

10706.

У/10380

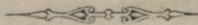
ДАРЕНИЕ,

его понятіе, характеристическія черты и мѣ-
сто въ системѣ права.

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ

по римскому праву и новѣйшимъ законодательствамъ.

В. А. Умова.



МОСКВА.

Типографія В. В. Исленьева, Новая-Слобода, д. Макаровой.

1876.

№ 11041.

54

✓

10700

11011 - w^{re}

СО ДЕРЖА НІ Е.

	Стран.
I. Понятіе даренія	1
II. Характеристическія черты даренія	9
1. Дареніе какъ сдѣлка между живыми	—
<p>Дареніе какъ юридическій фактъ, какъ юридическая сдѣлка и сдѣлка между живыми. Противуположеніе даренія сдѣлкамъ на случай смерти по римскому праву; <i>donatio mortis causa</i>. Сдѣлки на случай смерти по новымъ законодательствамъ (<i>demission de biens</i>, договоры о наследствѣ) и ихъ отличіе отъ дареній. Взглядъ новыхъ законодательствъ на даренія на случай смерти. Русское законодательство: выдѣлъ, даренія на случай смерти, остзейское право.</p>	
2. Уменьшеніе имущества дарителя	55
<p>I. Понятіе. Терминологія. Законодательства.—II. Противуположеніе даренію сдѣлокъ не влекущихъ за собою уменьшенія имущества лица: 1) Сдѣлки вообще не касающіяся объема имущества (ссуда, прекарій, безпроцентный заемъ, безмездное предоставленіе услугъ); 2) Опущеніе возможности приращенія имущества (отреченіе отъ наследства и отказа по завѣщанію).</p>	
3. Увеличеніе имущества одареннаго	78
<p>I. Законодательства. Отличіе отъ дареній возмездныхъ сдѣлокъ, передачъ подъ условіемъ обратнаго возвращенія переданнаго и сдѣлокъ объ обезпеченіи.—II. Вопросъ о необходимости продолжающаго обогащенія одареннаго для того, чтобы наступили послѣдствія даренія. Разрѣшеніе этого вопроса въ римскомъ правѣ: взглядъ Савиньи; критика этого взгляда. Новыя законодательства—германскія, французское и русское.</p>	
4. Намѣреніе одарить	103

I. Законодательства.—II. Отсутствие намѣренія одарить 1) при отсутствии сознания уменьшенія имущества, 2) при уменьшеніи имущества, вынужденномъ обстоятельствами, и 3) при уменьшеніи имущества по обязанности и по чувству долга; обязательства естественныя и нравственныя, приданое.—III. Доказательства намѣренія одарить.

5. Соглашеніе сторонъ 119

Принятіе даренія; дареніе—договоръ. Взглядъ Мейерфельда и Савинья; критика этого взгляда. Новыя законодательства.

III. Мѣсто даренія, въ системѣ права; дареніе, какъ обязательство по договору 128

1. Взгляды на мѣсто даренія въ системѣ права, существующіе въ литературѣ. Германскія законодательства. —

Дареніе, какъ способъ приобрѣтенія собственности. Дареніе, какъ общій характеръ, который могутъ принимать различныя сдѣлки. Критика послѣдняго взгляда Виндшейдомъ. Дареніе, какъ обязательство по договору. Мѣсто даренія въ германскихъ законодательствахъ.

2. Французское и русское законодательство. Немедленный переходъ къ одаренному предмета даренія, какъ существенное условіе даренія по этимъ законодательствамъ 136

а. Французское законодательство —

Мѣсто даренія въ кодексѣ. Взглядъ юристовъ. Немедленный переходъ предмета дара къ одаряемому; правило *donner et retenir ne vaut*. Вопросъ о дареніи денежной суммы съ отсрочкою уплаты; взглядъ старыхъ французскихъ юристовъ; Гренье, Лоранъ; господствующій взглядъ и разборъ его Лораномъ; признаки несостоятельности господствующаго мнѣнія. Общій выводъ о мѣстѣ даренія въ системѣ по французскому праву.

б. Русское законодательство 150

I. Прим. 1 къ с. 699 гражд. законовъ и а. 711 Code civ. Различіе между способами приобрѣтенія имущества, перечисленными въ прим. 1 къ с. 699 зак. гражд. Противуположеніе договоровъ и обязательствъ другимъ способамъ приобрѣтенія имущества и ихъ характеристика. Купля; значеніе передачи и ввода во владѣніе. Мѣна. Дареніе. Вы-

ДАРЕНІЕ,

ѣго понятіе, характеристическія черты и мѣ-
сто въ системѣ права.

