

157

1955

Библиографический
отдел

77795(20)

E-59

Проф. В. Б. Ельшевичъ.

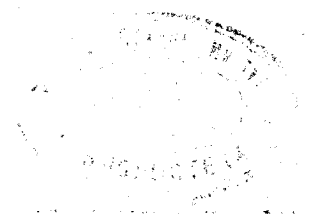
ПРАВО УЧАСТІЯ ЧАСТНАГО

И ЕГО

51660

6376

ЗАЩИТА.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія т-ва „Общественная Польза“, В. Подъяческая, 39.

1914.

347.32

E 597.

7ГП95
E 597

Право участія частного и его защита.

I.

1-е января настоящаго года—день, для нашихъ судебныхъ дѣятелей значительный и многотрудный. Онъ принесъ съ собою не только въ десяти южныхъ и югозападныхъ губерніяхъ, но и повсемѣстно въ Россіи, рядъ новеллъ, связанныхъ съ зак. 15 іюня 1912 г. о мѣстномъ судѣ. Приходится разставаться со старыми, привычными формами, усваивать новое, подчасъ сложное, подчасъ неудобопонятное. Острымъ становится положеніе тогда, когда новыя постановленія по своей формѣ или своему содержанию вызываютъ сомнѣнія, порождаютъ споры. Былъ ли недостаточенъ срокъ, данный русскимъ юристамъ для ознакомленія съ новымъ закономъ, или въ томъ повинна нѣкоторая косность нашей научной мысли, но эти спорные вопросы остались до сихъ поръ мало освѣщенными, а иногда даже и не намѣченными, и практикѣ приходится примѣнять, не разобравшись, не выяснивъ сомнѣній ¹⁾).

¹⁾ На одинъ такой сомнительный, практически крайне важный, но въ литературѣ, какъ кажется, еще не отмѣченный пунктъ, да позволено здѣсь будетъ попутно обратить вниманіе. Новая ст. 55¹ отсылаетъ по вопросу объ опредѣленіи дѣны иска въ низшихъ судебныхъ установленіяхъ къ ст. 273. Въ послѣднюю же введенъ новый, 6-й пунктъ, гласящій: „дѣна иска опредѣляется... 6) въ искахъ о прекращеніи или продолженіи силы аренднаго договора — суммою арендной платы за одинъ годъ“. Это, согласно мотивамъ, одно изъ нововведеній, направленныхъ на ускореніе и упрощеніе судопроизводства. Дѣйствительно, когда дѣло идетъ о многолѣтнемъ арендномъ договорѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ будетъ достигнуто ускореніе: дѣло окажется подвѣдомственнымъ мировому суду вмѣсто окружнаго. Но редакторы новаго закона упустили изъ виду обычный въ практикѣ случай, когда дѣло идетъ о расторженіи договора за нѣсколько мѣсяцевъ до его окончанія по неплатежу арендной суммы. До сихъ поръ дѣна такого иска опредѣлялась суммою оставшихся платежей, теперь же, по буквальному смыслу п. 6-го, будетъ опредѣляться арендною платою за весь годъ. На практикѣ это значитъ, что громадная часть такихъ исковъ окажется подвѣдомственной окруж-

Среди таких спорных вопросов очутились и «иски о нарушении права участия частного» ст. 29 п. 3. Авторъ настоящихъ строкъ, обозрѣвая матеріально-правовыя нормы въ законѣ о мѣстномъ судѣ¹⁾, высказалъ мнѣніе, что, вопреки намѣренію комиссіи Государственной Думы, незначительное редакціонное измѣненіе въ текстѣ этого пункта никакого реального значенія не имѣетъ; положенія, которое, согласно господствующему возрѣнію и сенатской практикѣ, является нашимъ дѣйствующимъ правомъ, оно не мѣняетъ, да и измѣнить не можетъ; иски о правѣ участия частного какъ были, такъ и останутся настоящими петиторными исками, направленными на установленіе и возстанвленіе правового положенія, а не простого фактическаго состоянія.

Это мнѣніе встрѣтило возраженіе со стороны сенатора В. Л. Исаченко²⁾, который еще раньше привѣтствовалъ измѣненіе редакціи п. 3 ст. 29, совершенное думской комиссіей³⁾. Подчиненіе «исковъ о правѣ участия частного» мировымъ установленіямъ послѣдовало «просто по ошибкѣ» редакторовъ устава 20 ноября 1864 г. (стр. 22), и представляетъ «очевидную непослѣдовательность» въ сопоставленіи съ правиломъ 1 п. 31 ст., по которому иски ни о какомъ правѣ на недвижимыя мировымъ установленіямъ не подвѣдомы (стр. 17). Сенатъ, видя въ этихъ искахъ иски вотчинные, петиторные, слѣдуетъ буквѣ закона (стр. 18—19), которая въ данномъ случаѣ противорѣчитъ его внутреннему разуму (стр. 20). Въ дѣйствительности, эти иски имѣютъ своимъ предметомъ споры о фактѣ, а не о правѣ (стр. 22), предъявляются на защиту не права, а факта, факта пользованія извѣстнымъ правомъ (стр. 26). В. Л. Исаченко допускаетъ, что теоретически, можетъ быть, ихъ не слѣдуетъ обозначать, какъ вла-

ному суду, а не мировому. вмѣсто упрощенія и ускоренія получается осложненіе и замедленіе, въ тѣхъ же случаяхъ, когда до срока окончанія договора остается сравнительно немного времени, самый искъ о расторженіи договора и выселеніи арендатора ставится безцѣльнымъ—срокъ истечетъ раньше, нежели судъ назначитъ дѣло къ слушанію. Поставленія о понудительномъ исполненіи по актамъ (ст. 161¹ сл.) могутъ помочь дѣлу только тогда, когда договоры совершены нотаріальнымъ порядкомъ — случай далеко не частый.—Несомнѣнно, редакторы упустили прибавить къ п. 6 оговорку: кромѣ случаевъ, когда до истеченія срока осталось меньше года,

¹⁾ Вѣстн. Гражд. Права, 1913 г., № 3, стр. 48—51.

