что изъ показанiй же свидѣтелей видно, что задолго до перестройки Сыркинымъ дома въ стѣнѣ этого дома, выходящей въ садъ Тизенгаузена, существовало 12 оконъ, размѣровъ гораздо меньшихъ, чѣмъ тѣ, которыя устроены Сыркинымъ въ настоящее время... 3) что, увеличивши размѣръ существовавшихъ въ стѣнѣ оконъ, Сыркинъ нарушилъ право участiя частнаго Тизенгаузена и т. д., и т. д. *). По этимъ соображенiямъ, мировой съѣздъ опредѣлилъ: отмѣнивъ рѣшенiе судьи, понудить Сыркина привести окна въ то положенiе, въ которомъ они были до перестройки“. „Объ отмѣнѣ сего рѣшенiя просить купецъ Сыркинъ по слѣдующимъ основанiямъ: 1) Виленскiй мировой съѣздъ, по постановленiю своему 18 ноября 1875 года, поручивъ производство осмотра непремѣнному члену, на протоколѣ этого осмотра основалъ свое рѣшенiе, *признавъ, что домъ его, Сыркина, стоитъ на самой межѣ* *). А такъ какъ къ осмотру представлены были просителемъ крѣпостные документы о правѣ и протѣствѣ его владѣнiя, и эти документы послужили основанiемъ означеннаго рѣшенiя, то съѣздъ, войдя въ разсмотрѣнiе ихъ, нарушилъ тѣмъ 29, 1 п. 31 и по аналогiи 73 ст. уст. гр. суд.; 2) съѣздъ, признавъ необходимымъ разрѣшить вопросъ—дѣйствительно ли стѣна его, Сыркина, дома стоитъ на *межѣ, оставилъ безъ разсмотрѣнiя положительно разрѣшающiе сей вопросъ представленные имъ къ осмотру планы* *),—чѣмъ нарушилъ 105 и 129 ст. уст.

*) Курсивъ нашъ.

**) Слѣдуетъ юридическое обоснованiе этого послѣдняго положенiя, основанное на анализѣ закона 1834 года, запретившаго во вновь строящихся домахъ имѣть окна во дворѣ сосѣда, а въ существующихъ пробивать новыя окна.

гр. суд., и т. д., и т. д.“. „Выслушавъ заключеніе товарища оберъ-прокурора и словесныя объясненія повѣреннаго Сыркина, Правительствующій Сенатъ находить, что указаніе просителя на нарушеніе мировымъ съѣздомъ законовъ о подсудности лишено основанія: въ данномъ дѣлѣ разрѣшенію съѣзда подлежало исковое требованіе Тизенгаузена о закрытіи отвѣтчикомъ, Сыркинымъ, собственникомъ дома, находящагося на межѣ владѣнія истца, выходящихъ во дворъ его оконъ, — слѣдовательно, о такомъ предметѣ, который, составляя одинъ изъ видовъ права участія частнаго, по силѣ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд., подсуденъ мировымъ учрежденіямъ. Если же при этомъ съѣздъ принялъ во вниманіе представленныя самимъ просителемъ къ осмотру и внесенныя въ протоколъ *крѣпостные акты, то не для разрѣшенія вопроса о правѣ собственности, но для опредѣленія того обстоятельства — дѣйствительно ли домъ Сыркина находится на межѣ двора Тизенгаузена* *), — а такимъ дѣйствіемъ нарушить 1 п. 31 ст. уст. гр. суд. съѣздъ не могъ. — Приводимая затѣмъ кассаторомъ 73 ст. того же устава къ предмету настоящаго иска, какъ подробно разъяснено уже въ рѣш. Сената 1876 г. № 152, не относится. Не нарушены также съѣздомъ 105 и 129 ст. устава, — ибо *планы, въ неразсмотрѣніи коихъ Сыркинъ обвиняетъ съѣздъ, внесены, въ число прочихъ документовъ въ протоколъ осмотра, — слѣдовательно, при постановленіи мировымъ съѣздомъ рѣшенія, на основаніи данныхъ сего осмотра, имѣлись въ виду съѣздомъ* *). Равнымъ образомъ, „мировой съѣздъ, признавъ, что право отвѣтчика Сыркина на окна, существовавшія въ его домѣ до 1834 года, т. е. до изданія закона, выраженнаго въ статьѣ 446, не можетъ быть толкуемо въ распространительномъ смыслѣ, и что Сыркинъ, допустивъ капитальную перестройку своего дома, не могъ увеличивать существовавшаго размѣра оконъ, — не нарушилъ ни 446, ни примѣч. къ 447 ст. X тома части 1, примѣнивъ эти законы къ установленному имъ выводу. Въ виду этихъ соображеній Правительствующій Сенатъ опредѣляетъ: просьбу Сыркина, на основаніи 186 ст. устава гражд. суд., оставить безъ послѣдствій“.

Кратко резюмируемъ приведенныя сужденія миров. судебныхъ учрежденій и Прав. Сената, высказанныя ими при разсмотрѣніи даннаго дѣла; затѣмъ, постараемся дать этимъ сужденіямъ надлежащую оцѣнку.

*) Курсивъ нашъ.

Какъ мы видѣли, истецъ—гр. Тизенгаузонъ—утверждалъ, что домъ отвѣтчика—куща Альберта Сыркина—находится *на межѣ двора его* (гр. Тизенгаузена). Мировой судья, оповываясь на полицейскомъ протоколѣ осмотра, нашель, напротивъ, что домъ Сыркина *отстоитъ* отъ границы *владѣнія* гр. Тизенгаузена. Когда дѣло дошло до мирового съѣзда, то послѣдній призналъ, прежде всего, необходимымъ произвести осмотръ, поручивъ таковой непремѣнному члену съѣзда—для опредѣленія *границъ владѣнія* (какъ сказано въ постановленіи съѣзда) тяжущихся сторонъ,—и притомъ: а) по имѣющимся у нихъ *документамъ* и б) *съ участіемъ свидущихъ людей*. Непремѣнный членъ съѣзда, произведя осмотръ, дѣйствительно, потребовалъ отъ сторонъ, чтобы онѣ представили ему „разные документы“—въ разъясненіе границъ своего владѣнія“; далѣе, онъ вызвалъ также экспертовъ. Но этимъ непремѣнный членъ съѣзда не ограничился: онъ пригласилъ, кромѣ экспертовъ, *еще и свидѣтелей*, каковыхъ и допросилъ..... „о *границахъ владѣнія*“. „Разсмотрѣвъ въ такомъ видѣ настоящее дѣло (говорится далѣе въ кассац. рѣш.), Виленскій мировой съѣздъ нашель, что *домъ стоитъ на межѣ*“. Если мы спросимъ теперь себя, въ силу какихъ же соображеній съѣздъ пришелъ къ этому заключенію (столь существенному для всего настоящаго дѣла), то окажется слѣдующее: съѣздъ призналъ, что домъ стоитъ на межѣ, по тѣмъ соображеніямъ, „что онъ (домъ) находится въ томъ положеніи, въ какомъ въ настоящее время, съ 1817 г. (такъ въ подлинномъ), *и землей около самого дома Сыркина нѣсколько десятковъ лѣтъ пользуется Тизенгаузонъ*, какъ это видно изъ *показаній свидѣтелей*“. Сыркинъ просилъ Прав. Сенатъ отмѣнить рѣшенія Виленскаго мирового съѣзда, ссылаясь на то, что съѣздъ, съ одной стороны, *принялъ во вниманіе* (неправильно, по утвержденію Сыркина) представленныя къ осмотру и внесенныя въ протоколъ *крѣпостные акты*, съ другой же стороны, *оставилъ безъ разсмотрѣнія* (также неправильно, по его мнѣнію) „положительно разрѣшающіе сей вопросъ **)* представленныя имъ къ осмотру *планы*“. Однако, Прав. Сенатъ оставилъ просьбу Сыркина безъ послѣдствій.

И въ этомъ дѣлѣ (какъ и въ двухъ предыдущихъ—уже разсмотрѣнныхъ нами) надлежитъ, очевидно, констатировать случай

*) Т. е. вопросъ,—дѣйствительно ли стѣна его, Сыркина, дома стоитъ на межѣ.

примѣненія иска о правѣ участія частнаго (о закрытіи оконъ), осложненнаго (столь уже знакомымъ намъ) пограничнымъ споромъ *).

Къ сожалѣнію, въ сужденіяхъ (и дѣйствіяхъ) какъ мировыхъ судебныхъ учреждений, такъ и Прав. Сената, направленныхъ на разрѣшеніе этого спора, *невозможно усмотрѣть наличія вообще какого либо опредѣленнаго и вполне яснаго юридическаго плана*, котораго всё они (названныя судебныя учрежденія) *одинаково* придерживались бы.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что мировой судья, разбирая это дѣло, „изыскиваетъ“ (основываясь на полицейскомъ протоколѣ) границу *владѣнія* (вмѣсто межи) и, найдя таковую, констатируетъ, что домъ Сыркина „отстоитъ“ отъ нея,—вслѣдствіе чего и рѣшаетъ настоящее дѣло въ его (Сыркина) пользу.

Мировой съѣздъ возлагаетъ на непремѣннаго члена съѣзда, *на первый взглядъ, также опредѣленіе лишь границы владѣнія ***). Но *правильнѣе считать*, что съѣздъ, поручая непремѣнному члену осмотръ, имѣлъ въ виду, напротивъ, производство *имъ изысканія именно межи* (а не границы владѣнія). Таковъ, очевидно, смыслъ указанія съѣзда непремѣнному члену на то, чтобы онъ руководился при осмотрѣ имѣющимися у сторонъ *документами* и пользовался *свѣдущихъ людей*.

Однако, непремѣнный членъ, выполняя эти указанія съѣзда, *сталъ вмѣстѣ съ тѣмъ допрашивать и свидѣтелей* какъ разъ о границахъ, конечно, *владѣнія*.

Едва ли, такимъ образомъ, непремѣнный членъ *въ точности выполнилъ* возложенное на него съѣздомъ порученіе. Несмотря на это, съѣздъ *вполнѣ удовлетворился*, надо думать, произведеннымъ имъ осмотромъ.

Во всякомъ же случаѣ, онъ рассмотрѣлъ „въ такомъ видѣ“ настоящее дѣло и нашелъ, что домъ Сыркина находится *на межѣ*.

Казалось бы, мировой съѣздъ отыскалъ, наконецъ, столь давно желанную *межу*.

