

УИР

1956

УГИ
Ю-96

В. А. Юшковичъ.

43893
43893

ХРАНЕНИЕ (CUSTODIA),

КАКЪ ОСНОВАНИЕ

ВЛАДѢНІЯ ДВИЖИМОСТЮ.

ОЧЕРКЪ ПЕРЪ РИМСКОЙ ТЕОРИИ ВЛАДѢНІЯ,

прочитанный, въ качествѣ публической лекціи, въ Императорскомъ Институтѣ въ память Цесаревича
Цишиана, 9-го сентября 1906 года.



МОСКВА.

Университетская типограф., Страстной бульварь.
1907.



М. Ф.

Гражданское право, въ противоположность къ праву публичному, представляет ту область, гдѣ проявляется автономная воля самоопредѣляющагося индивида.

Умѣряющая и устраивающая власть законодателя вторгается, при нормальныхъ условіяхъ, въ частную жизнь людей сравнительно рѣдко; гражданскій оборотъ болѣе предоставленъ самому себѣ; и здѣсь, подѣ давленіемъ закона цѣлесообразности, вліяніемъ соображеній экономическихъ, социальныхъ, нравственныхъ и т. д., свободно складываются формы юридическихъ отношеній между частными лицами. Видѣ не даромъ гражданское право является по преимуществу правомъ диспозитивнымъ.

Изъ этой особенности гражданского права вытекаетъ, что основною задачею по отношенію къ нему науки является *анализъ, обобщеніе и систематизация юридическихъ явленій гражданского быта*: безъ знакомства съ этимъ бытомъ нельзя ни познать дѣйствующаго права, ни подготовить матеріалъ для будущаго законодательства.

Къ сожалѣнію, современная наука гражданского права (не говоря о правѣ торговомъ) въ значительной мѣрѣ утратила чутче къ этой своей основной задачѣ: богатый запасъ юридическихъ идей и формулъ, унаслѣдованныхъ ею отъ римскихъ юристовъ, съ которыми она по преимуществу оперируетъ, сообщаетъ ей зачастую характеръ безжизненной отвлеченности и маскируетъ настоящій источникъ всякаго гражданского права—явленія и формы гражданского быта и оборота. Совершенно иначе зато было у римлянъ: создавая свои юридическія понятія впервые, они по необходимости должны были черпать свой матеріалъ изъ опыта жизни и непосредственнаго наблюденія надъ гражданскимъ оборотомъ. И эта живая, непосредственная метода римскихъ юристовъ составляетъ въ концѣ концовъ настоящую причину того чарующаго обаянія, которое произведенія ихъ оказываютъ на развитога юриста.

Одною изъ самыхъ любопытныхъ страницъ всей системы римскаго права, гдѣ, пожалуй, оригинальность и непосредственность римскаго юридическаго творчества сказываются съ наибольшей наглядностью, является *ученіе о владѣніи*, а въ области этого большого и сложнаго предмета—вопросъ о формахъ владѣнія движимостью, или *questio de custodia — хранения*.

Подъ владѣніемъ, какъ извѣстно, разумѣется *фактическая связь* лица съ вещью, по силѣ которой субъектъ получаетъ фактическое господство, фактическую мощь надъ нею. Я говорю: *фактическая связь, фактическое господство*, ибо одно дѣло—право, другое—владѣніе.

Если бы мы представили себѣ на минуту, что люди потеряли понятіе о правѣ, что сознаніе правъ среди нихъ исчезло, то положеніе, въ которомъ они очутились бы по отношенію къ тѣлеснымъ вещамъ, было бы именно владѣніемъ. Поэтому, владѣть можно вопреки всякому праву; владѣютъ также и тать, и грабитель. Коротко — владѣніе есть фактическое принадлежаніе, въ противоположность къ принадлежанію юридическому—собственности.

Въ чемъ же однако сказывается это фактическое принадлежаніе вещи? Почему мы говоримъ, что лицо владѣетъ, или не владѣетъ вещью?

Этотъ основной вопросъ ученія о владѣніи является однимъ изъ самыхъ спорныхъ и безнадѣжныхъ во всей теоріи римскаго права—настоящею *quaestio desperata*.

Господствовавшія до послѣдняго времени въ доктринахъ мнѣнія старались отвѣтить на него одною общею и отвлеченною формулою. Такъ, по мнѣнію Савинья, владѣніе выражается въ возможности непосредственнаго физическаго воздѣйствія на вещь, одновременно связанной съ устраненіемъ всякаго посторонняго воздѣйствія¹⁾, по мнѣнію же Теринга—въ такомъ отношеніи лица къ вещи, въ которое обыкновенно становится собственникъ (такъ наз. теорія видимости собственности)²⁾ и т. д.

Но возрѣнія эти невѣрны. Не вдаваясь въ подробную ихъ критическую оцѣнку, ограничусь лишь общимъ замѣчаніемъ, что они недостаточно обоснованы въ источникахъ, а кромѣ того, и не охватываютъ, не объясняютъ всѣхъ встрѣчающихся въ жизни случаевъ владѣнія³⁾.

Основная ошибка господствующихъ опредѣленій владѣнія заключается именно въ томъ, что на самомъ дѣлѣ римскіе юристы не знаютъ единой простой формулы, выражающей существо владѣнія, а предоставляютъ этотъ вопросъ, *лишь въ предѣлахъ нескль-*

кихъ руководящихъ обобщеній, цѣликомъ на рѣшеніе жизни: Владѣніемъ, по римскому праву, является то, что гражданскій оборотъ почитаетъ за такоео.

На эту точку зрѣнія сталъ уже Гольдшмидтъ: сначала въ своей классической брошюрѣ о владѣніи рабами⁴⁾, а потомъ и въ своей обширной монографіи о владѣніи, вышедшей въ свѣтъ лишь послѣ смерти автора⁵⁾.

Къ сожалѣнію, однако, точка зрѣнія эта не получила до сихъ поръ, по крайвей мѣрѣ для чистаго римскаго права, удовлетворительнаго теоретическаго построенія.

Самъ авторъ ея далеко не освободился отъ всѣхъ застарѣлыхъ предразсудковъ ученія о владѣніи и не сдѣлалъ, по моему мнѣнію, всѣхъ тѣхъ выводовъ, которые слѣдуютъ изъ выдвинутой имъ плодотворной идеи.

Въ дальнѣйшемъ должна быть предпринята попытка развить и полнѣе обосновать, въ примѣненіи къ владѣнію движимостью, положеніе, что владѣніемъ въ римскомъ правѣ считается то, что оборотъ почитаетъ за такоео.

Всягдъ за чисто житейскимъ пониманіемъ различій въ основныхъ проявленіяхъ владѣнія, римская юриспруденція устанавливаетъ три общихъ формы такового: для движимости, недвижимостей и рабовъ.

Движимость, по общему правилу, почитается въ нашемъ владѣніи, пока она находится подъ нашею *custodia — въ нашемъ храненіи*⁶⁾.

Владѣніе недвижимостью выражается въ нахожденіи на ней владѣльца, его представителя, пособниковъ или близкихъ, а затѣмъ, по восторжествовавшему въ концѣ концовъ возрѣнію,—въ такомъ положеніи ея, которое въ конкретныхъ условіяхъ заставляетъ предпологать, что она имѣетъ владѣльца⁷⁾.

Владѣніе рабами основывается на фактѣ ихъ внутренняго, духовнаго подчиненія господину, на ихъ вѣрности хозяину и на соответствующемъ ихъ поведеніи⁸⁾.

Оставляя, сообразно намѣченнымъ выше для моей аскіп рамкамъ, вопросъ о владѣніи недвижимостями и рабами въ сторонѣ, остановимся лишь на вопросѣ о владѣніи движимостью — на вопросѣ о *custodia, храненіи*.

Римскіе юристы очень часто и увѣренно обращаются съ понятіемъ *custodia* въ теоріи владѣнія движимостью; въ одномъ мѣстѣ источники даютъ намъ даже описаніе того, что слѣдуетъ разумѣть подъ *custodia*⁹⁾, но въ чемъ заключается эта *custodia* въ

частности, объ этомъ римскіе юристы намъ ничего не говорятъ. Этотъ пробѣлъ, конечно, раньше всего долженъ быть отнесенъ на счетъ общей характерной особенности произведеній римскихъ юристовъ, въ которыхъ опредѣленія почти всегда отсутствуютъ и только подразумеваются. Но помимо этого соображенія, важную роль играетъ здѣсь еще и то обстоятельство, что custodia есть именно понятіе ежедневнаго житейскаго обихода, ясное каждому, а потому и не нуждающееся въ особой дефиниціи. Какъ бы тамъ ни было, но въ дѣлѣ опредѣленія custodia, мы встрѣчаемся съ чистѣйшею ссылкой юриспруденціи на понятіе обыденной жизни, и наша задача будетъ заключаться въ восстановленіи этого житейскаго римскаго понятія custodia. Не можетъ быть сомнѣнія, что задача эта вполне осуществима. Матеріаломъ нашимъ, въ этомъ отношеніи, будутъ служить какъ нѣкоторые отрывочныя замѣчанія юристовъ о custodia, такъ, равно, и всѣ довольно многочисленныя частныя примѣненія этого понятія въ источникахъ.

Подъ custodia, храненіемъ, въ широкомъ смыслѣ, *отъ области теории владѣнія* ¹⁰⁾, слѣдуетъ разумѣть *всякое положеніе вещи, которое по общепринятому эмпирическому подсчету вѣроятностей обезпечиваетъ нашу власть надъ нею* ¹¹⁾ ¹²⁾ ¹³⁾.

Зуда подходит, следовательно, какъ тѣлесное, физическое держаніе вещи, сидѣніе, стоианіе на ней, такъ, равно, и всякія другія положенія движимыхъ вещей, лишь бы они обезпечивали указаннѣмъ образомъ нашу власть надъ ними ¹⁴⁾.

Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ custodia, храненіе, означаетъ лишь *отурно* возможность ¹⁵⁾.

Въ этомъ послѣднемъ значеніи римскій терминъ custodia представляетъ ничто иное, какъ переносный смыслъ понятія стражи (custodia=con-actio), присутствія у вещи. Русское храненіе, соотвѣствуя переносному римскому custodia, производится, однако, отъ другого прямого значенія, а именно, отъ хранить, хоронить, прятать, скрывать.

Результатъ и страженія, и храненія одинъ—сохранность, береженіе вещи; различіе только въ томъ, что римляне считаютъ преимущественнымъ, типическимъ средствомъ сбереженія вещей активную дѣятельность субъекта, личное присутствіе, мы же—дѣятельность болѣе пассивную: сокрытіе вещей. Но къ этому я сейчасъ вернусь подробнѣе ниже.

Понятіе custodia, храненіе, составляетъ прямую противоположность къ понятіямъ покинутія и утери (вещи). Всякая вещь находится по отношенію къ намъ непремѣнно въ одномъ изъ этихъ трехъ положеній; каковаго-либо четвертаго положенія не существу-

етъ ¹⁶⁾, и если мы не хранимъ вещи, то это значитъ, что мы ее бросили или потеряли.

Только что установленное чисто-житейское понятіе храненія имѣетъ для права первостепенное значеніе: имъ опредѣляется не только владѣніе вещью со всеми его послѣдствіями: приобретеніемъ по давности, интердиктами и проч., но также еще и уголовно-правовое понятіе похищенія чужого имущества (разбой, грабежь, кража), такъ какъ похищеніе чужого имущества есть ничто иное, какъ изъятіе, тѣмъ или инымъ способомъ, вещей изъ чужого владѣнія, т.-е. именно—*храненія*; похищеніе превращается тамъ, гдѣ прекращается храненіе. Это, напримѣръ, прекрасно знаютъ, вовсе не будучи юристами, малодушные любители чужой собственности—воры, ибо будучи настигнуты на мѣстѣ преступленія, они, какъ извѣстно, охотно прибѣгаютъ къ извороту: «я думалъ, что вещь безхозяйная, брошена или потеряна».

Въ чемъ же, однако, заключается то положеніе вещи, которое, по общепринятому эмпирическому подсчету вѣроятностей, обезпечиваетъ нашу власть надъ нею?

Само собою разумѣется, что раньше всего и прежде всего—въ физическомъ соприкосновеніи съ вещью: въ держаніи ея, стояніи на ней et cetera. Эта матеріальная форма храненія, гдѣ личность какъ бы сливается съ вещью воедино, есть прототипъ и ultima ratio всякаго храненія. Это—элементъ, не нуждающийся въ анализѣ; поэтому въ дальнѣйшемъ мы займемся лишь храненіемъ въ тѣсномъ смыслѣ.