²⁾ Вѣстн. Гражд. Права, 1913 г., № 8, стр. 13—28.

³⁾ Вѣстн. Гражд. Права, 1913 г., № 1, стр. 27 сл.

дѣльческіе иски (стр. 22)¹⁾, но это во всякомъ случаѣ не петиторные иски, и противоположеніе: иски петиторные, или вотчинные, и поссессорные, или владѣльческіе, не можетъ быть признано по нашему праву исчерпывающимъ (стр. 25—26). Поэтому онъ привѣтствуетъ измѣненіе редакціи, произведенное въ п. 3 ст. 29 комиссіей Государственной Думы, и надѣется, что оно положитъ предѣлъ постояннымъ колебаніямъ судебной практики (стр. 21), хотя признаетъ и въ новой формулировкѣ недостатки и нѣкоторую незаконченность.

Разногласіе, возбуждаемое п. 3 ст. 29, не теоретическаго характера. Споръ идетъ не о теоретической конструкціи этихъ исковъ, тѣмъ болѣе не о словахъ — слѣдуетъ ли обозначать эти иски именемъ владѣльческихъ или какимъ либо другимъ, — а о самой природѣ ихъ, и является вопросомъ непосредственной практической важности. Что подлежитъ изслѣдованію въ этомъ процессѣ — правовое положеніе, вопросъ, вправѣ ли былъ отвѣтчикъ предпринять совершенныя имъ дѣйствія, или же только, какъ утверждаетъ В. Л. Исаченко (ст. 25—27), установленіе «факта пользованія спорнымъ правомъ и факта его нарушенія»? И далѣе. Если мы имѣемъ дѣло съ чѣмъ то аналогичнымъ владѣльческому иску, то рѣшеніе по этому иску не препятствуетъ вчатію петиторнаго иска, иска о самомъ правѣ, по принадлежности. Если же это и былъ петиторный искъ, то окончательное рѣшеніе мирового суда создаетъ *res iudicata*: ни для какого дальнѣйшаго иска въ этомъ дѣлѣ не остается уже мѣста.—Авторитетъ, которымъ заслуженно пользуется В. Л. Исаченко, какъ комментаторъ нашихъ процессуальныхъ законовъ, и опасность, что этотъ авторитетъ, вмѣстѣ съ неосторожной и непродуманной мотивировкой, данной думской комиссіей въ своемъ докладѣ, могутъ сбить того или иного изъ судебныхъ дѣятелей съ единственно правильнаго пути, установленнаго сенатомъ, заставляютъ еще разъ вернуться къ вопросу.

Съ моей точки зрѣнія, если исходить не изъ апіорнаго, основаннаго на этимологіи слова, понятія права участия частного, а брать то реальное содержаніе, которое вложено въ это понятіе нашими гражданскими законами, вопросъ о природѣ

¹⁾ Въ первой своей статьѣ В. Л. Исаченко называетъ эти иски такими же владѣльческими исками, какъ иски о нарушеніи владѣнія—Вѣстн. Гражд. Права, 1913 г., № 1, стр. 30.

исковъ, предусмотрѣнныхъ п. 3 ст. 29, выясняется самъ собой. Главное содержаніе этого института таково, что по отношенію къ нему раздѣленія вопросовъ о фактическомъ осуществленіи права и наличности самого права, по аналогіи съ фактомъ владѣнія вещью и правомъ на такое владѣніе, рѣчи быть не можетъ; по самой сущности дѣла искъ здѣсь будетъ всегда искомъ петиторнымъ, искомъ о правѣ. Подчиняя эти иски вѣдомству мирового суда, редакторы судебныхъ уставовъ 1864 г. никакой ошибки и никакой непослѣдовательности не допустили, и дѣйствовали совершенно сознательно, по мотивамъ, ясно ими сформулированнымъ. Поэтому и нашъ сенатъ, неуклонно проводя взглядъ на эти иски, какъ петиторные, находится въ полномъ согласіи не только съ буквой, но и съ внутреннимъ смысломъ закона. Новая редакція п. 3 ст. 29 ничего новаго въ себѣ не содержитъ, и не даетъ абсолютно никакихъ поводовъ что либо мнѣять въ установившейся по данному вопросу практикѣ.

Развитію этихъ положеній и посвящены нижеслѣдующія строки.

II.

Что есть право участія частнаго?

Какъ извѣстно, современная догма западно-европейскаго гражданскаго права не знаетъ института, который мы могли бы разсматривать какъ полную аналогію нашему праву участія частнаго. Самая рубрика, куда онъ помѣщенъ: «О правѣ участія въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества», чужда современнымъ гражданскимъ кодексамъ. При рядѣ точекъ соприкосновенія, существующихъ между постановленіями этой рубрики и постановленіями тит. 4 кн. 2-й Code civil: «Des servitudes ou services fonciers», по своимъ основнымъ идеямъ эти два отдѣла принципиально различны. При такихъ условіяхъ по отношенію къ данному институту менѣе, чѣмъ гдѣ либо, умѣстно умозаключать отъ понятія къ содержанію. Мы не можемъ даже, безъ предварительнаго изслѣдованія, принимать, что имѣемъ тутъ дѣло, съ точки зрѣнія современной догматики, съ единымъ институтомъ, а не разнородными явленіями, объединенными лишь по одному признаку.

И дѣйствительно, анализъ ст. 442—451, образующихъ отдѣлъ «право участія частнаго», сразу же вскрываетъ здѣсь наличность элементовъ разнаго порядка.