*) Вышнимъ выраженіемъ послѣдняго въ этомъ процессѣ является возбужденный въ немъ вопросъ: находится ли упоминаемый въ настоящемъ дѣлѣ домъ Сыркина на межѣ, или же не на межѣ, а съ отступленіемъ отъ оной?

**) По крайней мѣрѣ, и онъ говоритъ именно о границахъ владѣнія: „признавъ необходимымъ, для опредѣленія границъ владѣнія“ и проч., и проч.

Однако, его же собственное указаніе на то, *какъ именно онъ нашелъ межу* (=что домъ находится на межѣ), совершенно разубѣждаетъ насъ въ этомъ.

Мировой съѣздъ просто обратилъ вниманіе и придалъ рѣшающее значеніе, какъ оказывается, тому обстоятельству, что, *согласно показаніямъ свидѣтелей*, „землей около самаго дома Сыркина *нѣсколько десятковъ лѣтъ* пользуется Тизенгаузенъ“. Слѣд., съѣздъ установилъ, прежде всего, допросомъ свидѣтелей, что Тизенгаузенъ пользуется (владѣетъ) своимъ участкомъ: 1) *вплоть до самаго дома Сыркина*, и притомъ 2) *уже нѣсколько десятковъ лѣтъ*. Затѣмъ, онъ примѣнилъ къ данному дѣлу, очевидно, *давность владѣнія*, какъ способъ пріобрѣтенія собственности (хотя прямо ее и не назвалъ). И исходя изъ нея, уже вывелъ, несомнѣнно, что не только владѣніе, но и *собственность* Тизенгаузена простирается вплоть до той самой границы, на которой стоитъ домъ Сыркина,—такъ что *только отъ указанной границы* (но никакъ не ранѣе ея) начинаются владѣніе и *собственность* Сыркина. Таковъ, надо думать, смыслъ ссылки съѣзда на „нѣсколько десятковъ лѣтъ“!

Изъ сказаннаго ясно, что съѣздъ межи всетаки такъ и не нашелъ, но что онъ осуществилъ въ этихъ своихъ изслѣдованіяхъ, напротивъ, нѣчто, совершенно иное, чѣмъ простое только „изысканіе“ межи, въ собственномъ смыслѣ этого слова. А именно: онъ установилъ въ данномъ дѣлѣ—на основѣ давностнаго завладѣнія—*предѣлъ собственности*, отдѣляющій смежныя участки тяжущихся сторонъ.

Итакъ, мы видимъ слѣдующее: мировой судья опредѣляетъ въ указанномъ процессѣ *границу владѣнія*. Повидимому, *то же самое* дѣлаетъ непремѣнный членъ съѣзда. Между тѣмъ, мировой съѣздъ, поручая ему осмотръ, намѣчалъ для него и на него возлагалъ какъ будто бы совершенно иную задачу,—*изысканіе подлинной межи*. Наконецъ, самъ мировой съѣздъ устанавливаетъ *границу (предѣлъ) собственности*.

Въ этихъ, *взятыхъ въ цѣломъ*, дѣйствіяхъ (и имъ соответствующихъ сужденіяхъ) *) мировыхъ судебныхъ учреждений *не наблюдается, конечно, какой либо вообще планомерности*, а, тѣмъ болѣе, такой *единой программы*, къ осуществленію кото-

*) См. самое касс. рѣшеніе.

рой стремились бы, въ равной мѣрѣ, и мировой судья, и мировой съѣздъ.

Разбирая же указанные дѣйствія и проч., *въ отдѣльности*, приходится, само собою разумѣется, признать ихъ и *юридически неприемлемыми*.

Въ самомъ дѣлѣ. Мировой судья, опредѣливъ въ этомъ процессѣ границу владѣнія и затѣмъ положивъ такое (поссессорное) опредѣленіе ея въ основу всего своего рѣшенія по данному дѣлу, конечно, поступилъ *неправильно*, потому что иски о правѣ участія частнаго, осложненные пограничными спорами, вообще не подлежатъ (какъ мы установили) разрѣшенію на основѣ одного лишь поссессорнаго урегулированія (и разрѣшенія) этихъ послѣднихъ.

Но, само собою разумѣется, *неправильно* поступилъ (въ данномъ процессѣ) также мировой съѣздъ. Ибо, устанавливая въ этомъ дѣлѣ предѣлъ (границу) собственности (по давности владѣнія) и полагая указанное *петиторное* свое опредѣленіе въ основаніе всего разрѣшенія настоящаго иска о закрытіи оконъ, мировой съѣздъ, очевидно, нарушилъ предѣлы своего вѣдомства.

Всего этого, однако, не произошло бы, *если бы* мировой судья и мировой съѣздъ—вмѣсто опредѣленія границы владѣнія или же установленія (новой) границы собственности—*занялись однимъ лишь изысканіемъ подлинной „положенной“ межи*, буде таковая имѣется, въ противномъ же случаѣ вовсе воздержались отъ всякихъ сужденій по настоящему дѣлу.

Итакъ, мы убѣдились, что мировыя судебныя учрежденія—при разборѣ дѣла Тизенгаузена съ Сыркинымъ—*явно допустили не-правильности*. Можно было бы поэтому ожидать, что, по крайней мѣрѣ, Прав. Сенатъ (когда это дѣло дошло до него по жалобѣ Сыркина) обратитъ, наконецъ, должное вниманіе на указанные не-правильности и преподаетъ на будущее время (для избѣжанія ихъ повторенія) руководящія начала, вообще подлежащія примѣненію при разсмотрѣніи судебными мѣстами дѣлъ, подобныхъ настоящему.

Но этого, къ сожалѣнію, не случилось. Между тѣмъ, уже въ самой кассационной жалобѣ Сыркина приводились *доводы, заслуживающіе, по нашему мнѣнію, гораздо большаго вниманія, чѣмъ то, которое имъ оказалъ Прав. Сенатъ*. Именно. Сыркинъ указывалъ, что мировой съѣздъ поступилъ неправильно,—съ одной стороны, принявъ во вниманіе *крѣпостные акты*, съ другой, оставивъ безъ разсмотрѣнія *„положительно разрѣшающіе сей вопросъ представленные имъ къ осмотру планы“*.

На *первый* доводъ Сыркина Сенатъ возразилъ, что съѣздъ принялъ во вниманіе крѣпостные акты „не для разрѣшенія вопроса о правѣ собственности, но для опредѣленія того обстоятельства — дѣйствительно ли домъ Сыркина находится на межѣ двора Тизенгаузена“. Однако, въ такомъ случаѣ едва ли, дѣйствительно, съѣздъ поступилъ правильно. Ибо, принявъ во вниманіе крѣпостные акты для опредѣленія указаннаго обстоятельства („дѣйствительно ли домъ Сыркина находится на межѣ двора Тизенгаузена“), съѣздъ тѣмъ самымъ *нарушилъ*, думается намъ, ст. 11 Прил. I къ ст. 1400 (прим.) уст. гр. суд., въ которой прямо сказано, что мировые судьи изыскиваютъ границы по планамъ и межевымъ книгамъ, *а не по другимъ какимъ-либо крѣпостямъ*.

На *второй* же доводъ Сыркина Сенатъ отвѣтилъ, что „планы, въ неразсмотрѣніи коихъ Сыркинъ обвиняетъ съѣздъ, внесены, въ числѣ прочихъ документовъ, въ протоколъ осмотра,—слѣдовательно, при постановленіи мировымъ съѣздомъ рѣшенія, на основаніи данныхъ сего осмотра, имѣлись въ виду съѣзда“. Это совершенно вѣрно, что *планы* „имѣлись въ виду съѣзда“—*въ числѣ прочихъ документовъ*. Нужно только добавить къ этому, что—кромѣ „плановъ“ и „прочихъ документовъ“—съѣздомъ были приняты во вниманіе еще также *показанія свидѣтелей*, кои и легли, *главнымъ образомъ*, въ основаніе его сужденія, что домъ Сыркина стоитъ на межѣ. Но, къ сожалѣнію, это опять таки явилось *нарушеніемъ* той же ст. 11 прил. I къ ст. 1400 (прим.) уст. гр. суд., опредѣляющей, что мировые судьи „изыскиваютъ *однѣ* положенныя... границы (= межи) и притомъ *единственно* по выданнымъ изъ межевыхъ правительствъ планамъ и межевымъ книгамъ, а не по другимъ какимъ-либо крѣпостямъ“ и, конечно, не по показаніямъ свидѣтелей *).

Прав. Сенатъ не обратилъ, однако, должнаго вниманія, какъ мы уже сказали, на эти доводы кассационной жалобы Сыркина **) Онъ, вообще, призналъ дѣйствія Виленскаго мирового съѣзда правильными, одобрилъ ихъ,—просьбу же Сыркина оставилъ безъ послѣдствій.

Разсмотримъ еще одно (послѣднее) кассац. рѣшеніе.

*) Послѣднее подтверждается примѣчаніемъ къ ст. 805 зак. меж., приводимымъ настоящею ст. 11. Объ этомъ примѣчаніи къ ст. 805 зак. меж. мы имѣли уже случай говорить,—см. выше.