Положеніе вещи, которое, по общепринятому эмпирическому подсчету вѣроятностей, обезпечиваетъ нашу власть надъ нею основано на двухъ диаметрально противоположныхъ принципахъ:

Или на томъ, что мы скрываемъ, хоронимъ вещь, такъ что мы одни являемся хозяевами секрета ея мѣста нахождения, а для другихъ она какъ бы перестаетъ существовать. Это случай такъ называемой *объективной custodia*, или *скрѣпнаго храненія*, именно то, что означаютъ первоначальной и прямой смыслъ русскаго слова «храненіе»;

или на томъ, что мы ставимъ около вещи, или поближе придаемъ ей такое положеніе, въ силу котораго все видать, что она имѣетъ отношеніе къ какому-либо владѣльцу. Это—случай такъ называемой *субъективной custodia*, или явнаго храненія, отъ болѣе рельефной формы котораго, стражи, и произведено общее римское понятіе о custodia ¹⁷⁾.

Остановимся на объективной и субъективной custodia въ отдѣльности.

Вышнее выражение *объективной custodia* просто и однообразно: она всегда состоит в каком-либо сокрытии. Сюда относится раньше всего самобытный способ сохранения вещей через зарытие их в землю ¹⁸). Практическое значение этой формы хранения в первобытные времена было огромно. Она встречается еще и у цивилизованных народов, при недостаточном развитии учреждений для сохранения ценностей (так, в источниках упоминается случай, когда лицо, отправляясь в путешествие, зарывает для сбережения свои деньги в землю: L. 44, pr. h. i. D.); иныи, наоборот, сохранение через зарытие в землю составляет редкость: к нему прибѣгают рази только въ чрезвычайных случаях, во времена войн и народных возстаній.

На том же принципѣ, какъ и зарываніе въ землю, основаны другія подобныя формы объективной *custodia*. Сюда относятся: замуравливаніе въ стѣны, прятаніе одной движимой вещи въ другую, такъ что по эмпирическому подсчету вѣроятностей другіе не легко могутъ объ этомъ догадаться (прикрытое храненіе), наконецъ, разныя тайныя шкафы, потаенныя ящики, секретныя шкатулки и т. д. Однако всѣ эти послѣдніе способы объективнаго храненія, сравнительно съ зарываніемъ въ землю, имѣютъ лишь весьма ничтожное культурно-историческое и практическое значеніе.

Перехожу къ субъективной *custodia*.

Несмотря на всю обыденность этой формы хранения, дѣйствительно всчерпывающей почти всю область нашего отношенія къ движимымъ вещамъ въ жизни, субъективная *custodia* является результатомъ довольно сложной умственной операціи, которую мы только не замѣчаемъ, такъ какъ совершаемъ ее ежедневно.

Для того, чтобы считать обладаніе вещью за собою обезпеченнымъ, чтобы считать вещь находящуюся въ положеніи хранения, нужно произвести слѣдующій расчетъ: нужно, во-первыхъ, преодолѣть внутреннюю силу объекта, какъ, напримѣръ, стремленіе дикаго животнаго на свободу; во-вторыхъ, необходимо обезпечить предметъ отъ дѣйствія силъ природы, посягательствъ животныхъ и отъ злой воли людей. Въ отношеніи этой злой воли людей, однако, во вниманіе принимается лишь малодушная дѣятельность воровъ, а не открытая сила разбойниковъ и грабителей, которая въ цивилизованныхъ условіяхъ общественной жизни представляетъ весьма ничтожную вѣроятность и противъ которой всякое храненіе безсилно (при посягательствахъ на имущество, сопряженныхъ съ насиліемъ надъ личностью, дѣло идетъ о созданіи *условіи личной безопасности, а не о формахъ храненія*) ¹⁹). И, наконецъ, если указанныя предосторожности не сообщаютъ предмету типическаго положенія хранения, или по свойству предмета и об-

стоятельствъ онѣ оказываются излишними, то нужно позаботиться еще о такомъ расположеніи вещи, чтобы всякое третье лицо понимало, что она имѣетъ какого-либо владѣльца.

Когда мы все это предусмотрѣли, то можемъ сказать, что вещь находится «въ нашемъ храненіи». При расчетѣ условій хранения въ виду имѣется не абсолютное обезпеченіе вещи—таковое вообще недостижимо,—а лишь *среднее вѣроятное* обезпеченіе, которое, однако, въ силу житейскаго опыта, въ огромномъ числѣ случаевъ, почитается достаточнымъ. Все, что будетъ меньше этой вѣроятности, придастъ вещи характеръ брошенной или утерянной, и, наоборотъ, все что превзойдетъ ее, будетъ уже относиться къ особой бережливости и заботливости въ отношеніи вещи.

Такимъ образомъ, умственная операція, которой опредѣляется соответствующее храненію положеніе вещи, есть собственно ничто иное, какъ логическій приемъ, известный въ математикѣ подъ именемъ теоріи вѣроятности. И здѣсь еще разъ подтверждается справедливость давно сдѣланнаго замѣчанія, что простые, неученые люди, которые бы навѣрное запутались въ самой элементарной математической задачѣ, предложенной имъ въ отвлеченной формѣ, прекрасно справляются съ самыми сложными вычислениями и расчетами, какъ только послѣдніе получаютъ конкретный обликъ въ практической жизни.

Въ чемъ, въ особенности, заключается расположеніе вещи, ставшее ее подъ наше храненіе—на это нельзя отвѣтить въ общую формулою, ни исчерпывающимъ перечисленіемъ. Это—вопросъ многочисленныхъ и крайне измѣнчивыхъ конкретныхъ обстоятельствъ.

Только, не слѣдуетъ думать, чтобы каждый могъ создавать формы хранения по своему произволу и усмотрѣнію. Подобная импровизація формъ хранения сразу парализовала бы ихъ значеніе для оборота и имѣла бы своимъ послѣдствіемъ, что третьи лица, недоумѣвая, какъ квалифицируется данное положеніе предмета, легко могли бы счесть его за утерянный или брошенный. О небывалыхъ, эксцентрическихъ формахъ хранения можно лишь догадываться, но никто не обязанъ проникать въ ихъ содревленный смыслъ. При формахъ хранения важно, слѣдательно, лишь то, что жизнь и оборотъ нечистаки за данное—та сумка предосторожностей, которая, какъ известно, неак предпринимается, какъ великій предприниматель въ данныхъ обстоятельствахъ ²⁰).

Люди различны: у одного все свободно валется, другой все подозрительно замыкаетъ; понятіе хранения, однако, не считается съ этими обѣими крайностями. Подъ храненіемъ разумется только та совокупность предосторожностей, которую предпринимаетъ, для обезпеченія вещи за собою, средней, обыкновенный человекъ, въ среднихъ обстоятельствахъ ²¹).

Понятіе хранения не представляет из себя чего-либо раз навсегда даннаго и неизмѣннаго. Наоборотъ, по существу своему, оно измѣняется въ зависимости отъ условій времени и мѣста. Правда, основныя формы хранения, какъ, на примѣръ, значеніе для сбереженія вещей нашего жилища и его принадлежностей, измѣняются только вмѣстѣ съ эпохами въ исторіи цивилизациі, но зато цѣлый рядъ частныхъ въ формахъ хранения, у современныхъ народовъ, по всѣмъ вѣроятіямъ, представляется иначе, чѣмъ это было въ Римѣ, или, на примѣръ, въ средніе вѣка, въ эпоху кулачнаго права. Нагляднѣе сказывается разнообразіе формъ хранения въ пространствѣ. Онѣ гораздо свободнѣе въ тѣхъ немногихъ, существующихъ еще счастливыхъ уголкахъ земнаго шара, гдѣ населеніе уединенно живетъ небольшими общинами, сохраняя чистоту нравовъ, или въ деревнѣ, гдѣ всѣ односельчане знаютъ другъ друга. Большой интенсивности достигаютъ онѣ въ нашихъ людныхъ и нравственно-испорченныхъ городахъ. Очень часто можетъ быть, что то, что является храненіемъ въ одномъ мѣстѣ, не будетъ удовлетворять условіямъ такового въ другомъ, или представится здѣсь особою, быть можетъ, излишнею и обременительною, заботливостью въ отношеніи вещи.

Временная перетасовка въ формахъ хранения, которая, какъ извѣстно, наступаетъ во времена войны и смуты, не измѣняетъ понятія о нихъ вообще, но если бы въ какомъ-либо обществѣ такая перетасовка стала постоянною и вошла въ обычай, то, понятно, измѣнились бы и формы хранения.

Въ этомъ отношеніи можно выставить такой общій законъ: чѣмъ малочисленнѣе тѣлесныя вещи, которыми располагаетъ данное общество, слѣдовательно, чѣмъ онѣ цѣннѣе, чѣмъ хуже его экономическія, социальныя и нравственныя условія — тѣмъ формы хранения интенсивнѣе, тѣмъ связь между субъектомъ и объектомъ становится осязательнѣе и тѣснѣе: матеріальное имущество боится неурядицы и подѣ въліяніемъ ея, какъ бы въ страхѣ, принимается къ людямъ.

То обстоятельство, что римляне воздержались отъ болѣе точнаго и детальнаго опредѣленія понятія хранения и перечня его формъ, является, по моему мнѣнію, одною изъ главныхъ причинъ жизненности римской теоріи владѣнія. Мы получили здѣсь отъ Рима цѣнный бланкъ, въ который намъ остается только вписывать явленія нашего быта; и долго еще юристы, пока стоитъ собственность и владѣніе, могутъ вписывать въ этотъ бланкъ свои наблюденія надъ мѣняющимися формами хранения въ гражданскомъ оборотѣ.

Какъ сказано, всякая субъективная custodia опирается на присутствіе лица у вещи, или, по крайней мѣрѣ, на такое положеніе вещи, въ силу котораго люди относятъ ее къ какому-либо хозяину. Это присутствіе лица у вещи, отношеніе вещи къ лицу, разнообразится въ безконечномъ числѣ формъ и степеней. Тутъ играютъ роль два основныя признака: 1) пространственная близость лица къ вещи и 2) напряженность, постоянство присутствія. Въ обоихъ отношеніяхъ субъективная custodia можетъ представить многочисленныя измѣненія. Близость, при храненіи, бываетъ иногда столь непосредственной, что достаточно протянуть руку, чтобы физически схватить вещь, иногда же она ослабляется до предѣла нахожденія предмета въ нашемъ полѣ зрѣнія²²⁾. Между двумя этими крайними полюсами располагается великое множество переходныхъ, посредствующихъ степеней. Тоже обиліе формъ и въ отношеніи второго признака: интенсивность присутствія, custodiae, можетъ варьировать, начиная отъ постояннаго, непрерывнаго присутствія у вещи (прямое значеніе custodia, стража, караулъ, бытіе на часахъ) и кончая такимъ расположеніемъ вещи, которое заставляетъ насъ только относить вещь къ какому-либо хозяину, предполагать, что онъ, быть можетъ, находится гдѣ-нибудь вблизи, или, рано или поздно, можетъ явиться²³⁾. Въ промежуткѣ помѣщается болѣе или менѣе частое, періодическое появленіе хозяина у вещи, появленіе спорадическое et set. (обходъ, дозоръ).

Практическій смыслъ нашего присутствія у вещи, при субъективномъ храненіи, заключается, во-первыхъ, въ установленіи прочной связи между субъектомъ и вещью, помощью чувственнаго ея воспріятія. Это воспріятіе даетъ намъ возможность наложить руку на вещь, какъ только является опасность ея утраты (вслѣдствіе ли дѣйствія силъ природы, внутреннего стремленія объекта на свободу, naturalis libertas, — каковыми обладаютъ ferae bestiae, или посягательствъ животныхъ и злонамѣренныхъ людей). А, во-вторыхъ, наше присутствіе объявляетъ всѣмъ благонамѣренными третьимъ лицамъ, что вещь имѣетъ владѣльца. Органомъ чувственнаго воспріятія является здѣсь почти исключительно зрѣніе²⁴⁾, хотя въ особенныхъ случаяхъ мыслимо и примѣненіе слуха²⁵⁾.

Однако, слѣдуетъ замѣтить, что наше присутствіе, при субъективномъ храненіи, не должно быть непременно сознательнымъ. Несомнѣнно, что иногда, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, и сумасшедшій, и слѣпой, и глухой можетъ почитаться присутствующимъ въ смыслѣ теоріи хранения. Такое храненіе возможно лишь относительно объектовъ, лишенныхъ внутренняго стремленія на свободу, и такъ какъ на практикѣ оно именно можетъ встрѣтиться лишь въ исключительныхъ случаяхъ, то дѣйствительный эффектъ

присутствия будет заключаться здесь в томъ, что злосамфрен-ные люди не будутъ знать объ отсутствіи у субъекта соответствующаго органа воспріятія, для благонамфренныхъ же людей (а также для животныхъ) достаточно одного физическаго присутствія человека. Не прекращается храненіе, по общему правилу (опять таки, за исключеніемъ объектовъ, одаренныхъ внутреннимъ стремленіемъ на свободу) и во время нашего сна (хотя хороший *сторожъ* не долженъ спать, а быть именно «на сторожѣ»). Въ качествѣ достаточнаго отталкивающаго стимула для людей злосамфренныхъ является тутъ возможность неожиданнаго пробужденія. Но очевидно, что во всѣхъ случаяхъ подобнаго безсознательнаго храненія сильно понижается дѣйствительность храненія; въ связи съ этимъ стоитъ тотъ фактъ, подмѣченный римскими юристами, что излюбленнымъ временемъ для кражи у воровъ является ночь ²⁶⁾, когда мы спимъ.