дѣлъ и приданое.—II. Взгляды русскихъ юристовъ на моментъ перехода собственности при куплѣ и дареніи. Мейеръ. Побѣдоносцевъ. Энгельманъ. Оксѣ. Разборъ доводовъ г. Окса.—III. Наличие имущества, какъ условіе продажи и даренія. Дареніе правъ на чужую вещь. Дареніе правъ невещныхъ. Ограниченіе дареній требованіемъ наличности предмета дара. Обѣщаніе подарить. Выдача дарственно долговаго документа. Обязательство къ даренію. Обезпеченіе обѣщанія подарить залогомъ имущества. Вопросъ объ обязательствѣ къ пожертвованію. Общій выводъ относительно формъ даренія по нашему закону.—IV. Характеръ даренія въ русскомъ правѣ, какъ обязательства по договору.

Пособія	208
Добавленія	211

I. ПОНЯТІЕ ДАРЕНІЯ.

Разсматривая характеръ различныхъ сдѣлокъ въ гражданскомъ быту, мы находимъ цѣлый рядъ такихъ, которыя основаны на одномъ желаніи облагодѣтельствовать извѣстное лице или оказать ему дружескую услугу; можетъ быть, въ ожиданіи такой же услуги отъ него, но ни въ какомъ случаѣ не ставя отъ нея въ зависимость свою. Основаніе всѣхъ этихъ сдѣлокъ—желаніе сдѣлать добро другому лицу. Не смотря однако на эту общность основанія, указанные сдѣлки представляются намъ чрезвычайно разнообразными. Между простымъ актомъ гостепріимства, исполненіемъ порученія, передачею имущества въ собственность съ цѣлью обогатить другое лице при своей жизни и наконецъ передачею того же имущества по завѣщанію большое различіе. Это различіе заключается отчасти въ характерѣ сдѣлки—есть ли сдѣлка юридическая или нѣтъ, отчасти же въ томъ, насколько лице приноситъ жертву, дѣлая добро другому лицу. Этими различіями опредѣляется и то особое отношеніе, въ которое становятся къ указаннымъ сдѣлкамъ по-

ложительныя законодательства. Со сдѣлками, не имѣющими юридическаго характера, они вовсе не имѣютъ дѣла, изъ другихъ же они выдѣляютъ тѣ благодѣянія и услуги, которыя соединены съ наибольшими пожертвованіями со стороны совершающаго ихъ, и даютъ относительно нихъ цѣлый рядъ особыхъ положеній и правилъ, не имѣющихъ примѣненія къ благодѣяніямъ и услугамъ другаго рода. Законодательства имѣютъ въ виду, что благодѣяніе можетъ быть слѣдствіемъ минутнаго, даже необдуманнаго чувства извѣстнаго лица, о которомъ оно можетъ впослѣдствіи сожалѣть; далѣе они имѣютъ въ виду, что этимъ чувствомъ могутъ воспользоваться злоумышленно другія лица прямо ко вреду лица, совершающаго благодѣяніе. Если такое благодѣяніе влечетъ за собою важную имущественную потерю, то законодательства стараются по возможности предотвратить могущее произойти отъ того зло, и принимаютъ противъ этого мѣры. Мѣры эти можно подвести къ слѣдующимъ тремъ категоріямъ. 1) Ограниченіе формы совершенія благодѣяній, направленное на то, чтобы благодѣянія дѣлались сознательно и осознанно, чтобы дѣлающій благодѣяніе могъ сознавать ту потерю, которую онъ несетъ. 2) Запрещеніе дареній между извѣстными лицами, преимущественно между супругами, чтобы не дать повода одному супругу употреблять во зло любовь другаго супруга, запрещеніе, касающееся супруговъ, какъ лицъ, имѣющихъ наиболѣе вліянія другъ на друга. 3) Возвращеніе имущества, переданнаго изъ желанія сдѣлать добро, въ извѣстныхъ случаяхъ обратно лицу передавшему. Постановленіе послѣдняго рода законодательства дѣлаютъ для того, чтобы предупредить сожалѣніе о сдѣланномъ благодѣяніи и со стороны такого лица, которое дѣйствовало вполне сознательно и обдуманно. Именно, обратное возвращеніе переданнаго лицу, совершившему