**) Допустимо, впрочемъ, что и въ этой кассац. жалобѣ не была приведена столь важная для настоящаго дѣла ст. 11.

г) Рѣш. 1899 г. № 74 (д. Бѣльской съ Федоровичемъ). „Повѣренный Надежды Бѣльской въ подаиномъ мировому судѣ искомъ прошеніи, указывая на то, что Іосифъ Федоровичъ въ стѣнѣ своего дома, находящагося на междѣ *) владѣній его и Бѣльской, прорубилъ въ сторону земли Бѣльской окно, просилъ обязать Федоровича задѣлать это окно. Мировой судья, установивъ, что Федоровичъ прорубилъ окно во вновь сдѣланной постройкѣ къ существующему дому, *одна стѣна котораго стоитъ на пограничной междѣ *)* съ усадебнымъ мѣстомъ Бѣльской, и руководствуясь 446 ст. 1 ч. X т., опредѣлилъ: обязать Федоровича задѣлать прорубленное окно. Въ апелляціонной жалобѣ Федоровичъ указывалъ на то, что 446 ст. 1 ч. X т. не должна имѣть примѣненія, *потому, что его домъ стоитъ не на междѣ *)*; а, напротивъ, Бѣльская, перенеся самовольно свой заборъ къ стѣнѣ его дома, *учинила захватъ его земли больше, чѣмъ на аршинъ *)*, объ отобраніи каковой земли отъ Бѣльской *имъ начато дѣло въ окружномъ судѣ *)*, и просилъ *приостановиться разрѣшеніемъ настоящаго дѣла до разсмотрѣнія дѣла окружнымъ судомъ *)*. Мировой съѣздъ, принявъ во вниманіе, что искъ Бѣльской объ обязаніи Федоровича задѣлать прорубленное имъ къ двору Бѣльской окно относится къ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, что при разрѣшеніи подобныхъ исковъ на обязанности суда лежитъ обсудить только то, у кого находилась земля въ фактическомъ владѣніи, что *предъявленный Федоровичемъ въ окружномъ судѣ искъ къ Бѣльской не имѣетъ никакой связи съ настоящимъ искомъ *)*, — утвердилъ рѣшеніе мирового судьи“. Федоровичъ подалъ на рѣшеніе съѣзда кассационную жалобу. Разсмотрѣвъ ее, Прав. Сенатъ нашелъ, что по настоящему дѣлу возбуждается вопросъ: „*требованіе о закрытіи по 446 ст. 1 ч. X т. окна, сдѣланнаго въ стѣнѣ дома, находящагося на самой междѣ, является ли искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія по 4 п. 29 ст. уст. гр. суд., или искомъ о правѣ участія частнаго по 5 п. той же статьи?*“ Подробно обсудивъ этотъ вопросъ, Прав. Сенатъ пришелъ къ тому заключенію, что „*съѣздъ неправильно и въ нарушение 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. и 446 ст. 1 ч. X т. призналъ это требованіе искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, а не искомъ о правѣ участія частнаго. А такъ какъ въ искахъ*

*) Курсивъ нашъ.

последняго рода мировымъ судебнымъ установленіямъ надлежитъ удостовѣриться не только въ фактъ, но и въ самомъ правѣ на пользованіе истца въ выгодахъ имѣнія отвѣтчика (рѣш. 1876 г. №№ 231, 289 и др.), то *мировой съѣздъ не долженъ былъ уклоняться отъ разсмотрѣнія возраженій Федоровича о томъ, что домъ его стоитъ не на междѣ *)*, и что истица не имѣетъ права требовать закрытія окна въ его домѣ. По вышеизложеннымъ соображеніямъ Правительствующій Сенатъ опредѣляетъ: рѣшеніе Могилевскаго на Днѣпрѣ мирового съѣзда, по нарушенію 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. и 446 ст. 1 ч. X т., отмѣнить и передать дѣло для новаго разсмотрѣнія въ Оршанскій мировой съѣздъ“.

Изъ этого кассац. рѣшенія видно, что настоящій искъ Бѣльской къ Федоровичу о правѣ участія частнаго (задѣланіи окна) былъ обусловленъ—также, какъ и предыдущіе (ранѣе нами разсмотрѣнные) однородные иски, — *споромъ* тяжущихся сторонъ о томъ, *стоитъ ли домъ (Федоровича на междѣ, или не на междѣ.*

Мировой судья разрѣшилъ этотъ споръ въ утвердительномъ смыслѣ и потому удовлетворилъ искъ Бѣльской.

Къ сожалѣнію, изъ изложенія даннаго дѣла въ кассац. рѣшеніи не видно, *какъ именно, какимъ собственно способомъ* мировой судья изыскалъ въ этомъ случаѣ „пограничную межу“.

Федоровичъ подалъ апелляціонную жалобу.

Онъ указывалъ въ ней, что его домъ стоитъ не на междѣ, что, напротивъ, Бѣльская перенесла самовольно свой заборъ къ стѣнѣ его дома и тѣмъ учинила захватъ его земли и проч. Сославшись далѣе на то, что объ отобраніи этой земли отъ Бѣльской имъ начато дѣло въ окружномъ судѣ, онъ „просилъ *приостановиться разрѣшеніемъ настоящаго дѣла до разсмотрѣнія дѣла окружнымъ судомъ*“.

Можетъ быть, дѣйствительно, слѣдовало бы удовлетворить эту просьбу Федоровича. Но мировой съѣздъ отклонилъ ее *по основаніямъ*, кои, однако, *никакъ нельзя признать убѣдительными*. Именно. Съѣздъ нашелъ, что искъ Бѣльской къ Федоровичу объ обязаніи последняго задѣлать прорубленное имъ ко двору Бѣльской окно есть, собственно, *владѣльческій искъ*, при разрѣшеніи коего „на обязанности суда лежитъ обсудить только то, у кого находилась земля *въ фактическомъ владѣніи*“; поэтому, онъ при-

*) Курсивъ нашъ.

зналъ предъявленный Федоровичемъ въ окружномъ судѣ искъ къ Бѣльской *не имѣющимъ никакой связи съ настоящимъ искомъ*, рассмотрѣлъ послѣдній и утвердилъ рѣшеніе мирового судьи о за- дѣланіи окна, прорубленнаго Федоровичемъ.

Конечно, съ изложенными сужденіями съѣзда насчетъ юриди- ческой природы даннаго иска согласиться невозможно,—какъ на это и было указано впослѣдствіи самимъ Прав. Сенатомъ (см. настоящее касс. рѣш.). Нельзя признать правильнымъ и то основаніе, въ силу котораго онъ рѣшилъ это дѣло въ пользу Бѣльской. На первый взглядъ можетъ показаться, впрочемъ, что настоящимъ своимъ рѣ- шеніемъ съѣздъ какъ будто бы установилъ, что домъ Федоровича нахо- дится именно „на межѣ“. Но, въ дѣйствительности, съѣздъ *) отыскалъ отнюдь не межу, какъ таковую, а лишь факти- ческую границу владѣнія тяжущихся сторонъ, какъ это, съ несомнѣнностью, явствуетъ изъ сейчасъ приведенныхъ (его же собственныхъ) разсужденій по настоящему дѣлу.

Изыскавъ, такимъ образомъ, эту владѣльческую границу (а не межу) и разрѣшивъ затѣмъ самый искъ Бѣльской къ Федоро- вичу на указанномъ „поссessorномъ“ основаніи, мировой съѣздъ поступилъ, конечно, неправильно.

Можно, кажется, признать, что Прав. Сенатъ, обсуждая настоящее дѣло, отмѣтилъ именно эту допущенную съѣздомъ неправильность. Ибо онъ нашелъ, что „мировой съѣздъ не долженъ былъ укло- няться отъ рассмотрѣнія возраженій Федоровича о томъ, что домъ его стоитъ не на межѣ“. Слѣд., Прав. Сенатъ какъ будто бы призналъ, что мировому съѣзду не слѣдовало ограни- чиваться въ данномъ дѣлѣ подобнымъ опредѣленіемъ одной только границы владѣнія, но что онъ долженъ былъ, на- противъ, произвести изысканіе самой подлинной межи.

Къ сожалѣнію, Сенатъ не остановился, однако, ближе на при- веденной (вообще правильной) своей мысли, не далъ ей дальнѣй- шаго развитія, т. е. не указалъ, при какихъ именно условіяхъ и въ какомъ собственно направленіи можетъ (и должно) произво- диться мировыми судебными учрежденіями подобное изысканіе межи и проч., и проч.

Такимъ образомъ, и въ настоящемъ кассац. рѣшеніи (какъ и въ болѣе раннихъ своихъ рѣшеніяхъ) Прав. Сенатъ не преподалъ основныхъ руководящихъ началъ, подлежащихъ примѣненію миро-

*) Очевидно, еще ранѣе также и мировой судья.

выми судебными учрежденіями—при разбирательствѣ ими искомъ о правѣ участія частнаго—въ тѣхъ случаяхъ, когда они осложнены собственно пограничными спорами.

Такова, въ общемъ, наша судебная (и кассаціонная) практика по вопросамъ, затронутымъ нами въ этомъ и предыдущемъ §§.

§ 22. IV. О годичномъ срокѣ, установленномъ п. 3 (прежде 5) ст. 29 Уст. гражд. суд. для предъявленія искомъ о правѣ участія частнаго въ мировомъ судѣ. Сужденія нашихъ юри- стовъ объ этомъ срокѣ. Его историческое происхожденіе. Оцѣнка правила п. 3 (прежде 5) ст. 29 Уст. гр. суд. о со- блюденіи годичнаго срока.—О „поссessorномъ“ срокѣ, установленномъ также ст. 11 Прил. I къ ст. 1400 (прим.) Уст. гр. суд. для предъявленія въ мировомъ судѣ споровъ о нарушеніи земельныхъ границъ.

1. Вопросы о годичномъ срокѣ, его историческомъ происхо- жденіи, догматическомъ значеніи и проч. являются, на нашъ взглядъ, наиболее интересными вопросами всего вообще ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго.

Въ предыдущемъ изложеніи мы уже подвергали ихъ обсужденію.

Между прочимъ, мы коснулись этого, упоминаемаго п. 3 ст. 29 уст. гр. суд., годичнаго срока въ концѣ главы II-ой настоящей книги, посвятивъ ему даже спеціальный, хотя и небольшой по объему, § 10, входящій въ составъ указанной главы.

Мы установили тогда слѣдующее.