Моментъ чувствевнаго воспріятія объекта является дѣйствующей причиной, которая разнообразитъ рассмотрѣнныя выше два основныхъ признака субъективнаго храненія: 1) пространственную близость лица къ вещи и 2) напряженность, постоянство присутствія. Чѣмъ легче утратить предметъ (вълѣдствіе ли дѣйствія силъ природы, его внутренняго стремленія на свободу, или постороннихъ посягательствъ), тѣмъ непосредственнѣе и непрерывнѣе должно быть его чувственное воспріятіе, тѣмъ интенсивнѣе и тѣснѣе будетъ присутствіе. Въ крайнихъ условіяхъ около предмета окажется карауль, который обязанъ будетъ «не сводить съ него глазъ». При ослабввающей опасности утратить объектъ достаточно будетъ болѣе или менѣе часто повторяющагося періодическаго прісматра, прісматра эпорадическаго, случайнаго, и, наконецъ, иногда можно оставить предметъ совсѣмъ безъ прізора. Но это разсужденіе приводитъ насъ сейчасъ же къ весьма важному и интересному съ точки зрѣнія теоріи храненія выводу: храненіе вполнѣ возможно безъ знанія о немъ субъекта, въ лицѣ котораго оно происходитъ. Люди, располагающіе мало-мальски значительнымъ имуществомъ, не знаютъ и не могутъ всегда знать, что и гдѣ у нихъ находится; повѣряя свои вещи они всегда старываютъ присутствіе объектовъ, о которыхъ они забыли или которые давно считали утерянными. Тѣмъ не менѣе никто не усомнится, что и такіе объекты были на храненіи, что данные лица владѣли и владѣютъ ими. Это лучше всего доказываетъ, что знаніе субъекта о храненіи для существа храненія, если объектъ по отношенію къ третьимъ лицамъ, обороту, занимаетъ положеніе храненія, не требуется. Правда, вѣдѣніе о храненіи значительно понижаетъ его дѣйствительность; вѣри, напримѣръ, прекрасно умѣютъ под-

зоваться подобнымъ недостаткомъ храненія, но это не мѣняетъ дѣла ^{27) 28)}.

Если, такимъ образомъ, единственною формою объективнаго храненія является прятаніе, сокрытіе вещи тѣмъ или инымъ способомъ, а всякое субъективное храненіе сводится къ присутствію въ той или иной мѣрѣ, до отвесенія вещи къ какому-либо владѣльцу включительно ²⁹⁾, то спрашивается, какое же объясненіе должна дать теорія храненія столь часто примѣняемымъ въ жизни для сбереженія вещей: замкамъ, затворамъ, оградкамъ, цѣпкамъ и прочимъ *приспособленіямъ сохранности*? Здѣсь, думается, надо дать такой отвѣтъ. Если дѣло идетъ о примѣненіи приспособленій сохранности для обезпеченія нашего владѣнія противъ силъ природы или перазумныхъ живыхъ существъ, которыя не могутъ или не умѣютъ преодолѣть ихъ физическаго дѣйствія, то эти приспособленія составляютъ одинъ изъ коэффициентовъ храненія; если же, наоборотъ, наши мѣропріятія направлены противъ злой воли человека, то, такъ какъ нѣтъ преградъ, которыя бы она не сумѣла преодолѣть, они къ существу храненія не относятся, а представляются лишь особыми мѣрами предосторожности, повышающими дѣйствительность храненія. Практическій эффектъ такихъ мѣръ предосторожности сводится, главнымъ образомъ, къ воздѣйствію на слабозвольныхъ охотниковъ до чужого добра и къ затрудненію, растянванію во времени процесса пріобрѣтенія чужого имущества, чѣмъ достигается значительная экономія въ необходимости реального присутствія ³⁰⁾. Дальнѣйшимъ и крайнимъ средствомъ, которымъ располагаетъ человеческое общество для повышенія дѣйствительности храненія является квалификация преступленія, направленнаго на разрушеніе приспособленій сохранности и соответствующее повышеніе уголовной санкціи (кража со взломомъ et cetera).

Субъективное храненіе, какъ и самое владѣніе, есть фактъ, вся сила котораго опирается на признаніи его высшимъ живымъ міромъ. Опасеніе владѣльца, предположеніе, что таковой вообще есть, составляетъ конечную причину нашего господства надъ вещью. Поэтому для существа храненія безразлично, выступаютъ ли въ роли хранителя, т. е. лица, къ которому именно вышній міръ относитъ вещь, самъ собственникъ вещи, или какое-либо другое лицо (юридическій владѣлецъ, детенторъ, держатель и т. д.). Вопросъ о томъ, кто является собственникомъ, кто юридическимъ владѣльцемъ, детенторомъ et cetera, имѣетъ значеніе лишь въ отношеніи двухъ сторонъ, изъ которыхъ одна иъ собою господствѣ надъ вещью подчиняется другой. Однако, ошибочно было бы ду-

мать, что понятие хранения ограничивается лишь непосредственным отношением къ вещи, обращеннымъ къ вѣдѣнному міру, что, напримѣръ, въ томъ случаѣ, гдѣ имѣется собственникъ (юридическій владѣлецъ) и поклажеприниматель (детекторъ), хранение осуществляется лишь въ лицѣ послѣдняго²¹⁾. На самомъ дѣлѣ мы имѣемъ здѣсь двойное хранение: одно въ лицѣ господина отношенія (косвенное хранение) и другое въ лицѣ представителя (прямое хранение). Къ этому, второму храненію относится все вышесказанное о субъективной custodia вообще, первое же представляетъ ту особенность, что проводникомъ нашего господства надъ вещью является тутъ своеобразный психологическій моментъ, а именно, вѣрность слову представителя, довѣріе къ нему господина отношенія. Вѣрность слову и довѣріе составляютъ правило оборота, а поэтому на нихъ и можетъ быть вполне основанъ тотъ расчетъ вѣроятности господства надъ вещью, который лежитъ въ основѣ понятія хранения. Храненіе черезъ другое лицо въ массѣ случаевъ также надежно, какъ и храненіе самоличное. Роль же по отношенію къ намъ посредствующаго хранителя мало отличается отъ роли какого-нибудь механическаго приспособленія для хранения. Сообразно съ этимъ мы и употребляемъ въ обыденной рѣчи такія выраженія, какъ: «отдавать на храненіе», «мои деньги хранятся въ банкѣ» et cetera²²⁾ 23).

Выше уже не разъ было указываемо на то, что субъективное хранение безконечно разнообразится, въ зависимости отъ двухъ его основныхъ признаковъ: 1) пространственной близости лица къ вещи и 2) постоянства, напряженности присутствія. Различныя комбинаціи съ этими двумя признаками, въ которыхъ выражаются формы явнаго, субъективнаго, хранения отнюдь не произвольны, а находятся въ зависимости отъ постоянныхъ дѣйствующихъ причинъ. Такъ какъ дѣяніями людей управляетъ законъ целесообразности и нормальные люди, по общему правилу, въ одинаковыхъ условіяхъ дѣйствуютъ одинаково, то теорія хранения можетъ и должна указать по крайней мѣрѣ на нѣкоторые руководящія принципы въ образованіи тѣхъ или иныхъ формъ субъективнаго хранения. Такихъ основныхъ принциповъ мы насчитываемъ четыре: 1) отношеніе цѣнности къ объему и вѣсу предмета; 2) густота населенія, или вообще степень посѣщаемости даннаго мѣста; 3) соображеніе, имѣетъ ли предметъ явное, публичное, положеніе или нѣтъ, и, наконецъ, 4) соображеніе, обладаетъ ли предметъ лишь субъективною цѣнностью, или и цѣнностью объективной.

Эти-то обстоятельства и влияют, главнымъ образомъ, на видоизмѣненія основныхъ признаковъ субъективнаго хранения: близости къ вещи и постоянства присутствія.

Чѣмъ больше цѣнность предмета, чѣмъ меньше его объемъ и вѣсъ и чѣмъ больше, съ другой стороны, посѣщаемость даннаго мѣста—тѣмъ интенсивнѣе форма хранения. Эта интенсивность доходитъ, напримѣръ, какъ всякій знаетъ изъ опыта, въ толихъ, гдѣ существуетъ опасность отъ карманныхъ воровъ, прямо до физическаго держанія предмета (субъективная custodia въ тѣсномъ смыслѣ переходитъ въ матеріальное хранение). Среди предметовъ съ наибольшимъ показателемъ отношенія цѣнности къ объему и вѣсу особенно видное мѣсто принадлежитъ деньгамъ. Кроме того, деньги обладаютъ еще совершенно специфическою притягательною силою для злоумышленниковъ, вслѣдствіе того обстоятельства, что онѣ представляются вещами замѣнимыми и способны смѣшиваться съ чужими деньгами. Въ виду всего этого, изъ всѣхъ предметовъ нашего обихода, наибольшая забота у насъ бываетъ обращена на сбереженіе денегъ; и если мы не отдаемъ ихъ на храненіе въ специальное хранительное учрежденіе, обладающее всѣми необходимыми приспособленіями для обезпеченія сохранности вещей, то мы обыкновенно носимъ ихъ при себѣ, кладемъ на ночь подъ подушку, или держимъ подъ замкомъ въ своей квартирѣ, гдѣ мы или присутствуемъ лично, или гдѣ находится кто-либо изъ нашихъ домашнихъ, или гдѣ, наконецъ, всегда предполагается чье-либо реальное или возможное присутствіе.

Наоборотъ, чѣмъ меньше цѣнность предмета, чѣмъ больше объемъ его и вѣсъ, или говоря иначе—чѣмъ болѣе предметъ является громоздкимъ—тѣмъ слабѣе форма хранения. Сюда относятся всѣмъ извѣстные примѣры съ дровами и бревнами, свободно хранящимися въ тѣсу, съ кирпичами, сложенными на набережной или на строительномъ участкѣ и т. д.²⁴⁾

Мы разсмотрѣли два крайнихъ положенія, въ которомъ могутъ находиться вещи; но между этими крайностями располагается великое множество посредствующихъ комбинацій съ цѣнностью, объемомъ и вѣсомъ предмета, густотою населенія и т. д. Въ частности цѣнность вещи является опредѣляющею для формы хранения еще въ томъ отношеніи, что въ разныхъ мѣстахъ, при разныхъ условіяхъ она можетъ быть различна. Затѣмъ, на форму хранения вліяніе оказываютъ еще то соображеніе, имѣетъ ли предметъ цѣнность только для человека, или имѣетъ съ нимъ и для всего животнаго міра (какковы, напримѣръ, пищевые продукты). Густотою населенія и степенью посѣщаемости объясняются противоположность формъ хранения въ деревнѣ и въ городѣ. Далѣе, какъ на самостоятельное руководящее начало при образованіи формъ хранения, слѣдуетъ указать на соображеніе, имѣетъ ли предметъ явное, публичное, или скрытое положеніе. Первое, при большой посѣщаемо-

сти, выгодно для хранения. Таково, например, положение разных свободно установленных в публичных местах автоматов, будок, киосков. Здесь устанавливается нечто в родъ народного (популярного) хранения, ибо одним из коэффициентов сохранности предмета, несомненно, является движение публики. Второе, наоборот, невыгодно, так как большое стечение народа, масса публики, облегчает утрату вещей через похищение (и на этомъ разсчитано ремесло карманных воровъ) или утерю. Наконец, влияние на форму хранения того обстоятельства, что объект имѣетъ лишь субъективную цѣнность, обнаруживается въ томъ, что подобные объекты, какъ, например, какое-нибудь дорожное воспоминаніе, принимаютъ, по общему правилу, весьма интенсивную форму хранения, — ибо независимо отъ высокой цѣнности, которую придаетъ имъ владѣлецъ, опасность смѣшенія ихъ третьими лицами съ вещами брошенными черезчуръ велика.

То положеніе вещи, которое соответствуетъ понятію о ея храненіи и постулатамъ послѣднихъ въ данныхъ обстоятельствахъ, составляетъ только минимумъ того положенія, которое она, съ точки зрѣнія владѣнія, можетъ занять въ оборотѣ. Но многія соображенія могутъ придать ей положеніе, которое будетъ соответствовать гораздо болѣе интенсивной формѣ хранения, чѣмъ каковая потребовалась бы для данного разряда вещей, въ данномъ случаѣ. Къ такимъ соображеніямъ, главнымъ образомъ, относятся:

1) Стремленіе обезпечить свое господство надъ вещью въ высшей возможной мѣрѣ (повышеніе дѣйствительности хранения), вслѣдствіе ли того, что мы обязаны въ отношеніи вещи къ особой заботливости **, или вообще не доверяемъ данной обстановкѣ, или имѣемъ привычку относиться къ сбереженію вещей съ особой рачительностью. Подъ влияніемъ этого стремленія мы замыкаемъ то, что можетъ лежать открытымъ, ставимъ сторожей оголо вещей, которыя могли бы лежать безъ присора.