Центральное ядро составляютъ постановленія, ограничивающія земельного собственника въ совершеніи тѣхъ или иныхъ дѣйствій на его участіи: собственникъ не долженъ строить поварни и печи такъ, чтобы она примыкала къ стѣнѣ сосѣда (ст. 445 п. 1); не долженъ дѣлать ската крыши на его дворъ (ст. 445 п. 3); не долженъ продѣлывать оконъ и дверей въ брандмауерѣ, отдѣляющемъ кровлю смежныхъ зданій (ст. 445 п. 4); не долженъ выводить оконъ на дворъ или крышу сосѣда при постройкѣ дома на самой межѣ (ст. 446 ч. 1 и 447 ч. 3). Все это предѣлы, которые ставить законъ собственнику въ осуществленіи его права собственности. И ставить именно въ интересахъ сосѣдей. Для сосѣдей эти ограниченія выгодны; они устанавливаются, по мысли нашего закона, ихъ «участіе въ выгодахъ чужого имущества». Но сферы ихъ правового обладанія они не расширяютъ, не создаютъ для нихъ правъ на чужое имущество. Законъ ограничиваетъ собственника, но эти ограниченія присущи самому его праву, а не вытекаютъ изъ существованія правъ другихъ лицъ на его вещь. Это то, что теорія называетъ законными ограниченіями собственности въ интересахъ сосѣдей.

Чрезвычайно близко подходят сюда 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. Здѣсь мы опять имѣемъ законныя ограниченія права собственности безъ соотвѣствующихъ правъ другихъ лицъ на это имущество. Разница лишь та, что рѣчь идетъ уже о дѣйствіяхъ, заключающихъ въ себѣ непосредственное воздѣйствіе на чужой участокъ. Такія дѣйствія законъ воспрещаетъ, хотя они совершаются на собственномъ участіи. Къ такого рода дѣйствіямъ принадлежитъ и предусмотрѣнная п. 2 ст. 442 примычка плотины къ противоположному берегу. Въ своей половинѣ рѣки собственникъ участка можетъ возводить плотину, но доводить ее до чужого берега онъ не вправе¹⁾.

Совсѣмъ иной институтъ содержатъ ст. 448—451. Лицо,

¹⁾ Совершенно безсодержательной является ст. 447 ч. 1 и 2: строящій домъ не на межѣ можетъ выводить окна въ сторону сосѣда. Положеніе самоочевидное, чего законъ не воспрещаетъ собственнику, то онъ можетъ дѣлать.

не имѣющее возможности пройти и проѣхать къ своимъ владѣніямъ иначе какъ чрезъ имѣніе другого, имѣетъ *право* требовать отвода дороги чрезъ это имѣніе. То же самое установлено и для дорогъ къ рѣкамъ при измѣненіи теченія рѣки. Здѣсь, при наличности опредѣленныхъ условій, 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. Центр тяжести отношенія лежитъ въ самомъ правѣ на чужую вещь. Мы имѣемъ предъ собой то, что именуется сервитутомъ; и такъ какъ этотъ сервитутъ устанавливается по закону, принудительно, то сервитутъ принудительный, или легальный.

Наконецъ, въ составѣ разсматриваемыхъ статей имѣется еще одинъ институтъ, позднѣйшаго наслоенія, первоначально, въ сводѣ законовъ 1832 г., отсутствовавшій. 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, пріобрѣтаетъ право, котораго у него по закону не было. И это право есть право непосредственно на сосѣдній участокъ, тяготящее на этомъ послѣднемъ, препятствующее владѣльцамъ его «уже заслонять окна сіи новымъ зданіемъ или брандмауеромъ». Въ силу этого договора возникаетъ, такимъ образомъ, настоящее вещное право на чужую вещь, реальный сервитутъ, по содержанию своему нѣсколько болѣе широкій, нежели *servitus ne luminibus officiatur* римскаго права. Вполнѣ естественно, что ст. 446 предписываетъ облекать этотъ договоръ въ крѣпостную форму.—О возможности устранения 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.

Обозрѣвая всѣ эти институты, обнимаемые именемъ права участія частнаго, мы находимъ одинъ моментъ, общій имъ

всѣмъ. Всѣ они одинаково налагаютъ ограниченія на собственника земельного участка. Это какъ разъ тотъ моментъ, который объединяетъ и право участія частнаго съ правомъ участія общаго въ ст. 433¹⁾. Его выдвигаетъ и сенатъ, опредѣляя право участія частнаго: «Подъ правомъ участія частнаго, въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества законъ, какъ показываютъ ст. 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, или силою судебного рѣшенія (?)» (рѣш. 1910 г. № 9).—Въ остальныхъ пунктахъ эти институты между собой расходятся.

III.

П. 5 ст. 29 старой редакціи, говорившій объ искахъ о правѣ участія частнаго, и п. 3 новой редакціи, гласящій «иски о нарушеніи права участія частнаго», одинаково отсылаютъ къ ст. 442, 445—451 зак. гражд., не дѣлая никакихъ дальнѣйшихъ различій. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что какъ тутъ, такъ и тамъ имѣется въ виду одинъ и тотъ же искъ, о какомъ бы институтѣ изъ числа скрывающихся въ этихъ статьяхъ рѣчь ни шла. Единственный общій моментъ во всѣхъ этихъ институтахъ, какъ только что было указано, это—устанавливаемое ими ограниченіе земельного собственника. Естественно, что только этотъ моментъ можетъ имѣть въ виду общій имъ всѣмъ искъ. Этимъ уже априорно опредѣляется его содержаніе. Отвѣтчикомъ по этому иску будетъ всегда земельный собственникъ, нарушившій это ограниченіе, вышедшій за предѣлы своего права²⁾, истцомъ—сосѣдъ, въ интересахъ котораго это ограниченіе установлено. Замѣчательно, что это вполнѣ было осознано сенатомъ и совершенно опредѣленно формулировано имъ: «Эти иски мо-

¹⁾ Ср. *Вормъ и Ельясевичъ*, Законы Гражданскіе, т. 2-й, стр. 336.