Въ нашей юриспруденціи существуетъ три мнѣнія о смыслѣ и значеніи годичнаго срока, предусмотрѣннаго п. 3 ст. 29 уст. гр. суд. По одному мнѣнію, указанный годичный срокъ является под- линнымъ давностнымъ срокомъ, влѣдствіе чего иски о правѣ участія частнаго оказываются, по этому мнѣнію, навсегда погашен- ными, если они не предъявляются въ теченіе годичнаго срока. По другому мнѣнію, названный срокъ не имѣетъ, напротивъ, такого— погасительнаго—вліянія на иски о правѣ участія частнаго, но и по этому мнѣнію, онъ всетаки извѣстнымъ образомъ воздѣй- ствуетъ на нихъ, модифицируетъ ихъ,—въ томъ отношеніи, что иски о правѣ участія частнаго являются—до истеченія года—пос- сessorными исками, подвѣдомственными мировымъ судьямъ, а—по истеченіи года—тѣ же иски о правѣ участія частнаго превра-

щаются уже въ петиторные иски, подлежащіе вѣдѣнію окружныхъ судовъ *). Наконецъ, по третьему мнѣнію, настоящій годичный срокъ не является ни погасительнымъ, ни модифицирующимъ (видоизмѣняющимъ) только иски о правѣ участія частнаго; по этому мнѣнію, онъ, наоборотъ, не *оказываетъ абсолютно никакого вліянія* на бытіе или юридическую сущность названныхъ исковъ. Представители указаннаго (притомъ, господствующаго) мнѣнія считаютъ, какъ мы уже знаемъ, послѣдніе исками о самомъ правѣ, петиторными исками (точнѣе: петиторными сервитутными исками), а потому полагаютъ, что эти иски всегда остаются неизмѣнными въ своей юридической природѣ,—какъ до истеченія года (когда они подсудны мировымъ судьямъ), такъ и по истеченіи года (когда они оказываются подвѣдомственными уже только окружнымъ судамъ). Слѣдов., по настоящему (третьему) мнѣнію, значеніе годичнаго срока *исключительно лишь „судопроизводственное“ **).*

Мы не только привели эти три мнѣнія въ отмѣченномъ уже нами § 10 настоящей книги, но и *высказались* тамъ же по ихъ существу; при этомъ, мы не нашли, однако, возможнымъ ни одно изъ нихъ признать правильнымъ. Первое—*по недопустимости уже хотя бы самой мысли* (на которой оно, однако, базируется) о столь упрощенномъ способѣ прекращенія правъ участія частнаго, какъ пропускъ годичнаго срока со времени ихъ нарушенія. Второе—по *неприемлемости* для насъ *самого основного взгляда* указаннаго мнѣнія на иски о правѣ участія частнаго, какъ *посессорно-петиторные* иски. Третье—отчасти также по *несогласію* нашему съ принятою имъ констукціею этихъ исковъ, какъ *петиторныхъ сервитутныхъ* исковъ,—но, *въ гораздо большей еще степени, по совѣстьмъ другой причинѣ.*

Дѣло въ томъ, что это послѣднее (третье) мнѣніе *лишь констатируетъ*, что данные иски,—иски о самомъ правѣ, какъ оно выражается,—подсудны: до истеченія года—мировымъ судьямъ, а по истеченіи года—окружнымъ судамъ, но оно, напротивъ, *совершенно не объясняетъ*: почему же собственно мѣняется указаннымъ способомъ подсудность этихъ—*остающихся, очевидно,*

*) Впрочемъ, по мысли В. Л. Исаченко, являющагося также сторонникомъ этого мнѣнія, иски о правѣ участія могутъ быть предъявляемы—по истеченіи года—въ окружныхъ судахъ *не только въ качествѣ петиторныхъ исковъ, но еще и какъ подлинныя посессорные иски.*

**) См. выше § 10.

самими собою—)* исковъ, въ зависимости единственно лишь отъ истеченія годичнаго срока?

Такимъ образомъ, надлежитъ сказать, что третье мнѣніе, конечно, еще въ меньшей степени, чѣмъ два предыдущихъ, можетъ быть признано сколько нибудь удовлетворительнымъ образомъ разрѣшающимъ вопросы, касающіеся смысла и значенія (raison d'être) предусмотрѣннаго п. 3 ст. 29 Уст. гражд. суд. годичнаго срока и т. п.

Говоря выше (§ 10) объ этихъ вопросахъ, мы тогда же отмѣтили, „что, къ сожалѣнію, наша юриспруденція, вообще, не задумывается надъ ними *въ должной мѣрѣ*“. Вмѣстѣ съ тѣмъ, стремясь къ тому, чтобы дать, наконецъ, на нихъ надлежащіе отвѣты и восполнить этимъ путемъ существующій въ нашей юриспруденціи пробѣлъ (въ указанномъ отношеніи), мы предприняли специальное историко-критическое изученіе происхожденія текста п. 3 (точнѣе, 5 прежней редакціи) ст. 29 Уст. гражд. суд. и даже посвятили изложенію результатовъ, добытыхъ такимъ изученіемъ, особую, вполне самостоятельную главу III.

2. Резюмируя теперь выводы поименованной главы III, *однако, лишь, поскольку они имѣютъ непосредственное отношеніе къ темъ настоящаго §,* мы получаемъ слѣдующее.

Годичный срокъ, установленный ст. 29 Уст. гражд. суд. для предъявленія исковъ о правѣ участія частнаго въ мировомъ судѣ, *былъ заимствованъ* составителями названнаго Устава изъ французской гражданской процессуальной системы, а равно и изъ сардинской и итальянской системы, впрочемъ, *лишь воспроизводившихъ* указанную французскую систему (и потому не имѣвшихъ, очевидно, сколько нибудь самостоятельнаго значенія).

Но, по французскимъ законамъ, *непремѣнно, въ годичный срокъ* (не позднѣе его) должны быть предъявляемы, собственно говоря, *владѣльческие иски (les actions possessoires)**),* коимъ, однако, *вовсе не соответствуютъ,* казалось бы, наши иски о правѣ участія частнаго.

Почему же въ такомъ случаѣ (возникаетъ, естественно, вопросъ) этотъ годичный срокъ, установленный французскимъ законодатель-

*) Какъ мы указали, сами же представители настоящаго мнѣнія считаютъ, что иски о правѣ участія частнаго „всегда остаются неизмѣнными въ своей юридической природѣ, какъ до истеченія года, такъ и по истеченіи его“.

**) Code de procédure civile, art. 23.

ствомъ для вчиненія *спеціально поссessorныхъ* исковъ, редакторы нашего Устава отнесли и приурочили къ предъявленію совершенно чуждыхъ имъ, по природѣ, исковъ о правѣ участія частнаго?

Мы объяснили это въ предыдущемъ изложеніи такимъ образомъ.

Важнѣйшимъ историческимъ источникомъ происхожденія текста п. 5 ст. 29 Уст. гражд. суд. является ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 о мировомъ судѣ. Къ сожалѣнію, названная ст. 6 страдаетъ многими весьма существенными дефектами. Особенно же неудаченъ, въ юридическомъ отношеніи, п. 1 указанной статьи. Въ самомъ дѣлѣ. Ст. 6¹, называя, наряду съ подлинными поссessorными исками, также нѣкоторые иски отнюдь не являющіеся таковыми, явно относитъ, однако, и эти послѣдніе къ категоріи *поссessorныхъ исковъ*. Такими, въ сущности, мнимо-поссessorными исками, признанными, тѣмъ не менѣе, статью 6¹ за подлинныя поссessorныя иски, являются: а) *des dénonciations de nouvel oeuvre* и б) *des entreprises commises dans l'année sur cours d'eau etc. etc.* Кроме того, ст. 6¹, перечисливъ *цѣлыхъ четыре* поссessorныхъ иска (*actions en réintégrandе, complaints* и, сверхъ того, *des dénonciations de nouvel oeuvre* и *des entreprises*) и тѣмъ самымъ исчерпавъ уже, казалось бы, вообще возможный только перечень поссessorныхъ исковъ, упоминаетъ, однако, еще о какихъ-то „*les autres actions possessoires*“, — но не называетъ, къ сожалѣнію, ихъ болѣе точнымъ образомъ.

Благодаря этому, настоящее выраженіе: *les autres actions possessoires*, приобретаетъ, какъ оказывается, въ достаточной мѣрѣ, загадочный характеръ.

Мы объяснили, однако, смыслъ его такимъ образомъ, что подъ этими „другими“ поссessorными исками приходится разумѣть, *неподлинныя* поссessorныя иски *). Но гдѣ же они, эти неподлинныя поссessorныя иски? Какіе именно иски можно привести, въ качествѣ примѣровъ ихъ? и проч. Не являются ли таковыми, прежде всего, называемые статью 6¹ (сейчасъ приведенные нами) *des dénonciations de nouvel oeuvre* и *des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau etc. etc.*? Въ сущности говоря, эти иски, дѣйствительно, не поссessorныя. Потому мы и назвали ихъ мнимо (= неподлинно) поссessorными исками. Однако, несмотря на это,

*) Это какъ бы другіе поссessorныя иски, т. е. поссessorныя иски второго сорта и т. п.

ст. 6¹ прямо возводитъ ихъ въ рангъ (если такъ можно выразиться) подлинныхъ поссessorныхъ исковъ. Это обстоятельство, конечно, обязуетъ и насъ признавать ихъ, всетаки, въ качествѣ таковыхъ. Замѣтимъ еще, что, такъ какъ ст. 6¹ смотритъ на *des entreprises* и *des dénonciations*, именно какъ на настоящіе поссessorныя иски, то, при предъявленіи также этихъ исковъ, долженъ быть, конечно, соблюдаемъ годичный срокъ (см. ст. 6¹: *Des entreprises commises dans l'année etc. etc.*).

Такимъ образомъ, всѣ, безъ исключенія, иски, упоминаемые п. 1 ст. 6, являются, въ дѣйствительности, подлинными поссessorными исками.

Признавъ сперва это, мы ближе ознакомились, затѣмъ, съ содержаниемъ прочихъ п. п. той же ст. 6,—въ результатъ чего пришли къ тому заключенію, что *перечисляемые въ нихъ* иски и являются, вѣроятно, *искомыми* нами „другими“ (= неподлинными) поссessorными исками.

Это суть: а) *des actions en bornage*; б) *de celles relatives à la distance prescrite par la loi etc. pour les plantations d'arbres ou de haies *)* и в) *des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'art. 674 du Code civil **)*.

Поименованные иски, *правильно конструируемые*, конечно должны были бы быть признаны личными, или обязательственными исками. Но законъ 25 мая 1838 г. трактуетъ ихъ, какъ мы доказали, отнюдь не въ качествѣ таковыхъ. Однако, эти иски, несомнѣнно, не являются также, съ точки зрѣнія указанного закона, *подлинными* поссessorными исками: это явствуетъ хотя бы уже изъ одного того, что для предъявленія ихъ не предписано (въ ст. 6²⁻³) соблюденія годичнаго срока, какъ то требуется (ст. 6¹) въ случаяхъ вчиненія истинныхъ поссessorныхъ исковъ.

Всетаки, имѣется какая то *близость* (должны были мы констатировать) между исками, названными ст. 6¹, и исками, поименованными въ ст. 6²⁻³!

Внѣшнее выраженіе *такого сближенія* самымъ закономъ 25 мая 1838 г. тѣхъ и другихъ исковъ мы усмотрѣли, между прочимъ, въ наличіи въ этомъ законѣ словъ: *et autres actions possessoires*.

Эти слова въ полной мѣрѣ *объединяютъ*, — въ употребляемомъ ими терминѣ: „поссessorныя иски“, — столь разнородныя, каза-

*) Ст. 6².