2. Удобство пользованія. Вещи, которыя намъ часто нужны, мы ставимъ въ такое положеніе, чтобы онѣ всегда были у насъ подъ рукою, тогда какъ съ точки зрѣнія чистыхъ постулатовъ хранения, онѣ не требуютъ такой интенсивной формы хранения. Сюда относятся, напримеръ, карманные часы, словари и т. д.

3) Способность вещи легко затеряться или оказаться заложеною. Такие предметы мы подвергаемъ тоже весьма тщательно, интенсивному храненію, напр., какіе-либо мелкіе предметы, хотя, по существу ихъ, мы могли бы сохранить господство надъ ними и при гораздо болѣе слабой формѣ хранения.

4) Наконец, роль играютъ соображенія религиозныя, социаль-

ныя, особая привязанность къ предмету. На этомъ основаніи люди, напримеръ, всегда носятъ при себѣ или на себѣ известные предметы религиознаго почитанія, какіе-либо документы, дорогія воспоминанія и проч..

И кончилъ свой бѣглый очеркъ вопроса о храненіи, какъ основаніи владѣнія движимостью, и попытался представить въ общихъ чертахъ теорію хранения.

Узкія рамки моей сегодняшней лекціи не позволили мнѣ затронуть ту или иную интересную деталь, заглянуть въ нѣкоторые спорные вопросы ученія о владѣніи вообще. Но если мнѣ удалось хотя бы только увѣрить васъ, что центръ тяжести понятія владѣнія, по крайней мѣрѣ относительно движимости, заключается въ чисто житейскомъ понятіи хранения, то я достигъ своей цѣли. Вместе съ тѣмъ, я полагаю, вы увидѣли, какимъ глубокимъ жизненнымъ смысломъ дышетъ римское право и какою непосредственностью отличается метода римскихъ юристовъ, которая заключалась въ анализѣ, обобщеніи и систематизаціи самыхъ обыденныхъ явленій гражданского быта.

43893 16882



ССЫЛКИ И ПРИМЪЧАНІЯ.

Объясненіе сокращеній: S. B. = Savigny: das Recht des Besitzes. Wien. (1865).
J. GdBSch. = Jhering: über den Grund des Besitzschutzes. Jena 1869. G. GdBl. = Goldschmidt: die Grundlagen der Besitzlehre. Vermischte Schriften I.

1) S. B., pg. 210, 211; cfr. § 29; cfr. pg. 354.

2) J. GdBSch., pg. 45; cfr. pg. 179 sq.

3) Острую и мягкую критику опредѣленія владѣнія Савинья даетъ, напр., Теринъ, pg. 160 sq., cit. И вообще, съ легкой рукой Тернага, въ новѣйшей литературѣ являе-
достатка въ критическихъ разсужденіяхъ, доказывающихъ несостоятельность теоріи Са-
винья. Однако, воззрѣніе самого Теринга страдаетъ рядомъ не менѣ существенныхъ
недостатковъ. Во первыхъ, оно бездоказательно: приводимое авторомъ въ подтвержденіе
своего воззрѣнія единственное мѣсто изъ источниковъ—L. 2, 7, 32, C., относится очевидно,
не къ владѣнію, какъ таковому, а къ владѣнію давностному. Далѣе, теорія „видности
собственности“ полна и внутренняхъ, логическихъ несообразностей. Что такое види-
мость собственности? Развѣ внѣшнее отношеніе къ вещи собственника представляется
чѣмъ-либо столь опредѣленнымъ и типическимъ, чтобы можно было класть это отношеніе
въ основу опредѣленія владѣнія? Развѣ не таково же, во многихъ случаяхъ, отношеніе
къ вещи и эффитекта, и суперфициарія, и узуфруктуара и даже паннамателя! Кромѣ
того, встрѣчаются формы владѣнія, когда отношеніе лица (собственника) къ вещи не
имѣетъ никакой видности, какъ ли, напримеръ, это имѣемъ въ случаѣ сохраненія ве-
щей черезъ зарытіе ихъ въ землю (см. ниже въ текстѣ). Далѣе, привнесене элементовъ
собственности въ опредѣленіе понятія владѣнія порождаетъ только путаницу и приво-
дитъ къ заколованному кругу: собственность, напримеръ, приобретается черезъ традицію,
традиція есть перенесеніе владѣнія, а владѣніе, obviously, опять, есть ничто иное,
какъ видимость собственности. Наконецъ, эта метода опредѣленія владѣнія не соответ-
ствуетъ и тому рѣзкому разграниченію, которое римскіе юристы проводили между соб-
ственностью и владѣніемъ. (L. 12, § 1, 41, 2, D.; L. 1, § 2, 43, 17, ibid.)

4) Studien zum Besitzrecht. Sklavenbesitz. Berlin, 1888, pg. 1—4 и passim.

5) G. GdBl. pg. 68 (II) и passim.

6) L. 3, § 13, h. t. D. См. ниже примѣч. 9-ое.

7) Gai. IV, § 153. Possidere autem videtur non solum si ipsi possideamus, sed
etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non
sit, qualis est colonus et inquilinus..... et hoc est quod vulgo dicitur retineri
posse possessionem per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. *quoniam etiam*

plerique putant unimo quoque retineri possessionem, id est ut quamvis neque ipsi simus in possessione] neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversuri inde discesserimus, retineri possessionem videamur. Cnfr. L. 9, h. t. D.; L. 25, § 1, ibid.; L. 40, § 1, h. t. D.; L. 43, § 2, L. 46, ibid.; L. 1, § 25, 43, 16, D.

8) Goldschmidt. Studien zum Besitzrecht, pg. 17.

9) Основное мѣсто о custodia — L. 3, § 13, h. t. D.; Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint hactenus possideri, id est quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possumus...; cnfr. L. 47, h. t. D. Вь литературѣ, по нашему мнѣнію, важное понятие о custodia не намло себѣ до сих поръ надлежавшей оцѣнки. Большинство писателей, начиная съ Салвья, или вовсе не упоминаетъ о custodia, или касается ея лишь мимоходомъ. Болѣе цѣльную попытку создать теорію custodia предпринялъ Varon въ Jherings Jahrbücher VII, 1865 (исправки о прежней литературѣ см. тамъ же, стр. 88 сл.); срви Meischneider: Besitz und Besitzschutz, pg. 338 sq.), но попытка эта, исходя изъ неправильныхъ посылокъ, совершенно справедливо заслужива единичнаго порицанія критики, такъ что весь результатъ ея сводится къ указанію лишній разъ на важность понятія custodia и къ сводкѣ матеріала источниковъ о ней. Новинная посылка Varon'a специальная монографія о custodia Бруцкера (Bruckner): „Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Recht“, посвящена главнымъ образомъ вопросу о custodia съ обязательственнымъ правѣ, такъ наз. custodia въ техническомъ смыслѣ (см. выше, примѣч. 21-ое). Вещно-правовую custodia, въ смыслѣ теоріи владѣнія, авторъ затрагиваетъ лишь попутно, какъ-бы по связи. Но, къ сожалѣнію, Bruckner воспроизводитъ здѣсь цѣликомъ теорію Varona (стр. 23 сл., цитир. соч.), которая еще болѣе запутывается стремленіемъ автора поставить въ связь обязательственно-правовую custodia (Custodia-Haftung—ответственность за custodia) съ custodia вещно-правовой. (Изъ соединенія этихъ двухъ формъ custodia авторъ выводитъ свое понятіе о „custodia въ обыкновенномъ смыслѣ“, op. cit., pg. 10 сл.). Не выходятъ, въ общемъ, изъ круга традиціонныхъ разсужденій о custodia и Goldschmidt GdBl., pg. 123—128. (Тамъ же дальнѣйшія указанія на литературу).

10) Ибо, какъ уже видно изъ предшествующаго примѣчанія, custodia въ римскомъ юридическомъ языкѣ есть слово чрезвычайно многозначное и, наряду съ устанавливаемымъ смысломъ его въ теоріи владѣнія (вещно-правовая custodia), имѣетъ еще специфическое значеніе въ обязательственномъ правѣ, указывая здѣсь на особенное свойство ответственности держателей чужихъ вещей. Bruckner, op. cit., pgg. 10, 19, 66, 68 sq., pg. 88 sq..

11) Идея власти выражена въ томъ описаніи custodia, которое даетъ L. 3, § 13, h. t. D., въ возможности во желанію стать съ вещью въ физическое соприкосновеніе: „id est.....“ до конца.

12) Какъ вытекаетъ изъ этого опредѣленія custodia, она распространяется только на движимыя вещи, ибо только этого рода вещи могутъ принимать особенное, правовое положеніе, которое характеризуетъ храненіе. Положеніе недвижимости, наоборотъ, разъ навсегда дано, и никто не можетъ ни взять, ни похитить недвижимости. Поэтому владѣніе недвижимостью зависитъ отъ другихъ предположеній и признаковъ, чѣмъ храненіе. Ограниченіе приложенія custodia одной лишь движимостью является общеправовымъ, несомнѣннымъ положеніемъ современной доктрины.

13) Сходно съ нами опредѣляетъ custodia и Bruckner, op. cit., pg. 69, 82, пунктъ 7, однако, по нашему мнѣнію, авторъ неправильно считаетъ (стр. 14—18, особ. 16) тенденцію фактическия предположенія custodia. Наоборотъ, custodia, какъ такое положеніе вещи, которое обеспечиваетъ нашу власть надъ нею, давая намъ возможность, по желанію, всунуть съ нею въ тѣсное соприкосновеніе, является предположеніемъ custodia (срви. L. 3, § 13, h. t. D. отнеч. въ примѣч. 9-мъ).

14) L. 3, § 2, 41, 1, D. Quidquid autem eorum serpsimus eo usque nostrum

esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur, cum autem evaserit custodiam nostram... Тутъ, очевидно, въ понятіи custodia заключается и тѣсное держаніе.

15) Въ этомъ тѣсномъ, собственномъ, смыслѣ custodia встрѣчается: L. 3, § 13, h. t. D. (отмечана выше примѣч. 9)—здѣсь, несомнѣнно, тѣсное держаніе (naturalis possessio) противопоставляется понятію custodia; L. 51, L. 47, pr. h. t. D.; L. 62, § 1, 7, 1, D. („in ea possessione custodiebantur“); L. 3, § 15, h. t. D.; L. 44, pr. ibid.; L. 39, eodem; Varro. de re rustica, Lib. III, cap. 12, § 2; Columela, de re rustica, lib. VIII cap. 17 и др. Срви. G. GdBl., pg. 126.

16) Источники особо выдѣляютъ въ теоріи владѣнія еще то положеніе вещи, когда мы ее куда-нибудь *заключили*, такъ что долго и безъ труда найти не можемъ, но этотъ случай они прямо относятъ къ храненію: L. 3, § 13, h. t. D.—dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniat, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio; срви. L. 44, pr. eod..

17) Въ отношеніи значенія, устанавливаемого нами для терминовъ „объективная“ и „субъективная custodia“, мы существенно отступаемъ отъ ходячаго ихъ пониманія въ литературѣ (см. Varon, cit., pgg. 102, 103, 112, 113; Bruckner, op. cit., pg. 23, 24 сл.; срви. G. GdBl., pgg. 124, 126, 127). Здѣсь подъ объективной custodia разумется всякое владѣніе движимой вещью, которое осуществляется при посредствѣ владѣнія другою недвижимой вещью, такъ что какъ бы получается отношеніе одной вещи къ другой (Varon, cit., pg. 103); предпологается, следовательно, что эта вторая вещь, представляя какъ-бы преграду къ завладѣнію первой со стороны третьихъ лицъ, является causa efficiens ея сохранности; отсюда и объективная custodia (G. cit., pg. 126, 127). Въ противоположность къ этому, подъ субъективной custodia понимается личное, близкое присутствіе лица у вещи (страже), Varon, cit., pg. 102 сл. Мы покажемъ ниже, что это мнѣніе владетъ въ двойную ошибку. Съ одной стороны, оно беретъ понятіе объективной custodia чересчуръ широко, такъ какъ, кромѣ единственнаго случая сокрытія вещи, настоящую causa efficiens всякаго храненія составляетъ не другая вещь, не какія-либо объективныя преграды, а отношеніе хранимой вещи къ какому-либо субъекту владѣнія, такъ что *всякая custodia, кромѣ custodia черезъ сокрытіе, является субъективной*. Съ другой стороны, оспариваемое мнѣніе устанавливаетъ чересчуръ тѣсное понятіе субъективной custodia, такъ какъ подъ это понятіе подходит не только страженіе но и всякія другія, гораздо менѣе осязательныя, формы личнаго присутствія у вещи, до одной только возможности появленія хозяина у вещи включительно.

18) Съ вѣрнымъ тактомъ оцѣнилъ римляне зарытіе въ землю, какъ особую типическую форму храненія. И вотъ причина, почему этотъ случай имѣетъ столь видную роль въ римской науцѣ объ владѣніи; см. L. 44, pr. h. t. D.; cnfr. L. 3, § 3, ibid.; L. 15, 10, 4, ibid..