²⁾ Можетъ ли быть такимъ отвѣтчикомъ временный владѣлецъ—этотъ вопросъ въ данномъ контекстѣ для меня несущественъ. Для меня важно установить лишь распредѣленіе ролей въ процессѣ. Я отвѣчаю на него утвердительно. Такъ и сенатъ въ рѣш. 1904 г. № 54, 1886 г. № 95 и др., здѣсь цитир.

гуть быть предъявляемы только такими лицами, которыя въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ (442 и послѣдующ. 1 ч. X т. св. закона гражд.) пользовались или считаютъ себя въ правѣ пользоваться правомъ участія частнаго, и въ осуществленію котораго они встрѣчаютъ препятствіе со стороны собственника имѣнія. Этотъ послѣдній въ дѣлахъ сего рода можетъ являться лишь въ качествѣ отвѣтчика, потому что правонарушенія, предусмотрѣннаго 5 п. 29 ст. уст. гражд. судопр., въ отношеніи къ собственнику имѣнія со стороны лица посторонняго послѣдовать не можетъ» (рѣш. 1892 г. № 92; такъ же въ рѣш. 1889 г. № 91, 1882 г. № 143, 1879 г. № 302 и 304). Или: «Здѣсь истецъ обвиняетъ отвѣтчика не въ отнятіи у него имѣнія, не въ нарушеніи спокойнаго обладанія онымъ, а 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» (рѣш. 1899 г. № 74).

Уже въ послѣднихъ словахъ мы находимъ у сената ясное разграниченіе между исками о правѣ участія частнаго и предусмотрѣнными въ п. 4 (нынѣ 2) ст. 29 владѣльческими исками. Первые должны держать собственника въ предѣлахъ его правомочій, охранять лицъ, непосредственно заинтересованныхъ, отъ эксцессовъ съ его стороны. Вторые, напротивъ, призваны охранять собственника, какъ и всякаго обладателя земли, отъ посягательствъ со стороны третьихъ. «Въ искахъ по п. 4 ст. 29 уст. гражд. судопр. истецъ охраняетъ цѣлость своего недвижимаго имѣнія и спокойное обладаніе онымъ, а въ искахъ по п. 5 той же статьи требованія истца направлены не къ охранѣ его собственнаго недвижимаго имѣнія, а къ охранѣ правъ, принадлежащихъ ему въ чужомъ имѣніи»¹⁾ прибавимъ, отъ дѣйствій со стороны собственника. Въ владѣльческихъ искахъ собственникъ всегда истецъ, въ искахъ о правѣ участія частнаго онъ можетъ быть лишь отвѣтчикомъ. Утверждать, что иски, вытекающіе изъ нарушенія постановленій ст. 442 и 446, являются скорѣе исками о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, что они направлены на защиту не права участія частнаго, а права владѣльцевъ недвижимыхъ имѣній отъ посягательствъ на таковое²⁾, значитъ не только

1) Рѣш. 1899 г. № 74.

2) Вѣстн. Гражд. Права, 1913 г., № 8, стр. 15 и 16.

стирать грань между п. п. 4 и 5 ст. 29, но и игнорировать сущность постановленій о правѣ участія частнаго. Всѣ они, въ томъ числѣ и ст. 442 и 446, направлены противъ собственника земельного участка, ставятъ ему границы, и могутъ быть нарушены только имъ. Поднимая запрудами воду въ рѣкѣ, устраивая окна въ брандмауерѣ или скать во дворъ сосѣда, выливая туда воду, земельный собственникъ предпринимаетъ дѣйствія на своемъ участкѣ. Законъ запрещаетъ ему эти дѣйствія, стѣсняятъ его здѣсь¹⁾, и то обстоятельство, что запрещеніе это вызвано неудобствами, причиняемыми этими дѣйствіями сосѣду, составляетъ лишь законодательный мотивъ постановленія, но никакъ не его юридическое содержаніе.

И напрасно г. Исаченко, подобно судебной комиссіи Государственной Думы, указываетъ на колебанія сената по этому вопросу²⁾. Абсолютно никакихъ колебаній въ этомъ пунктѣ мы у сената не найдемъ. Какъ разъ въ цитируемыхъ г. Исаченко, вслѣдъ за думской комиссіей, рѣшеніяхъ 1879 г. № 302, 1882 г. № 143 и 1892 г. № 92—сенатъ ясно, правильно и въ соответствіи съ другими рѣшеніями разграничиваетъ иски о правѣ участія частнаго и иски владѣльческіе: «Въ подобнаго рода дѣлахъ (по п. 5 ст. 29) собственникъ имѣнія можетъ принимать участіе не иначе, какъ въ качествѣ отвѣтчика, ибо правонарушенія, предусмотрѣннаго въ п. 5 ст. 25 уст. гражд. судопр., въ отношеніи къ собственнику имѣнія со стороны лица посторонняго послѣдовать не можетъ. Въ свою очередь, собственникъ, владѣющій имѣніемъ по праву собственности, 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. гражд. судопр.».

Итакъ, 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. Собственникъ обязанъ воздерживаться отъ ряда дѣйствій: не вы-

1) Совершенно аналогично § 906 герм. гражд. улож.

2) Вѣстн. Гражд. Права, цит. мѣсто, стр. 18.