благодѣяніе, мотивируется тѣмъ, что это лице пришло въ такое положеніе, что, если бы была возможность его предвидѣть, оно не совершило бы благодѣянія; или тѣмъ, что лице получившее благодѣяніе окажется впослѣдствіи недостойнымъ его. Вотъ категоріи, къ которымъ подводятся ограниченія благодѣяній, дѣлаемые положительными законодательствами. Но эти ограниченія, какъ я сказалъ, законодательства дѣлаютъ только относительно одного класса благодѣяній, именно относительно благодѣяній, соединенныхъ для совершающаго ихъ съ наибольшими жертвами. Разумѣется] здѣсь рѣчь идетъ только объ имущественныхъ жертвахъ, ограничить же личныя жертвы законодательства не могутъ, такъ какъ тогда они стали бы въ противорѣчіе съ нравственностью, устанавливая несогласное съ нею правило. Такимъ образомъ ограниченія могли подлежать только благодѣянія соединенныя съ имущественными болѣе или менѣе важными потерями. Этотъ классъ законодательства и выдѣляютъ подъ именемъ *дареній*. Процессъ этого выдѣленія совершился прежде всего въ римскомъ правѣ. Изъ суммы всѣхъ благодѣяній оно первое выдѣлило классъ дареніе, выработало понятіе даренія и указало на его составные элементы. Это понятіе почти цѣликомъ вошло во всѣ новыя законодательства, а въ обще-германскомъ правѣ римское ученіе о дареніяхъ сохранилось во всей его чистотѣ, не потерпѣвъ, можно сказать, никакихъ существенныхъ измѣненій ни въ каноническомъ правѣ, ни въ имперскомъ законодательствѣ. Въ виду этого для насъ получаетъ особую важность римское понятіе даренія.

Римское право первое установило указанныя мною три категоріи ограниченія дареній и потому, какъ я сказалъ, первое должно было выдѣлить изъ общей массы благодѣяній классъ дареній. Это выдѣленіе особаго класса дареній, какъ послѣд-

ствіе явившихся относительно нихъ спеціальныхъ постановленій закона, Савиньи ¹ удачно объясняетъ примѣромъ владѣнія. Владѣніе въ своемъ естественномъ значеніи, какъ фактическое содержаніе собственности, не составило бы отдѣльнаго юридическаго института и не повело бы къ созданію особой теоріи владѣнія, если бы законъ не соединилъ съ нимъ двухъ послѣдствій — защиты интердиктами и давности. Тогда явилась потребность опредѣлить и понятіе владѣнія, и его свойства. И вотъ изъ владѣнія, фактическаго отношенія къ вещи вообще, *possessio*, выдѣляется болѣе тѣсное понятіе юридическаго владѣнія — *possessio ad interdicta*, *possessio ad usucapionem*, получившее общее имя *possessio civilis*. Но для владѣнія римское право выработало точную терминологию, между тѣмъ какъ этого нельзя сказать о дареніяхъ.

Выраженіе *donatio*, соответствующее нашему даренію, въ римскомъ правѣ употребляется въ болѣе широкомъ смыслѣ, а не какъ специфическое обозначеніе того класса благодѣяній, съ которымъ связаны указанная выше законныя ограниченія. Поэтому и писатели, обращаясь къ опредѣленію понятія даренія по римскому праву, обыкновенно различаютъ дареніе въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ, разумѣя однако и здѣсь подъ дареніемъ благодѣяніе, состоящее въ доставленіи имущественной выгоды лицу, которое желаетъ облагодѣтельствовать. Между тѣмъ выраженіе *donatio* римскіе юристы употребляютъ иногда для обозначенія благодѣяній и не доставляющихъ имущественной выгоды. Такимъ образомъ этимъ выраженіемъ въ римскомъ правѣ обозначаются три понятія:

1) *Благодѣяніе* вообще. Савиньи ² и Бекингъ ³ думаютъ,

¹ System, IV, стр. 16 и слѣд.

² System, IV, стр. 23 и 51.

³ Institutionen, I, стр. 4 и 35.