19) Храненіе всегда и непремѣнно предполагаетъ свободу, вѣстную, личность, вѣ какъ только лицо физически подало во власть другого, то понятіе храненія исчезаетъ; поэтому понятіе храненія является только въ мирномъ благоустроенномъ обществѣ, гдѣ личность чувствуетъ себя въ безопасности: custodia adversus vim ruzum proficit!

20) И обратно (см. выше стр. 6-ая), брошенной или утерянной можетъ считаться лишь такая вещь, которая почитается таковою *по понятіямъ оборота*, а не по субъективному представленію лица. Кто бросилъ вещь несоответствующимъ понятіямъ оборота о покинутій вещей, тотъ раскуютъ получить вещь обратно отъ какому-либо находчика. Кто считаетъ вещь утерянной, когда по мнѣнію оборота она еще не является таковою, тотъ все же продолжаетъ быть владѣльцемъ вещи и похитившій такую вещь совершаетъ кражу, а не присвоеніе.

21) Следовательно, не diligens pater familias. Въ области обязательственнаго права римское право знала и эту повышенную custodia, но она отличается отъ той средней, минимальной custodia, которая составляетъ основаніе владѣнія движимостями.

Повышенная custodia (сюда относятся, напр., приспособления сохранности: замки, задоры, двери, заборы et cet., затвора, стража и пр.), когда таковы, сь точки зрѣнія оборота, относятся не къ существу хранения, а являются выражением лишь особой заботливости въ отношеніи вещи и т. д.; срвн. ниже, стр. 13, 14) можетъ лежать на лицѣ въ силу особыхъ юридическихъ (обязательственныхъ) отношеній, каковыми являются отношенія во возращеніи полученныхъ въ детенцію вещей. Конечно, повышенная custodia заключаетъ въ себя, а fortiori и среднюю, минимальную, но не ея обуславливается состояніе владѣнія. Срвн. Bruckner, Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischen Recht, стр. 47, 68, § 8; и слл., въ особ. pg. 72.

22) Напримѣръ. L. 5, § 4, 41. 1. D.: Examen quod ex alveo nostro evolaverit eo usque nostram esse intelligitur donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio est. Cnfr. L. 18, § 2, h. t. D.

23) Это—крайній предѣлъ практическаго понятія присутствія въ смыслѣ теоріи хранения. Когда, на основаніи опытныхъ данныхъ, не можетъ быть предположенія, что кто-либо когда-либо явится къ вещи, то она, собственно, является уже брошенной или утерянной.

24) Вотъ, почему visus, зрѣніе, играетъ столь видную роль въ римской теоріи владѣнія (срвн. L. 5, § 4, cit. выше примѣч. 22; L. 18, § 2, h. t. D.; L. 1, § 21. ibid; L. 79, 46. 3. D.). Римскіе юристы, по всей справедливости, подмѣтили въ той связи, которая устанавливается между субъектомъ и объектомъ при посредствѣ зрѣнія, довольно постоянный признакъ хранения владѣнія, и притомъ признакъ настолько надежный, что некоторые (возможные) считали возможнымъ, совершенно обихнымъ образомъ полагать его въ основу факта приобретеннаго владѣнія (см. нѣг. мѣста, въ особенноти L. 1, § 21 и L. 18, § 2 cit.).

25) Такъ, известно, напримѣръ, что пастухъ сторожить не только внутреннихъ или домашнихъ животныхъ, прислушиваясь къ шезесту и шуму, производимому ими гдѣ либо за кустами, или къ звуку колокольчика.

26) Срвн. J. J. IV. 1, § 2. II въ противоположенію этому пониженію дѣятельности хранения въ ночное время, уже законы XII-ти табл. обложили ночную кражу особенно суровымъ наказаніемъ. Bruns, Fontes, tabula VIII, № 12.

27) Сравни L. 44, pr. h. t. D... nec infrunitatem memoriae damnum adferre possessionis quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum quos non viderimus interire possessionem... Все это вполнѣ относится и къ custodia.

28) Изъ сказаннаго слѣдуетъ также, что субъектомъ хранения можетъ быть безумный и сумасшедшій.

29) Срвн. выше, стррр 7.11, примѣч. 18 и 23.

30) Приспособленія сохранности въ источникахъ тоже называются custodia: L. 17, § 15, 21. 1. D... Plane si talem custodiam et cet. (я supra... ut sub una clave tota eius habitatio caset...). Срвн. выше, примѣч. 10.

31) Такой выводъ дѣлаетъ G. GdBL., pg. 127, ссылаясь на L. 47, pr. h. t. D. Однако, по нашему мнѣнію, изъ этого мѣста прямо вытекаетъ обратное: L. 47, cit. Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi permissam (Mommesen) possidere neque reddere constitueris, confestim me amisisse possessionem vel ignorantem responsum est, cuius rei forsitan illa ratio est quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit. Възл custodia, храненіе, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, относится къ господству отношенія: депозиту, коммодату et cet., а не къ прямому хранителю. Этотъ послѣдній отнюдь не утрачиваетъ хранения, а, быть можетъ, наоборотъ, рѣшившись воспользоваться чужою вещью для себя, сдѣлалъ его особенно вѣнсившимъ. Отсюда вытекаетъ выводъ о необходимости признанія въ подобныхъ случаяхъ двойной custodia, который мы и дѣлаемъ въ текстѣ. Этотъ выводъ подтверждается еще L. 38, § 9, 45. 1. D.

32) Также въ источникахъ: „custodiae causa deponere“, см. L. 39, h. t. D.

33) Въ текстѣ мы коснулись наиболее простой формы вложеннаго хранения, но возможны, конечно, формы гораздо болѣе сложныя. Напримѣръ, А передаетъ вещь на храненіе В. В, безъ вѣдома А, далѣе, С, С, такъ какъ же способомъ В, В—Е и т. д. Косвенный хранитель А, но храненіе здѣсь осуществляется еще и черезъ нѣкій рядъ посредствующихъ лицъ В, С, D; такъ какъ А и Е другъ друга не знаютъ—то вложеніе воли D, С, С, В, и довѣріе между ними создаетъ важное условіе обезпеченія господства А надъ вещью, находящеюся въ рукахъ Е. Такой случай упоминается въ L. 30, § 6, h. t. D.

34) Въ самомъ дѣлѣ, наши источники выдѣляютъ громадные предметы въ теоріи владѣнія въ особую группу—L. 1, § 21, h. t. D... argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columbus et cet.

35) Срвн. выше, примѣч. 21.

ОНК

324

Проф. В. А. Юшкевичъ.

ТОРГОВОЕ ПРАВО.

Его понятие, характеристика и отношение къ праву гражданскому.

Вступительная лекция, читанная въ Императорскомъ Томскомъ Университетѣ 16 октября 1901—1902 гг.

ТОМСКЪ,

типо-литографія М. Н. Корюнова.

1902

611K541, ^{оудман}
^{педологическ. оф. обстава}

Проф. В. А. Юшкевичъ.

Торговое Право.

Его понятие, характеристика и отношеніе къ
праву гражданскому.

Вступительная лекція, читанная въ Императорскомъ
Томскомъ Университетѣ 16 октября 1901—1902 уч. года.

ТОМСКЪ,

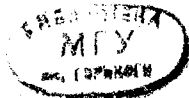
типо-литографія М. Н. Кононова.

1902

№ 937
Томскъ 13

✓ 3101.

Изъ Извѣстій Императорскаго Томскаго Университета.



175112 кр. 94

~~938:17335~~

М. З.

На мою долю выпала высокая честь открывать курсы торгового права въ Императорскомъ Томскомъ Университетѣ.

Я счастливъ принять на себя преподаваніе торгового права въ странѣ, впервые открытой для русской промышленности именитыми людьми, въ странѣ, въ которой до послѣдняго времени торговля была почти единственною культурною силою—гдѣ, наконецъ, торговлѣ предстоитъ еще столь широкое и благодарное подприще!

Хорошее торговое право, основательное знакомство съ торговымъ правомъ составляютъ немаловажное условіе преуспѣянія торговли...

Тема, на которую я намѣренъ бесѣдовать сегодня, представляется сама собою. Это—вопросы: о торговомъ правѣ, его понятіи, характеристикѣ и объ отношеніи его къ праву гражданскому.

Вся совокупность объективныхъ юридическихъ нормъ, регулирующихъ нашу дѣятельность, группируется вокругъ трехъ основныхъ центровъ человѣческихъ интересовъ. Эти центры суть: индивидъ, т. е. отдѣльное лицо, союзъ государственный и союзъ международный. Сообразно съ этимъ, и торговое право можетъ быть международнымъ, государственнымъ и частнымъ.

Когда говорятъ о торговомъ правѣ, то обыкновенно разумѣютъ частное торговое право. Частное торговое право есть торговое право въ собственномъ смыслѣ. Оно то и составляетъ предметъ особой академической дисциплины, преподаваемой нынѣ въ университетахъ всѣхъ странъ.

Такъ что-же такое частное торговое право, въ чемъ заключаются его характерныя черты, въ какомъ отношеніи стоитъ оно къ общему частному (гражданскому) праву?

Дать понятію торговаго права точное опредѣленіе—нелегко. Общее затрудненіе, съ которымъ приходится бороться всякой юридической дефиниціи—измѣнчивость нормъ права во времени и пространствѣ, особенно обостряется по отношенію къ торговому праву. Въдѣ торговое право возникаетъ вмѣстѣ съ торговлей на сравнительно высокой степени культуры и не опирается, поэтому, на такую продолжительную историческую традицію, какъ, напримѣръ, право гражданское; съ другой стороны, проистекая, въ большей части своихъ положеній, не изъ сокровенной глубины нравственныхъ потребностей природы человека, а изъ потребностей торговли, торговое право находится подъ неотразимымъ вліяніемъ измѣнчивыхъ соображеній цѣлесообразности.

Однако, для того чтобы преодолѣть отмѣченное затрудненіе, а вмѣстѣ съ тѣмъ и пробить себѣ путь къ правильному пониманію торговаго права, посмотримъ, какъ возникло и измѣнялось современное понятіе торговаго права въ законодательствахъ¹⁾.

Въ средніе вѣка и въ до-революціонное время торговое право было особеннымъ правомъ торговаго сословія; при этомъ, купцомъ являлся не столько тотъ, кто дѣйствительно отдавался торговой профессіи, сколько

тотъ, кто принадлежалъ къ замкнутой купеческой корпорации. Съ точки зрѣнія разсматриваемой эпохи торговое право опредѣляется легко: понятіе торговаго права является чисто *субъективнымъ*, безошибочный критерій его заключается въ принадлежности къ купеческому сословію.

Въ своемъ стремленіи создать равенство всѣхъ передъ закономъ, уничтожить всѣ сословныя преграды, сдѣлать всѣ профессіи свободными, французская революція нанесла смертельный ударъ прежнему понятію о торговомъ правѣ. Наполеоновское гражданское законодательство, а именно, знаменитый Code de Commerce 1807 года, выдвинуло новое воззрѣніе на торговое право, которое, въ противоположность прежнему, слѣдуетъ назвать *объективнымъ*.

Воззрѣніе это, къ которому, въ основныхъ чертахъ, примкнуло Германское торговое уложеніе 1861 года, Итальянское 1882 года и друг., стремится обособить понятія: „торговое дѣйствіе“, „торговая сдѣлка“, „торговое право“, отъ понятія „купецъ“ и поставить первыя на собственныя основанія²⁾.

Такимъ образомъ создается объективная сфера торговыхъ отношеній, почти совершенно оторванная отъ ея живого носителя—купца. Эта система объективнаго построения торговаго права характеризуется тѣмъ, что законъ устанавливаетъ, перечисляетъ дѣйствія, которыя онъ почитаетъ торговыми, и всякій совершающій ихъ, будь то купецъ или некупецъ, подчиняется установленнымъ для нихъ торговымъ нормамъ³⁾; купцомъ, при этой системѣ, является тотъ, кто профессионально совершаетъ торговыя дѣйствія (сдѣлки). *Торговое право становится правомъ торговыхъ отношеній.*

Изъ прежняго *privilegium personae* оно превращается въ *privilegium causae!*

Таково объективное понятие о торговомъ правѣ, въ его чистомъ видѣ.