**) Ст. 6³.

лось бы, явленія, какъ: *complaintes* и *actions en réintegrande* *), съ одной стороны, и *des dénonciations* и *des entreprises* **), съ другой.

Что же невѣроятнаго въ томъ, заключили мы, чтобы считать, что *тенденція* подобнаго рода объединенія (конечно, *лишь до известной степени*) обнаруживается, дѣйствительно, и за предѣлами ст. 6¹, а именно, въ смежной съ нею ст. 6² и далѣе—въ ст. 6³!

Разсуждая такимъ образомъ, мы пришли въ концѣ концовъ къ тому заключенію, что перечисленные ст. 6²⁻³ иски занимаютъ *какъ бы промежуточное мѣсто* между личными, или обязательственными исками и подлинными посессорными исками и что, въ связи съ этимъ, наиболѣе правильно признать ихъ *неподлинными* посессорными исками, *квази-посессорными, посессорнообразными* и т. п.

Само собою разумѣется, что такое подраздѣленіе закономъ 25 мая 1838 г. исковъ, поименованныхъ его статьею 6, на посессорные и какіе-то *квази-посессорные* иски, *вообще не можетъ быть признано особенно удачнымъ*.

Такимъ образомъ, произведенный нами анализъ статьи 6 франц. закона 25 мая 1838 г. вполне подтвердилъ, что это — весьма дефектная статья. Но кромѣ того, онъ указалъ еще намъ на то, что названной статьѣ также присуща (вложена въ нее) *крайне нежелательная* вообще тенденція къ дальнѣйшему увеличенію числа посессорныхъ исковъ, — осуществленіе каковой тенденціи было бы равносильно, очевидно, сообщенію „посессорной природы“ и такимъ искамъ, коимъ она, по существу дѣла, отнюдь не свойственна и проч.

Мы считали (и сейчасъ считаемъ) тѣмъ болѣе важнымъ отмѣтить наличие описанной тенденціи (въ ст. 6 зак. 1838 г.), что вліяніе ея (этой тенденціи) не разъ сказывалось впоследствии — при реципированіи указанной статьи другими процессуальными кодексами, западно-европейскими и нашимъ Уставомъ гражд. суд.

Оно обнаружилось уже при составленіи сардинскаго устава. Такимъ образомъ, ст. 6 сардинскаго уст., воспроизводя ст. 6 франц. закона 25 мая 1838 г., упоминаетъ въ то же время о *новыхъ* еще искахъ, неизвѣстныхъ послѣдней—напр.: о „спорахъ объ убыткахъ или ущербахъ, причиненныхъ въ теченіе года по владѣнію поме-

*) Подлинные посессорные иски.

***) Личные, или обязательственные иски.

мельною собственностью, посѣвами, растеніями и плодами“ *). Не подлежитъ, конечно, никакому сомнѣнію, что названные споры объ убыткахъ или ущербахъ и проч. суть личные, или обязательственные иски. Однако, два обстоятельства (о которыхъ сейчасъ скажемъ) придаютъ этимъ спорамъ „посессорный“ (совершенно несвойственный, кстати сказать, имъ) характеръ. Это — во-первыхъ, мѣсто, занимаемое ими въ системѣ сардинскаго устава (они помѣщены среди подлинныхъ и неподлинныхъ посессорныхъ исковъ, перечисляемыхъ статьею 6 сего устава) и — во-вторыхъ, указаніе той же статьи на необходимость предьявленія ихъ также въ годичный срокъ.

Слѣдовательно, уже сардинскій уставъ *увеличилъ* (за счетъ личныхъ, или обязательственныхъ исковъ) первоначальное число посессорныхъ исковъ, какъ оно было установлено французскою процессуальною системою (закономъ 25 мая 1838 г.).

Но еще дальше, чѣмъ сардинскій уставъ, пошелъ въ этомъ направленіи итальянскій уставъ.

Реципируя ст. 6 франц. закона 1838 г. (и ст. 6 сард. уст.), онъ *какъ будто бы стремился*, вмѣстѣ съ тѣмъ, придать *истинный* посессорный характеръ уже *всѣмъ, безъ исключенія*, искамъ, поименованнымъ въ указанныхъ статьяхъ франц. и сардинскаго законодательства **) По крайней мѣрѣ, ст. 5 итальянскаго устава, корреспондировавшая (по содержанію) ст. 6 франц. закона 1838 г. (и ст. 6 сард. уст.), и слѣд. перечислявшая, также какъ и онѣ, и подлинные, и неподлинные посессорные иски, отнесла, однако же, требованіе о соблюденіи годичнаго срока не только къ первымъ (*подлиннымъ* посессорнымъ искамъ), какъ это дѣлали тѣ статьи французскаго и сардинскаго законодательства, — но и ко вторымъ, т. е. къ искамъ, являвшимся до сихъ поръ лишь *неподлинными* посессорными исками.

Можно ли удивляться, послѣ всего сказаннаго, тому, что составители нашего Проекта, подобно ихъ предшественникамъ (составителямъ франц. зак. 1838 г., сардинскаго и итальянскаго уставовъ гражд. суд.), *также отдали, въ значительной степени, дань этому всеобщему увлеченію* западно-европейскихъ законодателей „посессорною“ идеею!

*) П. 1 ст. 6 сард. уст.

***) Значитъ, и *неподлиннымъ*, въ смыслѣ этихъ статей, посессорнымъ искамъ.

Такое увлеченіе ихъ указанною идеею выразилось въ томъ, что они также конструировали *непосессорные* иски (мы имѣемъ въ виду „споры о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.“, соответствовавшіе, какъ мы уже знаемъ, французскимъ *des actions relatives aux constructions et travaux énoncés par l'art. 674 du Code civil* *), а, можетъ быть, и вообще *des dénonciations de nouvel oeuvre* **), несомнѣнно, — въ качествѣ *подлинныхъ посессорныхъ исковъ*.

Внѣшнимъ показателемъ того, что подобный взглядъ на споры о нарушении правъ сосѣда, дѣйствительно, былъ свойственъ составителямъ нашего Проекта, явилось, между прочимъ, то обстоятельство, что они предписали, чтобы названные споры предъявлялись въ мировомъ судѣ въ краткій—10-ти недѣльный—срокъ, — т. е. въ тотъ самый срокъ, который они установили также для вчиненія „споровъ о завладѣніи чужимъ недвижимымъ имуществомъ“.

Однако, Проектъ не сталъ дѣйствующимъ закономъ. Онъ оказался вскорѣ замѣненнымъ Уставомъ гражд. суд., въ которомъ мѣсто споровъ о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. заняли *иски о правѣ участія частного*.

При этомъ, для вчиненія послѣднихъ былъ установленъ *взятый также изъ франц. законодательства годичный срокъ*— вмѣсто предполагаемаго Проектомъ болѣе краткаго, 10-ти недѣльнаго, срока.

Надежить теперь сказать, что редакторы Устава гражд. суд., несомнѣнно, также, какъ и составители Проекта, *были склонны мыслить указанные иски—въ качествѣ посессорныхъ исковъ*. Несмотря на это, въ системѣ Устава гражд. суд., эти иски являются отнюдь не посессорными исками, какъ можно было бы ожидать, а личными, или обязательственными (сосѣдскими) исками. Въ предыдущемъ изложеніи мы объяснили это тѣмъ, что редакторы сего Устава „не успѣли или просто не сумѣли“ дать въ данномъ случаѣ своимъ „посессорнымъ“ тенденціямъ вполне надлежащее выраженіе въ самомъ законѣ, — вслѣдствіе чего указанные ихъ тенденціи такъ и остались только ихъ тенденціями, но не стали, напротивъ, намѣреніями и волею самого нашего закона, т. е. Устава гражд. суд.

*) Ст. 6³ франц. зак. 25 мая 1838 г

**) Ст. 6⁴ того же закона.

Конечно, всему этому можно было бы, въ концѣ концовъ, только *порадоваться*, потому что „посессорная“ конструкція *совершенно несвойственна* искамъ о правѣ участія частного. Но, *къ сожалѣнію*, отъ созданной франц. законодателемъ *посессорной доктрины, столь ошибочно* примѣненной впервые этимъ законодателемъ къ *непосессорнымъ—сосѣдскимъ—искамъ*, а затѣмъ, усвоенной также другими законодателями (въ частности, и нашимъ) *, — все-таки осталось, и для русской юриспруденціи, *тяжелое наслѣдіе*—въ видѣ столь неудачнаго предписанія п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд. о томъ, чтобы иски о правѣ участія частного предъявлялись (въ мировомъ судѣ), непременно, въ годичный срокъ.

Таковы выводы историко-критическаго изслѣдованія происхожденія текста п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд., поскольку они имѣютъ ближайшее отношеніе къ упоминаемому имъ годичному сроку.

Переходимъ теперь къ болѣе подробной *оцѣнкѣ* правила п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд. о соблюденіи этого годичнаго срока—при вчиненіи въ мировомъ судѣ исковъ о правѣ участія частного.

3. *Указанное правило невозможно одобрить ни съ строго юридической точки зрѣнія, ни съ точки зрѣнія простой цѣлесообразности, ни, наконецъ, съ гражданско-политической точки зрѣнія.*

Намъ необходимо теперь, по возможности, *обосновать* настоящее положеніе.

Припомнимъ, впрочемъ, что совершенно тождественный (по содержанию) тезисъ *былъ уже однажды установленъ* нами въ предыдущемъ изложеніи, при обсужденіи (и оцѣнкѣ) правила ст. 6 Проекта о томъ, чтобы споры о нарушении правъ сосѣда при постройкѣ домовъ предъявлялись въ мировомъ судѣ въ 10-ти недѣльный срокъ.

Какъ сейчасъ убѣдимся, высказанныя тогда соображенія по этому предмету все еще *не утратили своего значенія*, — вслѣдствіе чего они могутъ (и даже должны) быть *вновь повторены* въ настоящее время, при обсужденіи (и оцѣнкѣ) правила п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд. о соблюденіи *годичнаго* срока—при вчиненіи въ мировомъ судѣ *исковъ о правѣ участія частного*.

*) Хотя и не осуществленной имъ на дѣль.

Такимъ образомъ, оказывается слѣдующее.

Во-первыхъ. Это правило *безусловно непріемлемо съ строго-юридической точки зрѣнія*. Дѣло въ томъ, что иски о правѣ участія частнаго, подобно спорамъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., съ истеченіемъ извѣстнаго срока (въ данномъ случаѣ, годичнаго), *ни погашаются въ полной мѣрѣ, ни превращаются только* въ новыя исковыя формы. Они не погашаются по той простой причинѣ, что подобный срокъ, какъ было уже установлено, не давностный срокъ; они также не превращаются въ новыя исковыя формы, *отнюдь не будучи, по своей юридической природѣ, possessорными исками*.