что въ обыденной жизни у римлянъ всякое благодѣяніе называлось donatio, такъ что послѣднее было совершенно идентично съ техническими названіями благодѣянія: liberalitas и munificentia. Въ источникахъ если и не встрѣчается прямо выраженіе donatio¹ въ указанномъ выше смыслѣ, за то глаголь donare нерѣдко употребляется для обозначенія неимущественныхъ благодѣяній, напр. отпущенія раба на свободу — libertatem donare или libertate donare, а также освобожденія сына изъ подъ отеческой власти — emancipationem donare.²

2) Дареніе въ широкомъ смыслѣ этого слова, т.-е. благодѣяніе, направленное на то, чтобы принести благодѣтелю лицу имущественную выгоду, въ какой бы формѣ это благодѣяніе ни выражалось. Такъ дареніемъ въ этомъ смыслѣ слова считается легать³ и даже назначеніе наслѣдника⁴, приданое въ видѣ donatio ante nuptias и propter nuptias, ссуда имущества (commodatum)⁵, отказъ отъ извѣстнаго приобрѣтенія, когда отъ этого получаетъ выгоду другое лице⁶, и т. д. Уже изъ приведеннаго перечисленія видно, что дареніе въ обширномъ смыслѣ не составляетъ специфической сдѣлки, и къ нему относятся всевозможныя безмездныя имущественныя сдѣлки, имѣющія между собою общимъ только признакъ

¹ Schilling, Institutionen, III § 348 n. a.

² L. 2 C. de his, qui in eccles. manumitt. (1, 13). Inst. de lege Fur. Can. subl.—Meyerfeld, § 7 n. 1.

³ L. 6 § 3 C. de bon. quae liber. (5, 51).

⁴ L. 36 D. ad leg. Falcid: quae per servos acquisita sunt, ut stipulationes, rerum traditiones, legata hereditatesve his datae, ceterae donationes, item servitutes.— Schilling, III § 349 n. b.

⁵ L. 13 D. de don. int. vir. et uxor.— Schilling, ibid n. e. Тоже precarium, L. 14 D. de precar., L. 14 § 11 D. de furtis.

⁶ L. 5 § 13, 14 D. de don. int. vir. et uxor.

безмездности, который одинъ слишкомъ недостаточенъ, чтобы вызвать для нихъ рядъ какихъ либо особыхъ положеній со стороны законодательствъ и создать изъ нихъ одинъ юридическій институтъ.

3) *Дареніе въ тѣсномъ смыслѣ*, дареніе, какъ особый юридическій институтъ, относительно котораго по общему правилу и существуютъ указанные три категоріи законныхъ ограниченій. Дареніе въ тѣсномъ смыслѣ, это такое благодѣяніе, вслѣдствіе котораго благодѣтельствуемое лице обогащается на счетъ дарителя, т.-е. имущество перваго получаетъ приращеніе, между тѣмъ какъ имущество втораго уменьшается. Для болѣе точнаго опредѣленія даренія въ тѣсномъ смыслѣ прибавимъ еще два его признака. 1) Это сдѣлка между живыми, такъ какъ лице можетъ уменьшить *свое* имущество только распоряженіями при своей жизни: завѣщательныя распоряженія получаютъ силу тогда только, когда лица, имущества котораго они касаются, уже нѣтъ, когда слѣдовательно объ этомъ лицѣ нельзя сказать, что оно уменьшаетъ свое имущество. 2) Такъ какъ вслѣдствіе благодѣянія лице одаренное становится нравственно обязаннымъ въ отношеніи дарителя, и нарушеніе возникающей здѣсь между лицами нравственной связи можетъ имѣть для одареннаго извѣстныя юридическія послѣдствія (возвращеніе подареннаго за неблагодарность), то для дѣйствительности даренія требуется непременно согласіе на него одареннаго.

Вотъ три понятія, которыя встрѣчаются въ римскомъ правѣ подъ названіемъ „donatio.“ Терминологія, какъ мы видѣли не даетъ намъ средствъ различать эти понятія. Разграниченіе же ихъ по внутреннимъ признакамъ, по крайней мѣрѣ разграниченіе дареній въ обширномъ и тѣсномъ смыслѣ, представляетъ иногда затрудненіе въ томъ отношеніи, что для нѣкоторыхъ сдѣлокъ,

которыя мы характеризуемъ, какъ даренія въ обширномъ смыслѣ, со стороны закона установлены многія изъ тѣхъ ограниченій, которыя свойственны однимъ дареніямъ въ тѣсномъ смыслѣ; съ другой стороны нѣкоторыя изъ этихъ ограниченій не прилагаются къ такимъ сдѣлкамъ, которыя по римскому праву безспорно относятся къ дареніямъ въ тѣсномъ смыслѣ, къ дареніямъ собственно¹.