Но исчерпать всё торговья дѣйствія нельзя, актовъ съ ясно выраженнымъ торговымъ типомъ немного, установить специфическіе объективные признаки торговыхъ дѣйствій трудно; цѣлый рядъ дѣйствій, не имѣющихъ рѣзко-выраженнаго торговаго характера, совершаемыхъ купцами, обнаруживаетъ, въ внутренней природѣ своей, одинаковое тяготѣніе къ нормамъ, установленнымъ для объективно-торговыхъ дѣйствій. И вотъ, французскій кодексъ, а за нимъ и другія, послѣдовавшія французскому шаблону, законодательства не выдерживаютъ объективнаго понятія о торговомъ правѣ, въ его частомъ видѣ, и вносятъ въ задачи опредѣленія торговаго права моментъ субъективный, моментъ торговой профессіи. Такъ, напримѣръ, французское право, кромѣ объективныхъ торговыхъ дѣйствій, причисляетъ къ торговымъ еще и всё сдѣлки, заключаемыя купцомъ для своей профессіи; это, такъ называемыя, сдѣлки *по приращенію*. То-же германское уложеніе, знакомое, кромѣ того, еще съ особой категоріей торговыхъ сдѣлокъ, которыя, не будучи торговыми сами по себѣ, становятся однако таковыми, когда онѣ совершены купцомъ (субъективно-торговья сдѣлки). Но такъ какъ отличить сдѣлки, заключаемыя купцомъ для своей профессіи, отъ сдѣлокъ, совершаемыхъ имъ въ качествѣ частнаго лица, не всегда легко, то, въ концѣ концовъ, французское и германское право приходятъ къ предположенію, что всякая сдѣлка купца почитается торговою, доколѣ не будетъ доказано противное.

Такимъ образомъ, Code de Commerce и послѣдовавшія ему законодательства, исходя изъ объективнаго представленія о торговомъ правѣ, изъ разъединенія

купца и торговой сдѣлки, приходятъ къ болѣе или менѣе субъективному его пониманію, къ установленію тѣсной связи между купцомъ и торговыми дѣйствіями.

Во всемъ этомъ заключается явная непоследовательность. Быть можетъ, объективное понятіе торговаго права представляетъ вѣрную формулу для выраженія идеи торговой свободы, но для практическихъ цѣлей специальной юридической нормировки торговыхъ отношеній это понятіе, очевидно, недостаточно. Устанавливая его, разсматриваемыя законодательства, несомнѣнно, заходятъ черезъ-чуръ далеко, гораздо дальше, чѣмъ этого требуетъ ихъ прямая цѣль—установленіе торговой свободы.

Въ самомъ дѣлѣ, „купецъ“, „торговое дѣйствіе“, „торговая сдѣлка“—суть понятія столь тѣсно связанныя, что ихъ разъединять нельзя; съ другой стороны, и подчиненіе некупцовъ, совершающихъ объективно-торговья дѣйствія, торговому праву несправедливо; ибо, какъ мы увидимъ ниже, преобладающее большинство особенностей торговаго права коренится именно въ субъективныхъ условіяхъ купеческой дѣятельности, въ моментѣ торговой профессіи.

Значительный шагъ впередъ въ дѣлѣ установленія истинныхъ границъ торговаго права, по нашему мнѣнію, сдѣланъ новымъ германскимъ торговымъ уложеніемъ 1897 года.

Сохранивъ по традиціи объективныя торговья дѣйствія, это уложеніе основываетъ, однако, понятія о купцѣ, о торговой дѣятельности не на однихъ только этихъ дѣйствіяхъ, но причисляетъ сюда же и промышленныя предпріятія, которыя „по роду своему и объему“ требуютъ оборота, имѣющаго торговый характеръ, поскольку фирма предпринимателя занесена въ торговый реестръ (§ 2, назв. улож.).

Такимъ образомъ, понятіе торговыхъ дѣйствій, подлежащихъ сужденію по торговому праву, получаетъ весьма цѣлесообразное расширеніе, почерпаемое изъ существа торговой дѣятельности; съ другой же стороны, новое германское торговое уложеніе положительно отказывается отъ понятія объективныхъ торговыхъ сдѣлокъ, обсуждаемыхъ по торговому праву независимо отъ того, совершаетъ ли ихъ купецъ, или некупецъ, и считаетъ сдѣлки торговыми лишь постольку, *поскольку они принимаются купцомъ въ области торговой профессіи.*

Торговое право становится *privilegium personae et causae*.⁽⁴⁾

Въ новомъ германскомъ торговомъ уложеніи, значитъ, замѣтно возвращеніе къ субъективной исходной точкѣ торговаго права; а именно, къ понятію о купцѣ, но, въ отличіе отъ средневѣкового пониманія торговаго права, купцомъ здѣсь является не членъ замкнутой торговой корпораціи, а всякій представитель торговой профессіи⁽⁵⁾; торговому праву подчиняется не купецъ, какъ таковой, а лишь купецъ въ сферѣ торговли⁽⁶⁾.

Бросая общій взглядъ на представленную картину развитія понятія торговаго права въ новѣйшемъ законодательствѣ и оцѣнивая внутреннее достоинство отдѣльныхъ фазисовъ этого развитія, мы должны опредѣлить торговое право, какъ *совокупность частно-правовыхъ нормъ, разграничивающихъ интересы представителей торговли въ сферѣ торговыхъ отношеній.*

Это опредѣленіе включаетъ въ себѣ два основныхъ момента.

Во-первыхъ. Только купецъ является носителемъ торговаго права, ибо только его профессиональная дѣятель-

ность создаетъ тѣ особыя условія, для которыхъ устанавливается торговое право. Наоборотъ, примѣненіе торговыхъ нормъ къ некупцамъ, которое мы видимъ при строго-объективномъ пониманіи торговаго права, представляло-бы несправедливость.

Во-вторыхъ. Не всякая сдѣлка купца заслуживаетъ обсужденія по торговому праву. Занимаясь торговлей, принимая особое торговое имя, обособляя часть своего имущества для цѣлей торговли, купецъ не перестаетъ быть гражданиномъ. Подобно двуликому Янусу, онъ обращается одною стороною къ торговлѣ, другою къ общей гражданской жизни. Эта послѣдняя, опять-таки, не включаетъ въ себѣ условій, которыя-бы оправдывали примѣненіе къ ней особыхъ нормъ торговаго права. Поэтому, торговое право находитъ другое ограниченіе свое въ моментѣ торговли, торговой дѣятельности.

Такъ, по нашему мнѣнію, теорія должна опредѣлять торговое право.

Вопросы о томъ, какими отличительными признаками законодатель отмѣтитъ купца въ юридическомъ смыслѣ, какой критерій установитъ для торговли, дастъ-ли онъ юридическому понятію о ней большее или меньшее расширеніе, распространитъ-ли онъ, въ соображеніяхъ цѣлесообразности, дѣйствіе нормъ торговаго права и на некупцовъ, вступающихъ въ сдѣлки съ купцами.— Все это суть весьма важныя и трудныя задачи законодательства, законодательной техники, науки и практики; но то или иное рѣшеніе ихъ ни въ чемъ не затрагиваетъ принципиальнаго пониманія торговаго права.

Представленное нами опредѣленіе торговаго права особенно интересно для насъ, русскихъ юристовъ, такъ какъ по нашимъ торговымъ законамъ тома XI-го части

2-ой тоже не существует объективно-торговых дѣйствій, а всѣ сдѣлки являются торговыми лишь посколькѣ онѣ совершаются купцами въ области торговых оборотов⁷⁾.

Что же побуждаетъ законодателя признавать отдѣльное торговое право, создавать обособленные торговые кодексы? Въ чемъ заключаются особенности торгового права?

Я не могу, конечно, ставить себѣ цѣлью предпринять въ этой лекціи исчерпывающую характеристику торгового права. Я надѣюсь, Милостивые Государи, что Вы лучше всего почерпнете таковую изъ предстоящаго намъ курса; здѣсь же я ограничусь лишь разсмотрѣніемъ важнѣйшихъ, наиболѣе вынуклыхъ, чертъ нашего предмета.

Раньше всего, въ торговомъ быту существуетъ рядъ установленій, совершенно немыхъ въ общей гражданской жизни, таковы: биржи, банки, товарные склады. Юридическія нормы, обусловливаемыя этими установленіями; относятся къ торговому праву.

Но и кромѣ того, въ области гораздо болѣе близкой гражданскому обороту, а именно, въ области торговыхъ сдѣлокъ, торговое право показываетъ особенности, которыя объясняются только спеціальными интересами торговой профессиональной дѣятельности.

Преслѣдуя цѣли спекуляціи, наживы, торговля знакома только съ возмездными сдѣлками. Каритативныхъ сдѣлокъ: *donatio, commodatum, depositum, mandatum*, торговое право не знаетъ. Подобно этому, не существуетъ между купцами и безмезднаго займа; купецъ

не можетъ отдавать денегъ въ долгъ изъ любезности; онѣ у него не лежатъ, а растутъ въ оборотахъ. Поэтому, напр., кодексы (Герм. §§ 353, 354; Итал. 41; Русск. проектъ гр. ул. объ обязат. 357, абз. 2) постановляютъ, что купцы между собою, по взаимнымъ требованіямъ, могутъ взимать проценты и безъ особаго о томъ соглашенія. Равномѣрно, недоговорное веденіе дѣлъ однимъ купцомъ за другого въ сферѣ своего торгового промысла предполагается возмезднымъ (Герм. § 354).

Торговля построена на кредитѣ, на своевременности и точности платежей. Велѣдствіе этого торговое право стремится къ легкой обрацаемости и реализуемости обязательствъ и цѣнностей, а также и къ строгой и быстрой осуществимости долговыхъ требованій; отсюда рядъ особенностей при передачѣ обязательствъ, возникающихъ въ торговлѣ: передача бумагъ на предъявителя какъ вещей, упрощенная передача обязательствъ, путемъ, такъ называемаго, индосамента (напр., при векселяхъ); отсюда преобладаніе въ торговомъ правѣ абстрактныхъ сдѣлокъ, т. е., такихъ сдѣлокъ, которыя имѣютъ силу сами по себѣ, независимо отъ своего матеріальнаго экономическаго основанія (такова, на примѣръ, была римская стипуляція, такимъ является современный вексель); отсюда, наконецъ, упрощенная форма передачи владѣнія вещами, существующая въ торговомъ правѣ, которая состоитъ въ передачѣ представляющихъ вещи документовъ (на примѣръ, коносамента, HGB: § 450⁸⁾.

Широкій кругъ лицъ, съ которыми купецъ приходитъ въ соприкосновеніе, благодаря своей торговой дѣятельности, обусловливаетъ другія особенности торгового права, которыя именно имѣютъ въ виду охрану интересовъ третьихъ лицъ. Такъ, на примѣръ, мы встрѣчаемся въ торговомъ правѣ съ постановленіемъ, что

собственникъ ограниченъ въ правѣ отыскивать утраченную имъ или похищенную у него вещь отъ третьихъ лицъ, какъ только эти лица приобрѣли подобную вещь на ярмаркѣ или въ магазинѣ у купца, производящаго торговлю этого рода вещами⁹⁾. Равномѣрно, собственникъ не имѣетъ права отыскивать изъ рукъ третьихъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ утраченную имъ или похищенную у него бумагу на предъявителя¹⁰⁾ и т. д.

Купецъ совершаетъ сдѣлки изо дня въ день; его жизнь протекаетъ, такъ сказать, въ заключеніи сдѣлокъ; онъ по необходимости дѣловой человекъ. Поэтому законодатель въ правѣ ожидать и требовать отъ купца большей степени рачительности въ юридическихъ отношеніяхъ, чѣмъ отъ обыкновенныхъ гражданъ. И вотъ мы видимъ, что въ то время какъ гражданское право ограничивается мѣркой порядочнаго домохозяина (*bonus paterfamilias*), торговые кодексы требуютъ рачительности порядочнаго купца (*bonus mercator*, срвн. Герм. § 347). На этой сравнительно большей степени дѣловой порядочности, которой долженъ удовлетворять купецъ, основывается не одна особенность торговаго права.

Та-же самая дѣловая опытность купца составляетъ причину, почему въ торговомъ правѣ не примѣняются стѣснительныя и тяжеловѣсныя формы гражданскихъ сдѣлокъ. Форма въ гражданскомъ правѣ должна, главнымъ образомъ, охранить людей неопытныхъ отъ заключенія легкомысленныхъ сдѣлокъ. Купцы, эти гиганты дѣловой жизни, въ подобной опеки не нуждаются; къ тому-же она бы помѣшала и желательной быстротѣ ихъ оборотовъ.

Постоянная повторность торговыхъ сдѣлокъ, въ купеческой профессіи, оказываетъ иногда влияние и на

самое содержаніе опредѣляющихъ ихъ нормъ. Нѣкоторыя побочныя соглашенія, маловажныя или безразличныя при единичной гражданской сдѣлкѣ, получаютъ большое экономическое значеніе въ торговлѣ и нуждаются въ особой регламентаціи. Таковы, напримѣръ, постановленія торговыхъ кодексовъ о томъ, что при расчетѣ покупной цѣны по вѣсу проданнаго товара упаковка въ счетъ не идетъ (Германск. § 380, срвн. Русск. проектъ, 189).

Дѣловая зрѣлость купца и потребности торговаго кредита не позволяютъ торговцу прибѣгать къ тѣмъ средствамъ защиты противъ эксплуатаціи, которыя установлены для общаго гражданского оборота. Сюда относятся, напримѣръ, встрѣчающіяся изстари въ законодательствахъ видоизмѣненія процентнаго *maximum'a* и нѣкоторыхъ другихъ ограниченій процентовъ для купцовъ¹¹⁾. Далѣе, въ торговомъ оборотѣ безусловно исключаются такія средства, какъ *lex Anasthasiana*, *laesio enormis*¹²⁾.