водить оконъ на дворъ сосѣда, не дѣлать ската крыши въ ту сторону, не лить воду, не подымать запрудами теченія воды, и т. п. Я нахожу, что мой сосѣдъ своими дѣйствіями нарушилъ эти ограниченія, вышелъ за законные предѣлы. Что долженъ установить здѣсь судъ? Одного доказательства *факта*, что до сихъ поръ сосѣдъ подобныхъ дѣйствій не предпринималъ, а теперь ихъ совершилъ къ моей невыгодѣ, еще со-всѣмъ недостаточно. До сихъ поръ мой сосѣдъ не застраивалъ участка, а теперь застроилъ, и тѣмъ лишилъ меня вида на рѣчку, или даже необходимаго свѣта; до сихъ поръ на его участкѣ были немѣшавшіе мнѣ огороды, а теперь фабрика, отравляющая мнѣ жизнь. Судъ не можетъ довольствоваться голымъ установленіемъ этихъ фактовъ, чтобы заставить сосѣда прекратить эти дѣйствія. Ему надо еще установить, что сосѣдъ не *вправѣ* былъ совершить эти дѣйствія, что они почему-либо выходятъ за предѣлы его правомочій, другими словами, изслѣдовать вопросъ права, а не только факта. Пока не будетъ изслѣдовано правовое положеніе, пока не будетъ установлена наличность нарушенія дѣйствіями собственника постановленій закона, предъ судомъ будетъ лишь осуществленіе собственникомъ его права собственности, въ которое судъ не имѣетъ основанія вмѣшаться. Фокинъ устроилъ въ стѣнѣ своего каменнаго дома, находящагося на самой межѣ, три отверстія, выходящія на дворъ Молошниковой, и задѣлалъ ихъ стеклянными пустотѣльными прозрачными кирпичами. Молошникова обратилась въ судъ съ искомъ объ обязаніи Фокина задѣлать эти отверстія наглухо кирпичемъ (рѣш. 1905 г. № 38). Нельзя же было здѣсь ставить вопросъ такъ: доказанъ ли фактъ, что до сихъ поръ Молошникова «осуществляла» свое право участія частнаго, попросту говоря, что Фокинъ не имѣлъ на межѣ стѣны съ тремя отверстиями, и если такой фактъ доказанъ, то признать отверстия подлежащими задѣлкѣ. Отчего бы тогда сразу не признать на томъ же основаніи, что и стѣна подлежитъ сносу, ибо и ея раньше не существовало? До наглядности очевидно, что рѣчь только и могла идти о томъ, *вправѣ* ли былъ Фокинъ устраивать въ стѣнѣ на межѣ отверстія съ стеклянными кирпичами, или нѣтъ, подпадаетъ ли это дѣйствіе подъ постановленіе п. 4 ст. 446, воспрещающее устраивать окна въ брандмауерѣ. И этотъ вопросъ—являются ли подобныя отверстія окнами—только и рѣшался судомъ во всѣхъ инстанціяхъ.

Иски о правѣ участія частнаго суть по существу, по крайней мѣрѣ, для данной категоріи права участія частнаго, иски о правѣ, иски петиторные 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 иста въ выгодахъ имѣнія отвѣтчика» (рѣш. 1899 г. № 74, также 1879 г. № 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 статьи 29, не только господствующее мнѣніе¹⁾, но и нѣчто большее—логическую необходимость: признаніе этихъ исковъ исками владѣльческими, о фактъ, означало бы извращеніе самой природы института права участія частнаго, какъ законныхъ ограниченій собственности.

Въ сущности, этимъ вопросъ рѣшается. Искъ, предусматриваемый п. 5 (нынѣ 3) ст. 29, есть искъ единый. Если для одной группы явленій, затрагиваемыхъ этимъ искомъ, онъ по необходимости есть искъ петиторный, онъ неизбѣжно будетъ таковымъ и для всѣхъ другихъ явленій, подводимыхъ подъ понятіе права участія частнаго, хотя бы теоретически владѣльческій искъ былъ самъ по себѣ тамъ мыслимъ. Однако, можно показать, что и по характеру этихъ другихъ явленій искъ ст. 29, п. 5 долженъ быть признанъ петиторнымъ.

Выше было указано, что, кромѣ законныхъ ограниченій собственности, статьи о правѣ участія частнаго обнимаютъ принудительные и нѣкоторые договорные сервитуты. Первые изъ нихъ, предусмотрѣнные ст. 448—451, суть дорожные сервитуты; владѣлецъ земли или промысла (хотя бы временный—рѣш. 1876 г. № 180), если онъ отрѣзанъ отъ дороги или, благодаря измѣненію теченія рѣки, отъ этой послѣдней, имѣетъ право проходить и проѣзжать чрезъ чужіе участки, лежащіе между нимъ и дорогой и рѣкой. Этотъ институтъ законы гражданскіе помѣщаютъ рядомъ съ законными ограниченіями собственности, ибо они подходятъ къ нему съ точки

¹⁾ Лишь немногіе авторы поставили этотъ вопросъ (не поставленъ онъ даже у *Анненкова*, Система русск. гражд. права, т. 2, изд. 2-е, стр. 388). Изъ поставившихъ признаютъ петиторный характеръ иска *Лободоносцевъ*, Курсъ, ч. I, 1896 г., стр. 170; *Кассо*, Русское поземельное право, стр. 213; *Гуляевъ*, Вопросы права, 1912 г., кн. 2, стр. 34 и 50, иначе Русское гражд. право, стр. 166.