Въ болѣе выгодномъ положеніи стоятъ новыя законодательства. Они получили изъ римскаго права уже выработанное понятіе даренія въ тѣсномъ смыслѣ и только этотъ родъ благодѣяній называютъ дареніями. Такъ французскій кодексъ постановляетъ, что безвозмездно распоряжаться собственнымъ имуществомъ можно только посредствомъ даренія между живыми и завѣщанія². Уже изъ этого видно, что подъ именемъ даренія, donation, разумѣется благодѣяніе соединенное съ уменьшеніемъ собственного имущества, то-есть то, что мы опредѣлили какъ дареніе въ тѣсномъ смыслѣ. Тоже значеніе имѣетъ

¹ Такъ съ одной стороны ограниченія, касающіяся формы совершенія дареній въ тѣсномъ смыслѣ, новеллою 127 с. 2 распространены на donatio propter nuptias, которое есть только дареніе въ обширномъ смыслѣ. Далѣе возвращеніе благодѣянія допускается и въ такомъ случаѣ, когда благодѣяніе вовсе неимущественное, напр. при эманципации: за неблагодарность эманципированное лице можетъ быть снова подчинено отеческой власти L. un. C. de ingrat. liber (8, 50). Съ другой стороны даренія на случай смерти, mortis causa donationes, не смотря на то, что они настоящія даренія, освобождены отъ многихъ ограниченій, постановленныхъ для остальныхъ дареній въ тѣсномъ смыслѣ, именно на нихъ не распространяются ограниченія относительно формы совершенія дареній и они дозволены между супругами. По всѣмъ этимъ причинамъ Шиллингъ, Instit. § 350 п. а. вооружается противъ опредѣленія, которое даетъ для даренія Савиньи, что дареніемъ называется всякая юридическая сдѣлка, къ которой прилагаются указанныя три категоріи ограниченій, System, стр. 6.

² C. 893: On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament.

и итальянское *donazione*¹. Что касается до нѣмецкаго выраженія „*Schenkung*“, то нѣмецкіе писатели относятъ его къ дареніямъ въ тѣсномъ и въ обширномъ смыслѣ этого слова только говоря о римскомъ правѣ. Какъ техническое выраженіе германскаго права „*Schenkung*“ употребляется исключительно для обозначенія даренія въ тѣсномъ смыслѣ. Такъ Синтенисъ², излагая практическое общегерманское право, вовсе не считаетъ нужнымъ дѣлать различіе между *Schenkung im weiteren und engeren Sinn*, такъ какъ, по его мнѣнію, это различіе имѣетъ мѣсто только относительно римской *donatio*, а германское *Schenkung* есть понятіе нераздѣльное, соответствующее римскому даренію въ тѣсномъ смыслѣ. Что же касается до германскихъ законодательствъ, то всѣ они опредѣляютъ „*Schenkung*“ въ этомъ послѣднемъ смыслѣ³. Въ нашемъ правѣ болѣе обширное значеніе имѣетъ только выраженіе „дарственный“, которое по смыслу нашего закона тоже, что „безмездный“⁴, но выраженія „даръ“, „дареніе“ употребляются только для обозначенія спеціальнаго способа пріобрѣтенія правъ на имущества, соответствующаго, какъ мы увидимъ, римскому даренію въ тѣсномъ смыслѣ.

Установивъ терминологию и обозначивъ общими чертами мѣсто даренія въ ряду благодѣяній, постараемся формулировать понятіе даренія и рассмотримъ главные его признаки. Говоря о дареніи, мы разумѣемъ подъ нимъ исключительно римское *donatio* въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. дареніе, какъ самостоятельный юридическій институтъ, который и предстоитъ намъ выдѣлить изъ общей массы другихъ институтовъ. Да-

¹ Итальянскій К. с. 1050.

² Sintenis, Das practische gem. Civilrecht, § 23 n. 2.

³ A. L. R. I, 12 § 1037.—O. G. V. § 938.—Саксонскій К. § 1049.

⁴ Ст. 699 прим. 1.

рение въ этомъ смыслѣ, если мы соберемъ указанныя нами выше характеристическія его черты, есть такая сдѣлка между живыми, которою одно лице изъ желанія облагодѣтельствовать другое увеличиваетъ его имущество, уменьшая тѣмъ свое, если на такое увеличеніе лице получающее даръ изъявитъ согласіе. Отсюда мы можемъ вывести слѣдующіе отличительные признаки даренія. 1) Это юридическая сдѣлка между живыми. 2) Эта сдѣлка производитъ уменьшеніе имущества дарителя. 3) Наоборотъ, лице получившее даръ обогащается, его имущество получаетъ приращеніе. 4) Это обогащеніе составляетъ прямую цѣль даренія; даритель имѣетъ намѣреніе оказать лицу благодѣяніе, обогащая его. 5) Дареніе предполагаетъ согласіе лица получающаго даръ, слѣдовательно это договоръ. Предметомъ нашего труда будетъ разборъ каждаго изъ этихъ признаковъ даренія въ отдѣльности, и въ заключеніе мы постараемся опредѣлить то мѣсто, которое дареніе занимаетъ въ ряду другихъ институтовъ.