То обстоятельство, что послѣдніе, т. е. possessорные иски—съ истеченіемъ извѣстнаго срока (6-ти мѣсячнаго ли *), или годичнаго **): все равно) становятся *неподсудными* мировому суду, — вполне объясняется (и оправдывается) именно тѣмъ, что эти иски *перестаютъ*, согласно доктринѣ и законодательства, впредь (съ указаннаго срока) *быть самими собою* (possessorными исками), но превращаются, собственно говоря, *въ иные совсѣмъ иски—петиторные иски*, подлежащіе вѣдомству (по нашимъ законамъ) окружныхъ судовъ.

Однако, подобныя юридическія соображенія, приводимыя въ пользу установленія годичнаго или иного срока для вчиненія въ мировомъ судѣ специально possessорныхъ исковъ, *не могутъ касаться*, само собою разумѣется, исковъ о правѣ участія частнаго.

Какъ личные, или обязательственные иски, они *вовсе не подвержены подобной метаморфозѣ, въ зависимости единственно лишь отъ истечения того или другого (особенно, краткаго) срока, но, напротивъ, всегда и неизмѣнно остаются* (въ какой бы срокъ они ни предъявлялись) *самими собою, т. е. все тѣми же личными, или обязательственными исками*.

Но, въ такомъ случаѣ, дѣйствительно, *нельзя считать юридически обоснованнымъ* это правило п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд., *запрещающее* вчиненіе исковъ о правѣ участія частнаго въ мировомъ судѣ, по истеченіи годичнаго срока.

Во-вторыхъ. Указанное правило *не можетъ быть признано даже просто цѣлесообразнымъ*.

*) Какъ было у насъ до изданія зак. 15 іюня 1912 г. о преобр. мѣстн. суда.

**) Какъ было всегда по франц. законодательству и стало у насъ по зак. 15 іюня 1912 г. о преобр. мѣстн. суда.

Въ предыдущемъ изложеніи мы характеризовали поименованныя ст. 6 Проекта споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., *„какъ весьма несложные“*. Между прочимъ, мы указали на то, что *ничего не можетъ быть, повидимому, проще и легче*,—какъ изысканіе и обнаруженіе (въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ) фактовъ, вродѣ пристройки поварни (и печи) къ смежной стѣнѣ, устройства ската кровли на дворъ сосѣда или оконъ на его дворъ или крышу и т. п., такъ и постановленіе, въ случаяхъ подобныхъ правонарушеній, судебныхъ рѣшеній объ устраненіи ихъ на будущее время.

Поэтому, мы признали тогда, что мировой судъ является *вполнѣ компетентнымъ* для разрѣшенія дѣлъ подобнаго рода, и что, слѣд., Проектъ *правильно отнесъ* ихъ (эти споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.) къ его вѣдомству.

Но въ то же время мы выразили свое *немалое удивленіе* по поводу того, что настоящіе споры были, однако, признаны Проектомъ *неподлежащими компетенціи мирового суда, по истеченіи 10-ти недѣльнаго срока*. Вслѣдствіе этого, мы спрашивали тогда: *что собственно измѣняется въ названныхъ спорахъ—съ указаннаго срока? или, быть можетъ*, эти до сихъ поръ „весьма несложные“ споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.—*по истеченіи 10-ти недѣль со времени сего нарушенія—внезапно становятся уже сложными, — настолько сложными, что мировой судъ вдругъ оказывается недостаточно компетентнымъ въ ихъ разрѣшеніи?*

Само собою разумѣется, что мы признали тогда возможнымъ дать на эти вопросы *только отрицательные отвѣты*. Мы мотивировали это, весьма просто тѣмъ, что споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., и по истеченіи 10-ти недѣль (также, какъ и до этого времени), являются *одинаково* „весьма несложными“, и что поэтому, „и послѣ указаннаго срока, вполне въ силахъ и средствахъ мирового суда судить о столь простыхъ фактахъ, какъ, напр.: пристройка поварни къ чужой стѣнѣ, устройство оконъ въ брандмауерѣ или на домъ либо дворъ сосѣда и т. п.“

Въ виду приведенныхъ соображеній, мы должны были, естественно, признать тогда правило о *неподсудности* споровъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., *по истеченіи 10-ти недѣльнаго срока, лишеннымъ вообще какой-либо внутренней цѣлесообразности*.

Всё это остается, конечно, лишь повторить сейчас, оцѣнивая, также съ точки зрѣнія простой цѣлесообразности, правило п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гражд. суд. о соблюденіи годовичнаго срока—при вчиненіи въ мировомъ судѣ исковъ о правѣ участія частнаго.

Такимъ образомъ, оказывается, что иски о правѣ участія частнаго, подобно спорамъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч., также являются (сами по себѣ) „весьма несложными“, простыми исками. Поэтому, ничего нельзя возразить противъ отнесенія ихъ (Уставомъ гражд. суд.) къ вѣдомству мировыхъ судей. Но слѣдуетъ, напротивъ, признать, что правило п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 сего Устава, ограничивающее вчиненіе ихъ въ мировомъ судѣ годовичнымъ срокомъ,—столь же неудачно и нецѣлесообразно, какъ и соответствующее ему постановленіе ст. 6 Проекта *).

Въ-третьихъ. Указанное правило нельзя, наконецъ, одобрить и съ гражданско-политической точки зрѣнія.

Въ предыдущемъ изложеніи мы говорили уже о томъ, что ст. ст. 442, 445—451 т. X ч. 1, предписывая принятіе цѣлаго ряда мѣръ, предупреждающихъ опасности всякаго рода, преимущественно же пожары, охраняютъ этимъ частные интересы не однихъ только сосѣдей, но и многочисленныхъ группъ другихъ лицъ: жильцовъ того же дома, прочихъ сосѣдей, наконецъ—жителей цѣлаго города и т. п.

Другими словами, мы признали содержащіяся въ названныхъ статьяхъ правила сосѣдскаго права имѣющими, очевидно, на ряду съ частно-правовымъ, и публично-правовое значеніе, и, поэтому, выше характеризовали ихъ, какъ правила (или предписанія) общественнаго спокойствія и безопасности.

Принявъ затѣмъ во вниманіе описанный характеръ специально тѣхъ постановленій, кои составляютъ содержаніе ст. ст. 445 и 446 т. X ч. 1, мы не одобрили—съ гражданско-политической точки зрѣнія—предписаніе ст. 6 Проекта (ссылающейся на указанные статьи X т. 1 ч.), что споры о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч. подлежатъ вѣдомству судовъ мировыхъ только въ случаѣ, когда сии споры предъявлены въ мировомъ судѣ

*) Бѣлая продолжительность этого срока, какъ онъ установленъ Уставомъ (годъ), сравнительно со срокомъ, принятымъ Проектомъ (10 недѣль), по существу, нисколько не мѣняетъ, конечно, описанное въ текстѣ положеніе вещей.

не поздиѣ 10-ти недѣль со времени сего нарушенія. Ибо мы нашли, что, съ указанной гражданско-политической точки зрѣнія, „нѣтъ абсолютно никакого *raison d'être* затруднять возстановленіе судебнымъ порядкомъ, и при томъ при содѣйствіи суда, болѣе близко стоящаго къ населенію и вообще болѣе для него доступнаго: мирового суда, правъ сосѣда, предусмотрѣнныхъ ст. ст. 445—446 т. X ч. 1, въ случаяхъ, когда со времени ихъ нарушенія прошло уже болѣе 10-ти недѣль“. А между тѣмъ (констатировали мы), ничѣмъ инымъ, какъ именно такимъ затрудненіемъ и помѣхою къ скорѣйшему разрѣшенію этихъ (въ сущности, весьма простыхъ) дѣлъ является правило ст. 6 Проекта, изъемяющее изъ компетенціи мирового суда настоящіе споры—по истеченіи указанного срока—и относящее ихъ, съ этого момента, къ вѣдѣнію лишь „высшаго судебного мѣста“.

Все это мы припомнимъ теперь единственно съ тою цѣлью, чтобы сказать, что по вполне тождественнымъ соображеніямъ не можетъ быть одобрено, съ гражданско-политической точки зрѣнія, также это правило п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гражд. суд., въ свою очередь, ограничивающее (какъ и соответствующее ему предписаніе статьи 6 Проекта) возможность вчиненія исковъ о правѣ участія частнаго въ мировомъ судѣ извѣстнымъ (годовичнымъ) срокомъ.

Итакъ, на основаніи всего изложеннаго нельзя, дѣйствительно, не заключить, что правило п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд. о соблюденіи годовичнаго срока—при предъявленіи въ мировомъ судѣ исковъ о правѣ участія частнаго—во-истину весьма несовершенно и вообще неудачно во всѣхъ абсолютно отношеніяхъ.

Къ сожалѣнію, наша юриспруденція пока еще не признала этого. Но сказанному и нельзя особенно удивляться. Ибо вообще мало до сихъ поръ задумываясь, какъ было замѣчено выше, надъ указаннымъ правиломъ (надъ его историческимъ происхожденіемъ, смысломъ и значеніемъ), отечественная юриспруденція все еще не овладѣла, конечно, должнымъ пониманіемъ этого правила, а слѣдовательно, и надлежащею его оцѣнкою.

Какъ бы то ни было, но указанное правило является пока что дѣйствующимъ закономъ. Въ виду этого, въ настоящее время приходится, конечно, съ нимъ, такъ или иначе, мириться. Но признать его въ то же время вообще цѣлесообразнымъ и тѣмъ оправдать его существованіе и на будущее время (сравни. вышеприведенныя мнѣнія нашихъ юристовъ о годовичномъ срокѣ),

само собою разумѣется, *не представляется никакой возможности.*

Заканчивая изложеніе настоящаго §, отмѣтимъ *еще одну особенность* нашего процессуальнаго законодательства, хотя и не имѣющую прямого отношенія къ темѣ, которой посвященъ этотъ §, однако, все же настолько характерную, что на ней, во всякомъ случаѣ, стоитъ нѣсколько остановиться.