зрѣнія ограниченія, налагаемаго имъ на собственниковъ обремененныхъ участковъ. «Право, предоставленное 448 ст. зак. гражд., является ограниченіемъ права собственности, установленнымъ въ пользу владѣльца другого имѣнія...» (рѣш. 1902 г. № 7). Наши законы обозначаютъ его именемъ права участія частнаго потому и постольку, поскольку онъ ограничиваетъ, связываетъ собственника обремененнаго участка въ пользу другого лица. Поэтому искъ о правѣ участія частнаго и здѣсь есть искъ противъ этого собственника—послѣдній можетъ выступать въ этомъ искѣ лишь въ качествѣ отвѣтчика¹⁾). Но мыслимъ двоякій искъ такого рода: можно искать объ установленіи подобной дороги впервые; но возможенъ и искъ объ огражденіи истца, уже пользовавшагося дорогой, отъ дѣйствій собственника имѣнія, препятствующаго ему въ осуществленіи права. Какой же искъ имѣлъ въ виду п. 5 ст. 29? Сенатъ категорически отвѣчаетъ на это въ послѣднемъ смыслѣ. «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 предъявленъ 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. гр. суд., не подлежитъ вѣдомству мирового судьи (рѣш. 1910 г. № 8, ср. уже 1869 г. № 627). Однако, и этотъ искъ—о возстановленіи нарушеннаго права прохода—можно предъявить лишь при предположеніи, что истецъ можетъ доказать свое право на проходъ по чужой землѣ. Одного факта, что онъ проходилъ до сихъ поръ, для обоснованія иска мало. Устанавливая принудительно сервитутъ прохода, законъ налагаетъ крайне серьезное ограниченіе на собственника обремененнаго участка, но налагаетъ лишь при наличности строго опредѣленныхъ условій. Необходимо доказать наличность этихъ условій, чтобы судъ за-

¹⁾ См. выше, стр. 24, и рѣш. 1874 г. № 380.

ставилъ собственника терпѣть дальнѣйшее обремененіе его участка. Такъ и смотритъ неизмѣнно сенатъ: удовлетворить искъ судъ можетъ, лишь если признаетъ, что означенная дорога учреждена подлежащей властью и показана на планѣ или что дорога эта необходима, какъ единственный проѣздъ въ известную дачу (рѣш. 1902 г. № 7, 1887 г. № 10, 1886 г. № 87, 1881 г. № 173, 1878 г. № 10, 1875 г. № 567, 277 и 137, 1870 № 1209): признаніе достаточнымъ одного «факта участія частнаго, а не права на оное», какъ выразится сенатъ, есть нарушеніе точнаго смысла п. 5. ст. 29 (рѣш. 1875 г. № 616).

Остаются договорные сервитуты: одинъ изъ нихъ предусмотрѣнъ ч. 2 ст. 446, на другой намекаетъ п. 2 ст. 442. Дѣло идетъ о соглашеніи, въ силу котораго собственникъ участка освобождается отъ тяготѣвшаго на немъ ограниченія и пріобрѣтаетъ возможность воздѣйствовать этимъ путемъ на сосѣдній участокъ: выводить туда окна и требовать, чтобы ему не загоразивали свѣта, примыкать плотину къ чужому берегу. Можно вообще усумниться, распространяется ли п. 5 ст. 29 и на эти отношенія. За утвердительный отвѣтъ безусловно говоритъ буквальный смыслъ постановленія. Но и помимо того, если предположить, что п. 5 ст. 29 сюда не относится, то для этихъ исковъ вообще не окажется мѣста въ системѣ уст. гражд. судопр.: подъ иски о правѣ собственности или о правѣ владѣнія недвижимостью п. 1 ст. 31 они во всякомъ случаѣ не подходятъ. Такъ смотритъ и сенатъ. Дѣла, связанныя съ такими договорными сервитутами, рѣшаются въ мировыхъ учрежденіяхъ (рѣш. 1873 г. № 604, 1874 г. № 27—примѣнительно къ п. 2 ст. 442, рѣш. 1906 г. № 86, 1895 г. № 64, 1889 г. № 40—примѣнительно къ ч. 2 ст. 446). Но и здѣсь то же явленіе: такіе иски разсматриваются какъ иски о правѣ участія частнаго, поскольку подходятъ къ даннымъ отношеніямъ съ точки зрѣнія ограниченій, налагаемыхъ ими на собственника, поскольку рѣчь идетъ объ искѣ противъ собственника. Иски же собственниковъ объ отмычкѣ плотины, примкнутой неправомѣрно къ ихъ берегу, суть иски, предусмотрѣнные п. 1 ст. 31, и подлежатъ вѣдѣнію общихъ судебныхъ установленій (ср. рѣш. 1903 г. № 27, 1874 г. № 823).—Что касается характера этого иска, направленаго на защиту обладателя сервитута противъ собственника, то сенатъ послѣ-

довательно признаетъ его петиторнымъ (см. рѣш. 1874 г. № 27 и др., цит. выше). И онъ не могъ стать на другую точку зрѣнія, не могъ допустить иска, основаннаго на доказательствѣ одного факта осуществленія сервитутнаго права, ибо онъ самъ постоянно повторяетъ, что «нашему закону чуждо понятіе владѣнія правами» (рѣш. 1903 г. № 31). Признаетъ это послѣднее положеніе и В. Л. Исаченко. Но отрицать существованіе у насъ владѣнія правами и въ то же время допускать по отношенію къ этому праву искъ, по существу своему владѣльческой, значитъ впадать въ безвыходное противорѣчіе: и исторически, и догматически владѣльческая защита есть первое и преимущественное проявленіе владѣнія правами.

И такъ искъ о правѣ участія частнаго есть во всѣхъ сферахъ его примѣненія искъ о правѣ. Отсюда съ неизбѣжностью слѣдуетъ одинъ важный практической выводъ: вступившее въ законную силу рѣшеніе мировыхъ учреждений по иску о правѣ участія частнаго 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)¹⁾. Въ этомъ принципиальное различіе этихъ исковъ отъ владѣльческихъ; иски владѣльческіе не исключаютъ петиторныхъ; иски о правѣ участія частнаго, какъ петиторные, другого петиторнаго иска рядомъ съ собой не терпятъ.

IV.