Капиталистическій и промышленный характеръ торговли обусловливаетъ возможность примѣненія къ ней правилъ, которыя не выдерживаютъ практической пробы въ мелкомъ и случайномъ гражданскомъ оборотѣ. Сюда относится постановленіе торговыхъ кодексовъ о томъ, что купецъ, не принимающій товара, присланнаго ему другимъ купцомъ, обязанъ его хранить впредь до распоряженія продавца, а если товаръ подверженъ скорой порчѣ, то покупатель можетъ продать его по рыночной цѣнѣ или просить судъ о разрѣшеніи продажи съ публичнаго торга (Герм. §§ 373, 379).

Быстрота составляетъ одно изъ немаловажныхъ условій успѣха торговыхъ оборотовъ. Отсюда законъ требуетъ отъ купцовъ въ торговыхъ дѣлахъ непромедли-

тельной дѣятельности. Такъ, напр., § 362 Германскаго торговаго уложенія постановляетъ: „если купецъ, промыселъ котораго заключается въ совершеніи сдѣлокъ за другого, получить предложеніе предпринять подобную сдѣлку отъ лица, съ которымъ онъ стоитъ въ дѣловыхъ отношеніяхъ, то онъ немедленно долженъ дать отвѣтъ. Молчаніе его истолковывается какъ принятіе предложенія“. Или другое подобное постановленіе: „Купецъ долженъ немедленно, насколько это возможно при порядочномъ веденіи дѣла, осмотрѣть доставленные ему продавцомъ товары, и если окажется недостатокъ, немедленно же заявить о томъ продавцу“ (тамъ же, § 377).

Интенсивность торговаго оборота накладываетъ особенный отпечатокъ на характеръ источниковъ торговаго права. Среди этихъ послѣднихъ особенное значеніе получаетъ обычай. Никакой законъ не можетъ услѣдить за прогрессирующимъ ходомъ торговой жизни, за всеми формами, въ которыя укладывается дѣловой оборотъ; поэтому рациональное торговое законодательство должно отвести обычаю широкую область примѣненія. Это тѣмъ болѣе естественно, что торговый обычай совмѣщаетъ въ себѣ такія качества, которыя несвойственны обычаю вообще: торговый обычай образуется въ средѣ просвѣщенныхъ специалистовъ; при многократной повторяемости торговыхъ сдѣлокъ онъ легко и удобно констатируется. Все это дѣлаетъ изъ торговаго обычая весьма цѣнный источникъ юридическихъ нормъ, и справедливыя возраженія, возбуждаемыя противъ пригодности обычая, какъ источника права вообще, по отношенію къ торговому обычаю отпадаютъ¹³⁾.

Наконецъ, космополитическій характеръ торговли общается и торговому праву. Торговое право есть по преимуществу общечеловѣческое право; это—настоящее

современное *ius gentium*, которое при теперешнемъ господствѣ національныхъ идей составляетъ одну изъ немногихъ областей, замкнутыхъ для національной обособленности и исключительности. И если когда-нибудь послѣдуетъ объединеніе частнаго права цивилизованныхъ народовъ, то оно, несомнѣнно, начнется съ права торговаго.

Оглядываясь на все вышеизложенное о характерныхъ особенностяхъ торговаго права, мы должны будемъ признать, что торговое право есть *ius strictum*, т. е. *строгое право, въ которомъ формальная правда преобладаетъ надъ матеріальной, что оно есть право возмезднаго, спекулятивнаго оборота, что оно есть право, предполагающее субъектовъ, стоящихъ на стражѣ своихъ интересовъ, и, наконецъ, что оно есть право подвижное и космополитическое.*

Все эти черты, достаточно противопологающія торговое право гражданскому, взятыя вмѣстѣ, даютъ понятіе объ особомъ духѣ торговаго права.

Этотъ духъ торговаго права, въ свою очередь, является источникомъ безчисленнаго множества положеній, когда, за отсутствіемъ торговой нормы, приходится разрѣшать тѣ или иные случаи по аналогіи.

Казалось бы все сказанное вполне оправдываетъ признаніе торговаго права за самостоятельную отрасль частнаго права въ широкомъ смыслѣ и выдѣленіе его въ особые торговые кодексы...

Однако, въ новѣйшее время, въ доктринѣ и законодательствѣ сказывается сильное теченіе, отрицающее за торговымъ правомъ самостоятельное существованіе; въ торговомъ правѣ начинаютъ видѣть лишь часть права гражданскаго, большую или меньшую совокупность „разрозненныхъ исключеній“ изъ послѣдняго. Вмѣстѣ съ

этимъ предлагаютъ покончить съ „дуализмомъ“ частно-правовыхъ системъ, по возможности объединить право торговое съ правомъ гражданскимъ, превративъ значительную часть нормъ торговаго права въ общегражданскія. Сообразно съ этимъ, не должно уже болѣе существовать и отдѣльныхъ торговыхъ кодексовъ, немногія особенности торговаго права могутъ быть включены въ гражданское уложеніе.

Возрѣніе это, развившееся, главнымъ образомъ, за послѣдніе двадцать пять лѣтъ, имѣетъ цѣлый рядъ защитниковъ въ литературѣ¹⁴⁾ и получило уже свое осуществленіе въ нѣкоторыхъ новыхъ кодификаціяхъ, напримѣръ, въ Нижнеканадскомъ уложеніи 1866 года, въ Калифорнскомъ уложеніи 1873 года и въ Швейцарскомъ обязательственномъ правѣ 1881 года¹⁵⁾.

Основной аргументъ противниковъ идеи самостоятельнаго, обособленнаго торговаго права состоитъ въ томъ, что нѣтъ де ясныхъ критеріевъ, которые бы отдѣляли торговое право отъ гражданскаго. Въ исторіи мы видимъ, что области торговаго и гражданскаго права сливаются, что институты, признававшіеся поначалу торговыми, становятся постепенно достояніемъ общаго гражданскаго права. Если, слѣдовательно, судить о томъ, что будетъ, по тому, что было, то торговое право должно будетъ поглотить когда-нибудь право гражданское. Не охватываетъ-ли уже и теперь духъ торговли весь гражданскій оборотъ? Не пора-ли, наконецъ, разстаться съ вѣрою въ принципиальныя особенности торговаго права? Да и съ точки зрѣнія догматической, нельзя де указать на какую-нибудь опредѣлительную, внутреннюю черту различія между гражданскимъ и торговымъ правомъ¹⁶⁾; установленіе границъ торговаго права въ кодексахъ произвольно и показываетъ колебанія.

Торговое право въ рядѣ вопросовъ не исходитъ изъ какихъ-либо особенныхъ принциповъ, но руководствуется началами гражданскаго права¹⁷⁾.

Къ этимъ отвлеченнымъ соображеніямъ прибавляютъ еще возраженія практическаго свойства. Признаніе самостоятельнаго торговаго права и, являющееся слѣдствіемъ его, раздвоеніе частнаго права лишаетъ послѣднее надлежащей наглядности и вызываетъ противорѣчія и повторенія въ параллельныхъ кодексахъ, и торговое и гражданское право становятся запутанными, неясными и крайне затрудняютъ судью въ дѣлѣ ихъ практическаго примѣненія¹⁸⁾.

Правда, во многихъ странахъ признается самостоятельное торговое право, существуютъ отдѣльные торговые кодексы, но это де болѣе объясняется полусознательной исторической традиціей или какими-нибудь посторонними, временными соображеніями¹⁹⁾, чѣмъ истинною потребностью въ торговыхъ кодификаціяхъ.

Вся эта аргументація не представляется намъ убѣдительною.

Торговое право, какъ самостоятельная отрасль права, всегда было, есть и будетъ. Оно представляетъ не часть гражданскаго права, а, въ существенномъ своемъ составѣ,—параллель его. Торговое право является не большею или меньшею совокупностью исключеній изъ права гражданскаго, а цѣлою областью особыхъ юридическихъ нормъ, вытекающихъ изъ особыхъ потребностей и условій торговли. Поэтому, торговому праву, намъ думается, всегда будетъ принадлежать мѣсто и въ особомъ торговомъ кодексѣ.

Въ пользу вышесказаннаго утвержденія мы приводимъ слѣдующія соображенія:

Во-первыхъ. Полное сліяніе торговаго права съ гражданскимъ невозможно. Сами поборники идеи единства въ гражданскомъ правѣ признають это и допускають необходимость ряда особыхъ нормъ для „торговли“, для торговой дѣятельности ²⁰). А если такъ, то все дѣло сліянія торговаго и гражданского права, поскольку оно предпринимается ради наглядности единой и нераздѣльной системы частнаго права, не достигаетъ цѣли: въ кодексахъ остаются: „торговля“, „купецъ;“ наконецъ, остается „торговое право“ и вся трудность его опредѣленія, ради которой то, главнымъ образомъ, и стремятся къ объединенію частно-правовыхъ системъ ²¹). И не слѣдуетъ питать иллюзій, чтобы эта неизбѣжная, такимъ образомъ, доля двойственности въ частномъ правѣ когда-либо изгладилась: пока дѣйствуетъ законъ раздѣленія труда, торговля, какъ особая профессія, всегда будетъ обособляться отъ общаго гражданского быта и вызывать тѣ особыя условія, которыя требуютъ спеціальной ея нормировки помощью торговаго права.

Во-вторыхъ. Нѣтъ спора, можно указать рядъ нормъ, которыя изъ спеціально-торговыхъ, съ теченіемъ времени, превратились въ обще-гражданскія. Таковы, на примѣръ, правила о договорахъ между отсутствующими, о векселяхъ, правоспособность женщинъ вступать въ поручительства; сюда же относятся, на примѣръ, распространеніе конкурснаго производства и на некушцовъ... Но этого явленія не слѣдуетъ черезъ-чуръ обобщать и нельзя увлекаться имъ, ибо нѣкоторые изъ приведенныхъ институтовъ никогда, собственно, не имѣли спеціфически торговаго характера, (напр., правила о договорахъ между отсутствующими, способность женщинъ ручаться ²²); относительно-же другихъ, по всей справедливости, могутъ быть возбуждены сомнѣнія въ цѣлесо-

образности распространенія ихъ на весь гражданскій оборотъ. Такъ, на примѣръ, вексель, сдѣлавшійся въ наше время достояніемъ всѣхъ гражданъ; будучи въ торговомъ быту учрежденіемъ весьма цѣннымъ и полезнымъ, онъ становится въ жизни гражданской опаснѣйшимъ орудіемъ потребительнаго кредита, приближающимъ ростовщиковъ, легкомысленныхъ должниковъ и средствомъ эксплуатаціи темнаго люда ²³).

Кромѣ того, не будемъ забывать, что если часть нормъ торговаго права постепенно поглощается гражданскимъ, то, съ другой стороны, въ торговомъ быту постоянно нарождаются новые специфическіе институты, и, такимъ образомъ, пространство, раздѣляющее торговое право отъ гражданского, остается болѣе или менѣе постояннымъ.

Въ концѣ концовъ, думается, что трудность провести ясную грань различія между двумя областями права еще не служитъ основаніемъ для отрицанія самаго различія этихъ областей. Въдѣ совершенно та-же трудность существуетъ въ отношеніи разграниченія частнаго и публичнаго права и, между тѣмъ, никто не отрицаетъ ихъ противоположности ²⁴).

Въ-третьихъ. Стремясь во имя вышней гармоніи и единства въ кодификаціи къ объединенію частнаго права, законодатель неизбѣжно навязетъ народу часть нормъ, совершенно чуждыхъ гражданскому обороту, и внесетъ долю торговаго духа въ гражданскій кодексъ. Это создастъ право, которое можетъ оказаться не по плечу хозяйственной зрѣлости массы населенія. И можно прямо утверждать, что чѣмъ моложе общій культурный складъ страны, чѣмъ шире, слѣдовательно, пропасть раздѣляющая торговый оборотъ отъ обще-гражданскаго, тѣмъ подобное сліяніе гражданского и торговаго права опаснѣе.

Въ-четвертыхъ, наконецъ, объединеніе гражданскаго права неминуемо нанесетъ рѣшительный ударъ и естественному развитію торговаго права. Особья тенденціи обширнаго матеріала гражданскаго права будутъ давить на право торговое, и бодрый духъ послѣдняго лишится своей производительной силы.

Въ заключеніе, нѣсколько словъ о взглядѣ на отношеніе права торговаго къ гражданскому, усвоенномъ составителями нашего проекта V-й книги гражданскаго уложенія объ обязательствахъ.

На основаніи вышесказаннаго можно было-бы думать, что наши кодификаторы, составляя уложеніе для народа по преимуществу земледѣльческаго, для народа, промышленный бытъ котораго далекъ еще отъ предѣловъ наивысшаго развитія, позаботится о строгомъ и леномъ разграниченіи областей торговаго и гражданскаго права;— можно было-бы думать, что нашъ проектъ отведетъ широкую область особому торговому праву и выльется въ форму двухъ самостоятельныхъ кодексовъ: гражданскаго и торговаго.