Припомнимъ, что, согласно ст. 11 Прил. I къ ст. 1400 (прим.) Уст. гражд. суд., вѣдомству мировыхъ судей также подлежатъ „споры о нарушении земельныхъ границъ, *въ случаяхъ, указанныхъ въ пунктъ 2 статьи 29 сего устава*“, и что, согласно той же статьи, „во *всѣхъ прочихъ* случаяхъ дѣла по этимъ спорамъ вѣдаются окружными судами“.

Смыслъ приведенныхъ словъ ст. 11, повидимому, слѣдующій: названные споры о нарушении земельныхъ границъ *должны предъявляться въ мировомъ судѣ, непременно, въ годичный срокъ*, установленный п. 2 ст. 29 Устава гр. суд. для вчиненія собственно владѣльческихъ исковъ; по истеченіи этого срока—мировой судъ уже *некомпетентенъ* въ ихъ разрѣшеніи, вслѣдствіе чего они вѣдаются, съ *указаннаго момента*, лишь окружнымъ судомъ *).

Въ предыдущемъ изложеніи (§ 21) мы сказали уже, что въ ст. 11 содержится, несомнѣнно, *тенденція* къ конструированію упоминаемыхъ ею споровъ о нарушении земельныхъ границъ, въ качествѣ *поссессорныхъ (владѣльческихъ)* исковъ. Однако, указанная тенденція (констатировали мы выше) не получила, въ концѣ концовъ, надлежащаго выраженія въ этой статьѣ 11. Ибо, согласно названной статьѣ, мировые судьи изыскиваютъ—при разборѣ споровъ о нарушении земельныхъ границъ—*„однѣ положенныя генеральнымъ межеваніемъ границы“*, а отнюдь не *границы владѣнія*, какъ можно было бы ожидать, *если бы* упоминаемые въ ней споры о нарушении земельныхъ границъ *были подлинными поссессорными исками.*

Но если, какъ оказывается, названные споры о нарушении земельныхъ границъ *не поссессорные иски* **) (это—иски sui generis;

*) К. Анненковъ. Опытъ комментарія къ уставу гражд. суд., 2-ое изд. т. I, ст. 86.

**) Contra — К. Анненковъ. Онъ характеризуетъ споры о нарушении земельныхъ границъ, именно какъ „дѣла о возстановленіи границъ владѣнія“.

не actiones ли finium regundorum?), то, въ такомъ случаѣ, постановленіе ст. 11 о вчиненіи ихъ въ мировомъ судѣ, непременно, въ годичный срокъ *не можетъ, конечно, не наводить на весьма серьезные размышленія.*

И дѣйствительно. Указанное постановленіе ст. 11,—подобно правилу п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд. о соблюденіи годичнаго срока, при предъявленіи въ мировомъ судѣ исковъ о правѣ участія частнаго,—*нельзя одобрить ни съ какой точки зрѣнія*: ни съ *строго-юридической* точки зрѣнія, ни съ точки зрѣнія *простой цѣлесообразности*, ни, наконецъ, съ *цивильно-политической* точки зрѣнія.

Въ самомъ дѣлѣ, разсмотрѣніе споровъ о нарушении земельныхъ границъ, предусмотрѣнныхъ статьею 11, прямо сводится (по точному смыслу этой статьи) къ простому изысканію *межевыхъ* границъ.

Казалось бы, поэтому, что истеченіе годичнаго срока отнюдь не должно было бы вообще оказывать какого-либо вліянія на самый юридическій характеръ дѣлъ этого рода. Ибо, если „поссессорныя“ изысканія всякаго рода (и въ томъ числѣ границъ) *превращаются*, по истеченіи года, въ „петиторныя“ уже изысканія, слѣд.—изысканія совсѣмъ другого рода,—*чѣмъ и обуславливается перемѣна ихъ подсудности, съ указаннаго срока*,—то вѣдь этого какъ разъ нельзя сказать объ изысканіяхъ *межевыхъ* границъ, *въ смыслѣ ст. 11*; очевидно, что они *остаются, и по истеченіи года, самими собою, т. е. тѣми же „межевыми“* изысканіями, каковыми они были и ранѣе этого срока! Но въ такомъ случаѣ—чѣмъ же другимъ, какъ не какимъ-то вообще недоразумѣніемъ, можно объяснить постановленіе ст. 11 о перемѣнѣ ихъ подсудности, послѣ истеченія годичнаго срока *). Далѣе. Изысканіе *межевыхъ* границъ, въ смыслѣ ст. 11, отнесено названною статьею къ вѣдомству мировыхъ судей, вѣроятно, *въ качествѣ простого, несложнаго дѣла.* Но вѣдь оно, конечно, *не перестаетъ быть таковымъ же, т. е. простымъ, несложнымъ и по истеченіи года!* Слѣдовательно, *и въ этомъ отношеніи (съ точки зрѣнія цѣлесообразности)* не усматривается какой либо необходимости въ перемѣнѣ подсудности дѣлъ подобнаго рода послѣ *указаннаго*

и въ связи съ этимъ, естественно, относить ихъ къ категоріи „вообще иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“. См. указанное сейчасъ нами мѣсто изъ „Комментарія“ этого автора.

*) Такимъ образомъ, указанное правило ст. 11 не выдерживаетъ критики, прежде всего, съ *строго-юридической* точки зрѣнія.

срока. Наконецъ, нельзя одобрить настоящее начало перемѣны под-
судности, также съ *цивильно-политической точки зрѣнія*, по-
тому что, коль скоро нашъ законъ допускаетъ въ принципѣ изы-
сканія межевыхъ границъ, при *содѣйствіи мировыхъ судей*, онъ
долженъ былъ бы, очевидно, не ограничивать (безъ достаточныхъ
основаній), но, напротивъ, по возможности, *содѣйствовать*
наибольше практическому осуществленію такихъ изысканій—
столь благодѣтельныхъ не только для частныхъ лицъ, но и для
всего общества.

На основаніи изложеннаго, мы приходимъ къ тому заключенію,
что настоящее правило ст. 11, несомнѣнно, *столь же несостоя-*
тельно, какъ и аналогичное ему (ранѣе нами рассмотрѣнное) пра-
вило п. 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гр. суд.

Все наше изложеніе показало, такимъ образомъ, что оба эти
правила проистекли изъ *предвзятой* *поссессорной* идеи, заимство-
ванной нашимъ законодателемъ изъ французскаго права, — идеи, со-
вершенно непримѣнимой (но, тѣмъ не менѣе, имъ примѣненной) къ
тѣмъ *непоссессорнымъ* искамъ (искамъ о правѣ участія частного и
спорамъ о нарушеніи земельныхъ границъ), о коихъ упоминается
въ указанныхъ правилахъ.

Вообще нашъ законодатель всегда стремился, какъ мы видѣли,
подчинить упоминаемые пунктомъ 5 (нынѣ 3) ст. 29 Уст. гражд.
суд. *иски о правѣ участія частного*, а равно и называемые
статьею 11 Прил. I къ ст. 1400 (прим.) сего устава *спору о на-*
рушеніи земельныхъ границъ (традиціонный) *„поссессорной“*
доктринѣ, — не взирая на то, что она, по существу дѣла, этимъ „ис-
камъ“ и „спорамъ“ вовсе не свойственна. *Осуществить* эти свои
стремленія ему, какъ общее правило, *не удалось*. Но требованіе
указанной доктрины о соблюденіи годичнаго (поссессорнаго) срока,
при предъявленіи въ мировомъ судѣ также названныхъ (не поссе-
сорныхъ) исковъ, дѣйствительно, *получило признаніе и практи-*
ческое примѣненіе въ нашей процессуальной системѣ.

Само собою разумѣется, что было бы лучше, если бы
также этого не случилось.

Заключеніе.

Въ заключеніе настоящей книги считаемъ полезнымъ замѣтить
еще лишь слѣдующее.

Иски, коимъ посвящено данное сочиненіе, до недавняго вре-
мени назывались исками о правѣ участія частного (старая ихъ
терминологія). Теперь же они носятъ—въ Уставѣ гр. суд.—уже
нѣсколько другое наименованіе: *исковъ о нарушеніи права участія*
частнаго (новая терминологія *).

Въ заглавіи настоящей книги значится именно это послѣднее
ихъ названіе. Что же касается самой книги, то въ первыхъ ея
главахъ (I—II), мы употребляли оба приведенные термина почти
въ одинаковой мѣрѣ, и даже одновременно; но въ послѣдующихъ
главахъ (III—IV), мы примѣняли исключительно лишь прежній
терминъ—иски о правѣ участія частного.

То обстоятельство, что новый терминъ (иски о нарушеніи права
участія частного) не встрѣчается вовсе въ главѣ III настоящей
книги, объясняется, конечно, весьма просто,—самимъ содержаніемъ
названной главы, носящей, по преимуществу, *историческій ха-*
рактер **).

Однако, пользованіе нами и въ дальнѣйшемъ изложеніи въ главѣ
IV—только прежнимъ терминомъ: *иски о правѣ участія частного*,
можетъ также найти себѣ достаточное объясненіе и оправданіе.
Именно, прежній терминъ заслуживаетъ, какъ намъ казалось,
извѣстнаго предпочтенія передъ этимъ,—болѣе новымъ терминомъ,—
въ виду слѣдующихъ соображеній:

Прежде всего, названіе: *иски о правѣ участія частного*, несо-
мнѣнно, освящено уже *историческою традиціею*. Это обстоятель-
ство, уже само по себѣ, давало намъ нѣкоторое основаніе къ тому,

*) Зак. 15 июня 1912 г. о преобр. мѣстн. суда.

**) Эта глава была посвящена нами изученію специально тѣхъ матеріа-
ловъ, относящихся къ судебной реформѣ 1864 г., на почвѣ коихъ именно
возникли, *впервые*, наши *иски о правѣ участія частного*.

чтобы избрать именно его (изъ числа обонхъ названій) и, оконча- тельно на немъ остановившись, только его одного (вмѣсто двухъ названій) и примѣнять, для удобства изложенія, въ послѣдующей главѣ IV.

Тѣмъ болѣе, что старый терминъ: иски о правѣ участія частнаго, и *болѣе кратокъ*, чѣмъ новый: иски о нарушеніи права участія частнаго.

Къ сказанному необходимо, однако, добавить, что, основываясь исключительно лишь на приведенныхъ соображеніяхъ (исторической освященности прежняго термина и болѣшей его краткости), мы во всякомъ случаѣ, *не рѣшились бы на полное упраздненіе* введеннаго закономъ 15 іюня 1912 г. о преобр. мѣстн. суда *новаго* термина, если бы, въ данномъ случаѣ, не было на лицо тѣхъ самыхъ обстоятельствъ, оправдывающихъ такой нашъ образъ дѣйствій, о коихъ мы уже говорили въ предыдущемъ изложеніи.