Какъ же случилось, что такіе иски, несомнѣнно петиторнаго характера, оказались подчиненными вѣдомству мировой юстиціи? Нѣтъ ли тутъ уклоненія отъ «общаго правила», изображеннаго въ п. 1 ст. 31, уклоненія, которое можетъ быть объяснено только ошибкой редакторовъ судебныхъ уставовъ, или, по крайней мѣрѣ, очевидной непослѣдовательностью?

Безпристрастное разсмотрѣніе мотивовъ, которыми редакторы руководилась, да и самаго текста закона, показываетъ, что ни объ ошибкахъ, ни о непослѣдовательности говорить здѣсь не приходится. П. 1 ст. 31 уст. гражд. суд. 1864 г. устанавливаетъ положеніе, что вѣдомству мирового судьи не подлежатъ «иски о правѣ собственности или о правѣ на владѣніе недвижимостью, утвержденномъ на формаль-

¹⁾ Цитировано у Исаченко, стр. 19.

номъ актѣ». Это положеніе не рѣшало и не предрѣшало вопроса, куда слѣдуетъ отнести дѣла о нарушеніи земельнымъ собственникомъ наложенныхъ на него ограниченій. Вытекающіе изъ такихъ нарушеній иски не были исками о собственности, которая оставалась тутъ внѣ спора; точно также не были они и исками о правѣ на владѣніе, утвержденномъ на формальномъ актѣ. Обсуждая этотъ вопросъ по существу, редакторы судебныхъ уставовъ пришли къ такому выводу: «По свойству исковъ о нарушеніи права частн. участія (442, 445—451 т. X ч. 1), возникающихъ весьма часто между сельскими и городскими обывателями и требующихъ мѣстнаго изслѣдованія, иски сіи должны быть предоставлены 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 достаточно для того, чтобы тяжущіеся могли получить свѣдѣнія о нарушеніи ихъ права участія частнаго, къ какому бы предмету право сіе ни относилось»¹⁾. Иски о правѣ участія частнаго были переданы мировой юстиціи по тому, главнымъ образомъ, основанію, что они требуютъ мѣстнаго изслѣдованія. Связанныя съ этого рода исками изслѣдованія не представлялись редакторамъ судебныхъ уставовъ настолько сложными, чтобы они могли затруднить мировыхъ судей. Рядомъ съ положеніемъ п. 1 ст. 31 было создано положеніе п. 5 ст. 29. Это не есть общее правило и исключеніе изъ него, а два совершенно самостоятельныхъ, равноправныхъ и равноцѣнныхъ положенія: иски о правѣ собственности обсуждаются въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, иски объ ограниченіяхъ, налагаемыхъ на собственника, въ мировыхъ судахъ.

Съ этой точки зрѣнія должны быть разрѣшены два вопроса, связанные съ примѣненіемъ п. 5 ст. 29.

Прежде всего можетъ ли быть это постановленіе распространено на отношенія, не предусмотрѣнные прямо въ ст. 442, 445—451 зак. гражд., или только этими статьями должна быть ограничена сфера его примѣненія, ибо только

¹⁾ Законодательные мотивы къ ст. 29 по изданію государственной канцеляріи.

57660
4189

290

эти статьи здѣсь указаны? Въ сенатской практикѣ мы находимъ нѣкоторыя колебанія. Въ рѣш. 1890 г. № 106 сенатъ склоненъ исчерпать содержаніемъ этихъ статей «тотъ отдѣлъ споровъ о недвижимости, который подлежитъ вѣдѣнію мирового суда по 5 п. 29 ст.» Но фактически сенатъ многократно допускаетъ примѣненіе этого пункта къ отношеніямъ прямо въ указанныхъ статьяхъ зак. гражд. не предусмотрѣннымъ, а имъ лишь аналогичныхъ. Такъ въ искахъ не только выше по рѣлкѣ лежащаго владѣльца къ нижнему, о чемъ говоритъ п. 1 ст. 442, но и обратно, нижняго владѣльца къ верхнему (рѣш. 1881 г. № 84); въ искахъ о пользованіи водой по водопроводной канавѣ (рѣш. 1879 г. № 243); въ искахъ о правѣ на толоку (рѣш. 1882 г. № 104), о правѣ на криницу, на чьей либо землѣ находящейся (рѣш. 1871 г. № 660). И это послѣднее мы должны признать вполне правильнымъ. П. 5 ст. 29 не есть какое то исключеніе, которое нельзя толковать распространительно. Это самостоятельное положеніе, провозглашающее, что вопросы о нарушеніи собственникомъ установленныхъ для него ограниченій разсматриваются мировымъ судьей. Ссылка на статьи X т. сдѣлана лишь для точнаго опредѣленія того, что понимается въ п. 5 ст. 29 подъ правомъ участія частнаго; потому и указаны всѣ тѣ статьи зак. гражд., въ которыхъ говорится объ этомъ правѣ. Если въ силу позднѣйшаго спеціальнаго законодательства или распространительнаго толкованія возникаютъ аналогичныя отношенія, то и они подпадаютъ подъ п. 5 ст. 29. Условіемъ этого является, конечно, чтобы была соблюдена основная идея права участія частнаго: чтобы искъ былъ направленъ противъ собственника по поводу его дѣйствій, нарушающихъ наложенныя на него ограниченія.