Ничуть не бывало! Редакторы проекта V-й книги гражданскаго уложенія объ обязательствахъ повторяютъ доводы западно-европейскихъ юристовъ противъ самостоятельнаго значенія торговаго права: они ссылаются на примѣры Швейцарскаго, Нижнеканадскаго и Калифорнскаго уложеній и переносятъ нормы изъ западныхъ торговыхъ кодексовъ (напримѣръ—Германскаго) въ проектъ общаго гражданскаго закона для Россіи. Такимъ

образомъ, въ нашъ будущій законъ воспринимаются идеи сомнительнаго практическаго достоинства сами по себѣ, во всякомъ же случаѣ идеи, возникшія въ совершенно другихъ культурныхъ условіяхъ. По мано-венію пера законодателя широкія массы русскаго населенія пріобрѣтаютъ меркантильную дѣловитость Швейцарцевъ. Практическіе результаты получаются, конечно, нецѣлесообразные!

Такъ, § 377 Германскаго торговаго уложенія содержитъ правило:

При куплѣ, между купцами, покупатель немедленно долженъ изслѣдовать доставленные ему товары и немедленно-же заявить о найденныхъ недостаткахъ продавцу; въ противномъ случаѣ товаръ считается принятымъ.

Это положеніе буквально воспроизводится статьею 211-ю нашего проекта, но уже не въ видѣ специальной торговой нормы, а въ формѣ общаго гражданскаго закона. Выходитъ, что, если кто-нибудь изъ насъ, отлучившись на 2—3 недѣли изъ дому, получить въ отсутствіи своемъ товары, которые осмотритъ лишь по возвращеніи, то онъ уже не можетъ опорочить ихъ, хотя бы и доказалъ явные въ нихъ недостатки. Точно профессоръ, адвокатъ, врачъ и т. д. то и дѣло, что принимаютъ товары, а потому всегда могутъ и должны немедленно осматривать получаемые товары или содержать для этого особыхъ уполномоченныхъ.

Реципировавъ приведенное постановленіе въ число общихъ законовъ, тогда какъ въ Германіи оно дѣйствуетъ для купцовъ, редакторы проекта какъ-бы допускаютъ, что „меркантильный духъ“ охватываетъ Россію въ большей степени, чѣмъ Германію.

Другой примѣръ:

§ 380 Герм. торг. улож. буквально перенесенъ въ проектъ (ст. 189) нашего будущаго общаго закона объ обязательствахъ. Онъ гласитъ:

При расчетѣ покунной цѣны по вѣсу проданнаго товара упаковка не идетъ въ счетъ, развѣ бы по договору или обычаю было принято иное.

Получается, что если кто-нибудь покупаетъ у соседа, крестьянина нѣсколько мѣшковъ картофеля или овса, съ расчетомъ покунной цѣны по пудамъ, то онъ имѣетъ право учесть вѣсъ мѣшковъ, такъ какъ по закону „тара въ счетъ не идетъ“, а на особый обычай тутъ, какъ и въ большинствѣ случаевъ подобной мелкой гражданской купли, сослаться нельзя. Всякій крестьянинъ широко раскроетъ глаза при такой претензіи.

Такихъ примѣровъ юридической нормировки отношений, несоответствующей ихъ бытовымъ условіямъ можно привести изъ проекта не одинъ, а это произошло именно отъ того, что проектъ игнорируетъ противоположность между гражданскимъ и торговымъ правомъ и тѣсную зависимость степени этой противоположности отъ общаго культурнаго склада страны.

Нѣтъ, Россіи нужно не „объединеніе частно-правовыхъ системъ“, а хорошій торговый кодексъ.

Швейцарія и Америка намъ не примѣры; тѣмъ болѣе, что, независимо отъ разницы культурныхъ условій этихъ странъ и Россіи, самый сдѣланный ими опытъ объединенія частнаго права еще черезъ-чуръ свѣжъ для того, чтобы можно было, основываясь на немъ, вводить рискованныя новшества²⁵⁾.

Наоборотъ, изданіе, удовлетворяющаго требованіямъ современной науки, торговаго кодекса поведетъ у насъ къ упорядоченію и упроченію торговыхъ отношеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ, и къ развитію торговли.

Ссылки и примѣчанія.

Объясненіе сокращеній:

HGB.—Германское торговое уложеніе 1897 года. Гдѣ не сдѣлано особой прибавки -- подразумевается торговое уложеніе 1897 года.

BGB.—Германское гражданское уложеніе.

- 1) Къ вопросу объ обособленіи торговаго права см. монографію Удинцева: «Исторія обособленія торговаго права».
- 2) «So steht das Handelsgeschäft von seinen Kaufmännischen Erzeugern losgelöst, auf sich, auf seinen inneren Kriterien (Goldschmidt, Handbuch — изд. 1868 г., I 1, § 42, стр. 314)».
- 3) См. Lyon—Caen, Manuel (Paris. 1901), pg. 17. 18; Goldschmidt, Handbuch I, § 42, стр. 314; Удинцевъ, цит., стр. 66.
- 4) Gareis, Das deutsche Handelsrecht (изд. 1899), § 1: «Das Handelsrecht ist das Sonderrecht des Handelsstandes».... § 2, cit., «nur im Handelsgewerbe und, der heutigen Auffassung nach, nur für dieses hat sich ein besonderes Handelsrecht als Theil des bürgerlichen Rechts entwickelt und bewährt».... См. тамъ-же, § 6.
- 5) Сравни. Удинцевъ, цит., стр. 121. Иначе, однако, Шершеневичъ, Курсъ, (изд. 1899 г.), стр. 118.
- 6) См. ссылку 4-ю.
- 7) Цитовичъ, Учебникъ торговаго права, вып. 1-й (изд. 1891 г.), стр. 45.
- 8) Goldschmidt, Handbuch I, стр. 661. 700. Gareis, cit., стр. 504.
- 9) HGB. § 366, сравни. Art. 306 Герм. торг. уложенія 1861 года; см. Gareis, cit., § 44, стр. 511; Русск. пр. гр. ул. объ обязат., ст. 228.
- 10) Такъ Герм. торг. улож. 1861 года, Art. 307; теперь см. BGB, 935; сравни. Gareis, тамъ-же; Русск. проектъ, тамъ-же.
- 11) Такъ уже въ римскомъ правѣ: l. 26 § 1 C. IV. 32; нынѣ см. Герм. торг. ул. § 352.
- 12) Впрочемъ новое Герм. гражд. уложеніе отказалось отъ этихъ средствъ, такъ что, теперь, недопущеніе ихъ, въ Германіи, не

II.

составляет уже особенности торгового права; но это было такъ по Art. 286, 299. торг. улож. 1861 года. Замѣтимъ кстати, что сдѣланное здѣсь германскимъ законодателемъ „слиженіе“ права торгового и гражданскаго едва-ли заслуживаетъ подражанія: общій гражданскій оборотъ, оборотъ, въ которомъ дѣйствуютъ не дѣльцы, а подчасъ довольно безпомощные люди, нуждается въ защитѣ противъ эксплуатаціи. Этой дѣльцѣ хорошо служить *lex Anastasiana* и право осари-вать куплю вслѣдствіе чрезвычайной убыточности ея для продавца. Прекрасную защиту этого послѣдняго института de lege ferenda находимъ въ протоколахъ французскаго Conseil d'État при обезужденіи Наполеонова кодекса—Motifs, II pg. 574 (изд. 1855 у Firmin Didot), и защита эта принадлежитъ никому другому, какъ Наполеону I-му.

13) О торговомъ обычаѣ см. у Goldschmidt, cit., I, § 35.

14) Да, въ настоящее время, въ литературѣ торгового права наблюдается два лагеря, изъ которыхъ одинъ именно ратуетъ за слияніе гражданскаго и торгового права, а другой отстаиваетъ самостоятельное значеніе торгового права. На той и на другой сторонѣ мы встрѣчаемъ авторитетнѣйшія имена. За *объединеніе* гражданскаго и торгового права высказываются («фузионисты»): Endemann, Dernburg, Molengraaff Vivante (ссылки у Georg Cohn, въ «Drei wissenschaftliche Vorträge: «Warum hat und braucht der Handel ein besonderes Recht», стр. 67), далѣе, Brasílio Machado (въ брошюрѣ: Da unificação do direito privado), а изъ русскихъ: Малышевъ, Пахманъ, Побѣдоносцевъ, Гелбке, Шершеневичъ (см. Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 112, 113), самъ Удинцевъ (стр. 214—216, цит.); срви. онъ-же въ брошюрѣ: «Къ вопросу о включеніи въ гражданское уложеніе постановленій о торговыхъ сдѣлкахъ», стр. 10. *Идею самостоятельнаго торгового права* защищаютъ («дуалисты») Goldschmidt, Gareis, Pappenheim Franchi, Vidari, Georg Cohn, въ цитиров. соч. (см. ссылки въ этомъ сочиненіи), затѣмъ, Adolfo Sacerdoti, Contro un codice unico delle obbligazioni, Ulisse Menara, Contro un codice unico delle obbligazioni. Изъ нашихъ коммерциалистовъ: особенно Цитовичъ. Учебникъ, стр. 52, 53 (Кіевъ 1891), онъ же: «Право» за 1900 г., стр. 1964 и сл.; Пергаментъ, «Право», цит., стр. 984 и 1042; Оедоровъ: Введеніе въ курсъ торгового права (Одесса, 1901), стр. 12 сл. Болѣе подробныя указанія на литературу см. у Menara, cit., а также у Удинцева, Исторія обособленія, стр. 105 сл., въ особенности 111.

15) Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 109.

III.

- 6) На отсутствіи этой *ligne de démarcation* особенно настаивалъ профессоръ Lyon-Caen въ одной изъ моихъ личныхъ бесѣдъ съ нимъ.
- 17) Аргументы противъ самостоятельнаго значенія торгового права: см. Шершеневичъ, Курсъ торгового права (изд. 1899), стр. 8, 49, 50; Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 113; Объяснит. записки къ проекту гражд. улож., книга V, объ обязательствахъ, т. I, стр. III—XXXIV.
- 18) На этомъ особенно настаиваетъ Dernburg, Preuss. Privatrecht II, стр. 10.
- 19) Шершеневичъ, цит., стрр. 49, 36, 38. Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 68 сл.; срви. Пергаментъ, «Право», cit, стр. 987
- 20) Напр., Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 114.
- 21) Въ этотъ заколдованный кругъ попадаютъ составители проекта V-й кн. гр. ул., какъ на это указываетъ Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 124. Срви. его брошюру: Къ вопросу о включеніи въ гражданское уложеніе...
- 22) Ограниченіе способности женщинъ ручаться возникло, какъ известно, на почвѣ историческихъ традицій римскаго права.
- 23) Цитовичъ, Учебникъ, стр. 53, примѣчаніе 1-е.

Съ истинно-гениальною проницательностью Наполеонъ I-ый, въ одномъ изъ засѣданій Conseil d'État, гдѣ обсуждалась вексельная правоспособность и указывалось на выгоды векселя, какъ орудія кредита, говорить, что именно эту легкость добыть деньги (помощью векселя) онъ считаетъ за великое несчастіе для большой массы гражданъ, незанимающейся торговлей; по его мнѣнію, этимъ путемъ гражданамъ будетъ предоставлено средство расточать свое имущество, и, собственно, некупицы рѣдко нуждаются въ выгодахъ векселя (перев. изъ Pégouze, Napoléon I-er et les lois civiles du Consulat et de l'Empire, стр. 301).

24) Срви. Цитовичъ, «Право», cit, стр. 1968.

25) Уже одинъ списокъ тѣхъ страницъ, которыя до сихъ поръ твердо держатся системы дуализма въ частномъ правѣ (см. Цитовичъ, «Право», cit., стр. 1964-ая), примѣръ Германіи, отнесшейся съ крайнею осторожностью къ вопросу объ «объединеніи частныхъ правовыхъ системъ» и сохранившей самостоятельное торговое уложеніе, должны были-бы заставить нашихъ составителей проекта придумать надъ предполагаемымъ новшествомъ.

Профессоръ Удинцевъ какъ-будто полагаетъ (стр. 9, 10, «Къ вопросу о включеніи», стр. 121, 122, 143, 157, «Исторія обособленія»), что признаніе самостоятельнаго торгового права противно социальной на него точкѣ зрѣнія, что вслѣдствіе «лож-

IV.

ной презумпции о принципиальных особенностях торгового права оно проникнуто было индивидуалистическими тенденциями». Намъ думается, что социальная точка зрѣнія на гражданское и торговое право не находится ни въ какой связи съ вопросомъ о признаніи за торговомъ правомъ самостоятельнаго характера. Рѣчь идетъ только о разныхъ началахъ экономической и законодательной политики, которыми могутъ быть проникнуты и гражданское и торговое право. И въ торговомъ правѣ, построенномъ на социальныхъ началахъ, найдется достаточно особенностей, которыя сдѣлаютъ цѣлесообразнымъ признаніе за нимъ самостоятельнаго значенія.