Существо же ихъ состоитъ, какъ припомнимъ, въ слѣдующемъ:

Комиссія Государственной Думы по судебнымъ реформамъ измѣнила (при созданіи закона о мѣстномъ судѣ) редакцію прежняго п. 5 ст. 29 Уст. гр. суд., включивъ въ него выраженіе: „нарушеніе“. Последнее было заимствовано комиссіею, повидимому, изъ тѣхъ соображеній (= „разсужденія“) редакторовъ Устава гражд. суд., на коихъ основано правило п. 5 ст. 29. Еще раньше—оно фигурировало въ Проектѣ: „споры о *нарушеніи* правъ сосѣда при постройкѣ домовъ и проч.“

Выраженіе „нарушеніе“ какъ будто бы всегда имѣло какой то свой, особенный,—*сокровенный* смыслъ *). По крайней мѣрѣ, и въ Проектѣ, и въ указанныхъ соображеніяхъ (мотивахъ) къ Уставу оно, корреспондируя выраженію: „завладѣніе“, не было лишь простымъ, мало что обозначающимъ выраженіемъ,—но служило какъ бы самымъ *терминомъ* особой—*поссessorной*—доктрины, когда послѣдняя примѣнялась (по недоразумѣнію, конечно) къ нашимъ (непоссessorнымъ) искамъ.

И дѣйствительно, какъ мы убѣдились, не только составители Проекта, но и редакторы Устава, столь часто употреблявшіе, кетати сказать, это слово: „нарушеніе“ въ своемъ „разсужденіи“ **), мыслили: первые — споры о нарушеніи правъ сосѣда при по-

*) Ср. еще Code de procédure civile, § 23: Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées, dans l'année du trouble.

**) Текстъ его приведенъ въ § 6 этой книги.

стройкѣ домовъ и проч., вторые—иски о правѣ участія частнаго,—именно, какъ поссessorные иски.

Но *теоретически* представляя себѣ столь одинаковымъ образомъ указанные иски, тѣ и другіе всетаки поступили—*на практикѣ*—*совершенно различно*. Составители Проекта, *дѣйствительно, примѣнили* (въ Проектѣ) поссessorныя начала къ своимъ спорамъ о нарушеніи правъ сосѣда при постройкѣ домовъ, и, слѣд., *въ полной мѣрѣ осуществили* (въ Проектѣ) свои поссessorныя тенденціи.

Напротивъ, редакторы Устава *этого не сдѣлали* по какой-то причинѣ. Они не пошли въ этомъ случаѣ далѣе *однихъ лишь „поссessorныхъ намѣреній“*. Въ результатѣ сего, и въ системѣ Устава, иски о правѣ участія частнаго остались, *къ счастью*, тѣми самыми исками, какими они и должны быть, по своей юридической природѣ,—т. е. личными, или обязательственными (а не поссessorными) исками.

Комиссія Госуд. Думы по суд. реф. рѣшила тогда исправить эту ошибку, какъ она думала, допущенную редакторами Устава. Поэтому, названная комиссія включила въ самое названіе: иски о правѣ участія частнаго, это *многозначительное* слово: „нарушеніе“. Но одновременно съ этимъ, комиссія оставила *въ полной неприкосновенности* самую процессуальную систему Устава, имѣющую отношеніе къ настоящимъ искамъ.

Сама комиссія, правда, придавала очень большое (и во всякомъ случаѣ, принципиальное) значеніе, какъ мы убѣдились, указанному своему редакціонному нововведенію, считая, что только при посредствѣ его опредѣленнымъ образомъ подчеркивается *владѣльческій* характеръ исковъ о защитѣ правъ участія частнаго, будто бы присущій (по мнѣнію комиссіи) названнымъ искамъ.

Однако, большинство нашихъ юристовъ *не одобрило*, какъ мы видѣли, этого законодательнаго опыта комиссіи. Оно даже нашло, что самая попытка ея ввести нѣчто новое въ п. 5 ст. 29 *вовсе не увѣнчалась какимъ либо успѣхомъ*, потому что иски о нарушеніи права участія частнаго, подобно искамъ о правѣ участія частнаго, суть также иски о самомъ правѣ, „петиторные“, и что, слѣдовательно, первые, по существу дѣла, *вполнѣ тождественны* вторымъ.

Обсуждая выше это мнѣніе большинства нашихъ юристовъ и, одновременно съ этимъ, исходя изъ своихъ собственныхъ воззрѣній на юридическую природу исковъ, направленныхъ на защиту сосѣд-

скихъ правъ, мы должны были, конечно, сдѣлать въ немъ весьма существенную *поправку*, — въ томъ смыслѣ, чтобы признать, что иски о нарушеніи права участія частнаго, какъ и (прежніе) иски о правѣ участія частнаго, суть личные, или обязательственные (сосѣдскіе) иски, а не петиторные (вещные), какъ думаетъ указанное большинство. *Во всемъ же остальномъ мы совершенно согласились съ этимъ его мнѣніемъ.*

Въ частности же, и мы признали, что иски о нарушеніи права участія частнаго, во всякомъ случаѣ, *вполнѣ тождественны* искамъ о правѣ участія частнаго.

Но въ такомъ случаѣ, уже съ того момента, какъ мы это констатировали, для насъ *отпала*, въ сущности, необходимость придерживаться, непременно, новой законодательной терминологіи, — *и мы приобрѣли, собственно говоря, тогда же право вернуться къ прежней терминологіи.*

Это и было осуществлено нами впоследствии, при изложеніи III и IV главъ настоящей книги.

Само собою разумѣется, что и прежній терминъ: иски о правѣ участія частнаго, *отнюдь не можетъ быть признанъ, самъ по себѣ, безукоризненнымъ.* Достаточно неудачно уже хотя бы одно это, содержащееся въ немъ, выраженіе: „право участія частнаго“ *болѣе подходящее для обозначенія собственно сервитутовъ, чѣмъ сосѣдскихъ правъ* *). Затѣмъ, самый настоящій терминъ: иски о правѣ участія частнаго, отличается *вообще какою то неопредѣленностью, почти загадочностью и проч.* **).

Но не взирая на эти свои недостатки (свойственные, кстати сказать, также новому термину), прежній терминъ всетаки имѣетъ, по нашему убѣжденію, *одно весьма существенное преимущество—сравнительно съ новымъ терминомъ.* Это его преимущество заключается въ томъ, что онъ, вообще говоря, лишенъ *тенденціозной („поссessorной“) окраски, явно присущей, къ сожалѣнію, послѣднему.*

*) См. объ этомъ выше.

***) Ср. замѣчаніе сенатора дѣйств. тайн. сов. А. М. Безобразова на Проектъ Устава гражд. суд., по поводу отнесенія имъ исковъ о правѣ участія частнаго къ вѣдомству мировыхъ судей: „Неясно выражено: въ чемъ участіе? и какіе именно иски по этой категоріи подлежатъ Мировому суду?“ (Библ. Госуд. Сов.—„Матеріалы по судебному преобразованію 1864 г.“ т. LV).

Дѣйствительно, новый терминъ: иски о нарушеніи права участія частнаго, какъ мы сказали, стремится (хотя и тиетно) вызвать изъ прошлаго давнишнюю „поссessorную“ идею и вновь ее оживить. Но *вліяніе или воздѣйствіе* такой идеи на мышленіе автора и читателя—въ процессѣ выясненія и изложенія основныхъ началъ ученія объ искахъ о правѣ участія частнаго *) — *можетъ принести, какъ показываетъ опытъ, одинъ лишь вредъ.* Ограждаясь, поэтому, отъ такого (вреднаго) вліянія или воздѣйствія указанной идеи, мы, естественно, вовсе отказались отъ пользованія новымъ терминомъ и предпочли ему прежній.

Тѣмъ болѣе, что сама же комиссія явно обнаружила, какъ было показано въ своемъ мѣстѣ, *неправильное пониманіе* юридической сущности исковъ о правѣ участія частнаго, или, по ея терминологіи, исковъ о нарушеніи права участія частнаго.

Вѣдь это—такъ называемые, *сосѣдскіе* иски. Ихъ конструкція, въ качествѣ подлинныхъ *владѣльческихъ* (не квази-владѣльческихъ) исковъ, сама по себѣ вполнѣ мыслима, хотя подобная конструкція и является, очевидно, совершенно искусственною. Во всякомъ же случаѣ, въ исторіи законодательства не разъ бывали случаи, какъ мы въ томъ убѣдились, такого именно конструирования этихъ исковъ.

Однако, комиссія ошибочно разумѣла подъ исками о правѣ участія частнаго отнюдь не подлинные сосѣдскіе иски (какъ надлежало), а *сервитутные* иски. Подчеркивая же собственно *владѣльческой* характеръ исковъ о правѣ участія частнаго, комиссія понимала подъ ними, несомнѣнно, иски, направленные на защиту *владѣнія сервитутами.* Придерживаясь именно указанного образа мышленія, она и *переименовала* ихъ въ иски о нарушеніи права участія частнаго.

Въ виду всего вышеизложеннаго, *этимъ терминомъ,—созданнымъ комиссіею для обозначенія собственно квази-поссessorныхъ—сервитутныхъ—исковъ,—въ примѣненіи къ подлиннымъ сосѣдскимъ искамъ, каковыми являются наши иски о правѣ участія частнаго, лучше—по крайней мѣрѣ, съ научной точки зрѣнія—не пользоваться.*

*) См., въ особенности, главу IV этой книги.

О П Е Ч А Т К И:

Стр.	Строка	Напечатано:	Слѣдуетъ читать:
29	9 сверху	тенденцію	тенденцію
"	21 "	со, съдей	сосѣдей
44	12 "	вѣсскій	вѣскій
50	1 "	перь слово	слово
54	3 снизу	процесса	права
93	16 сверху	опасности	опасности
112	3 "	постановляеть	постановляютъ
130	8 "	поц—	поц—
132	6 "	оецгве	оецгве
142	10 и 21 сверху 9 и 12 снизу	l'actio	l'action
233	5 снизу	ошпбочное	ошибочное
241	9 сверху	полѣдовательно	последовательно
247	13 "	соединеніе бы	соединеніе
251	3 "	ткаимъ	такимъ
300	11 снизу	разумѣть,	разумѣть