Второй вопросъ касается значенія годового срока, установленнаго въ п. 5 ст. 29. Что онъ обозначаетъ: то ли, что эти иски вообще могутъ предъявляться лишь въ теченіе года, или, что они могутъ предъявляться въ теченіе года въ мировыхъ учрежденіяхъ, а по истеченіи года въ общихъ судебныхъ установленіяхъ? Вопросъ спорный. В. Л. Исаченко склоненъ видѣть въ этомъ срокѣ, разграничивающій мировую и общую подсудность¹⁾. Такъ же и А. М. Гуляевъ, усма-

¹⁾ Стр. 27. При этомъ В. Л. Исаченко ставитъ вопросъ такъ: распространяется ли правило 73 ст. уст. (новой редакціи) на иски о правѣ участія частнаго, и давая на это отрицательный отвѣтъ, приходитъ къ выводу, что и по прошествіи года иски могутъ предъявляться въ окруж-

тривая въ этомъ, повидимому, взглядъ нашего сената.¹⁾ Но ни въ указываемыхъ ими рѣшеніяхъ (1871 г. № 660, 1870 г. № 395), ни въ другихъ мнѣ извѣстныхъ²⁾ сенатъ этого не говоритъ, а всегда лишь отмѣняетъ, что условіемъ предъявленія иска въ мировыхъ учрежденіяхъ является годовою срокъ, другими словами, что мировые суды по истеченіи этого срока не могутъ принять иска къ разсмотрѣнію, но потому ли, что онъ вообще погашенъ, или потому, что онъ подвѣдомственъ окружнымъ судамъ, это остается открытымъ. Побѣдоносцевъ категорически говорить объ «особо установленномъ для сихъ исковъ погашающемъ срокѣ»³⁾. И это послѣднее представляется мнѣ наиболѣе правильнымъ, не только на основаніи редакціи п. 5, на который ссылается Побѣдоносцевъ, но и на основаніи мотивовъ, которые отразились въ этой редакціи. Редакторы уставовъ прямо говорятъ, что они подчиняютъ иски о правѣ участія частнаго мировому суду, ибо эти иски требуютъ мѣстнаго изслѣдованія; слѣдовательно, они имъ не казались пригодными для окружнаго суда. Годовой же срокъ мотивированъ тѣмъ, что онъ достаточенъ для полученія тяжущимися свѣдѣній о нарушеніи ихъ права участія частнаго. Очевидно редакторы не предвидѣли случаевъ, когда можетъ понадобиться болѣе длительный срокъ и ограничились вообще эти иски однимъ годомъ со дня нарушенія права участія частнаго.

V.

Таково было положеніе до изданія зак. 15 іюня 1912 г. Этотъ законъ внесъ въ редакцію п. 5 ст. 29, превращеннаго нынѣ въ п. 3, ничтожное редакціонное измѣненіе. Прежде говорилось: «иски о правѣ участія частнаго (зак. гражд., ст. 442, 445—451), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года»; теперь слово «нарушеніе» повторено дважды и сказано: «иски о нарушеніи права участія частнаго» и т. д. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что это

ныхъ судахъ. Но такъ ставить вопроса нельзя. Несомнѣнно, что ст. 73 на эти иски не можетъ быть распространена, ибо эта статья спеціальная, имѣющая своей исключительной цѣлью опредѣленіе характера посессорнаго процесса. Но именно потому-то и невозможно умоаключать отъ нея обратнаго. Никакого отношенія къ другимъ срокамъ, установленнымъ въ уст. гражд. суд. или зак. гражд., она не имѣетъ, и они должны обсуждаться самостоятельно.

¹⁾ Вопросы права, 1912 г., кн. 2, стр. 35 и 49—50.

²⁾ Такъ же и въ наиболѣе сомнительномъ съ этой точки зрѣнія рѣшеніи 1910 г. № 8.

³⁾ Курскъ, ч. I, стр. 171.

измѣненіе редакціи не только не вызвало-бы никакихъ споровъ и сомнѣній, но никто не обратилъ бы на него никакого вниманія, если бы не докладъ комиссіи Государственной Думы. Сколь мало ново вносить замѣна стараго термина «иски о правѣ участія частнаго» новымъ «иски о нарушеніи права участія частнаго» съ очевидностью обнаруживается уже въ томъ, что редакторы стараго устава въ своихъ мотивахъ, цитированныхъ выше, сами говорятъ объ «искахъ о нарушеніи права участія частнаго». Не только содержаніе старо, но и самый терминъ то старый. Тѣмъ не менѣе, употребляя его, думская комиссія хотѣла, по ея словамъ, добиться новаго, иного, чѣмъ господствующее у насъ, пониманія этихъ исковъ. Въ основѣ этого стремленія комиссіи лежали заблужденія: заблужденіе о существующихъ якобы у сената колебаніяхъ и заблужденіе относительно природы права участія частнаго; если бы комиссія учла послѣднюю, то она и не пыталась бы установить взглядъ на иски о нарушеніи права участія частнаго, какъ на владѣльческіе, ибо такіе владѣльческіе иски здѣсь по существу не мыслимы. Реального значенія эти заблужденія не имѣютъ, ибо на текстъ закона они не отразились. Если бы дѣло шло не о мотивахъ одного изъ законодательныхъ факторовъ, а объ общихъ законодательныхъ мотивахъ, то и тогда они имѣли бы значеніе лишь постолько, поскольку нашли бы объективное выраженіе въ текстѣ закона ¹⁾. Это азбука юридическаго толкованія. Все, какъ было, такъ и останется по старому, пока право участія частнаго X т. останется тѣмъ, чѣмъ оно является. Чтобы сдѣлать иски п. 3 ст. 29 владѣльческими, редакторы этого постановленія должны были показать, что они имѣютъ дѣло съ другимъ правомъ участія частнаго—то, которое находится въ зак. гражд., владѣльческаго иска не допускаетъ. А они не только этого не сдѣлали, но, напротивъ, сохранили ссылку на статьи X т. Отказываться отъ того, что втеченіе пятидесяти лѣтъ было нашимъ дѣйствующимъ правомъ, нѣтъ абсолютно никакихъ основаній.

В. Ельяшевичъ.

¹⁾ Отвергаетъ значеніе измѣненія, сдѣланнаго въ редакцію п. 3 ст. 29 и *Догадовъ*, Право, 1912 г., стр. 2868—2869.