II. ХАРАКТЕРИСТИЧЕСКІЯ ЧЕРТЫ ДАРЕНІЯ.

1. ДАРЕНІЕ, КАКЪ СДѢЛКА МЕЖДУ ЖИВЫМИ.

Дареніе есть прежде всего юридическая сдѣлка между живыми. Въ этомъ свойствѣ даренія заключаются три признака.

I. Дареніе есть *юридическій фактъ*, т. е. фактъ, съ которымъ соединяется возникновеніе, прекращеніе или измѣненіе какого либо юридическаго отношенія. Этимъ изъ понятія даренія исключаются всѣ благодѣянія, не имѣющія юридическаго характера. Такъ, на примѣръ, какъ мы уже имѣли

разъ случай сказать, простой актъ гостепріимства не считается дареніемъ. Онъ не имѣетъ никакихъ юридическихъ послѣдствій, тѣмъ менѣе специальныхъ, между тѣмъ институтъ даренія, какъ мы видѣли, получилъ значеніе главнымъ образомъ вслѣдствіе того, что законодательства съ фактами извѣстнаго рода стали соединять совершенно особенныя юридическія послѣдствія.

II. Дареніе есть не только юридическій фактъ, но и *юридическая сдѣлка*, т. е. дѣйствіе, въ которомъ воля дѣйствующаго лица прямо направлена на извѣстный юридическій результатъ, на установленіе, прекращеніе или измѣненіе юридическаго отношенія. Такое свойство даренія вытекаетъ изъ того обстоятельства, что дареніе, какъ мы увидимъ впослѣдствіи, есть договоръ. Дареніе предполагаетъ извѣстное дѣйствіе дарителя, имѣющее непосредственную цѣлью уменьшеніе собственнаго и увеличеніе чужаго имущества, и на это дѣйствіе лице получающее даръ должно дать свое согласіе. Такимъ образомъ дареніе заключаетъ въ себѣ положительное дѣйствіе дарителя, на которое даетъ свое согласіе одаренный. Если мы обратимся въ подтвержденіе такого признака даренія къ положительнымъ законодательствамъ, то мы должны заключить, что дареніе есть юридическая сдѣлка уже потому, что по всѣмъ законодательствамъ оно есть договоръ. Единственное почти исключеніе въ этомъ отношеніи составляетъ Саксонское законодательство. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ оно не считаетъ согласія лица получающаго даръ за необходимое условіе даренія, слѣдовательно не считаетъ послѣднее абсолютно за договоръ, но за то оно прямо называетъ дареніе юридическою сдѣлкою (*Rechtsgeschäft*) и опредѣляетъ юридическія сдѣлки совершенно такъ, какъ было опредѣлено выше. „Если при дѣйствіи“, говоритъ саксонское уложеніе, „воля направлена на то, чтобы согласно съ

законами обосновать, прекратить или изменить юридическое отношеніе, то дѣйствіе будетъ юридической сдѣлки“¹.

Характеръ даренія, какъ юридической сдѣлки, исключаетъ изъ числа дареній приобрѣтенія однимъ лицомъ вслѣдствіе простаго опущенія другимъ лицомъ извѣстныхъ дѣйствій (*durch blosze Unterlassungen*), на примѣръ когда лицо пропускаетъ какой либо процессуальный срокъ и теряетъ черезъ это свой процессъ, или когда кто допускаетъ другое лицо приобрѣсти свою вещь путемъ давности, когда кто либо не подаетъ иска въ теченіи исковой давности и тѣмъ теряетъ его, и т. д. Однако такія опущенія могутъ быть разсматриваемы и какъ настоящія даренія, если они скрываютъ въ себѣ положительное дѣйствіе лица или были послѣдствіемъ соглашенія сторонъ, выраженнаго или молчаливаго, такъ какъ тогда эти опущенія будутъ прямымъ послѣдствіемъ юридической сдѣлки. Такъ и римское право представляетъ намъ нѣсколько примѣровъ, когда опущенія разсматриваются какъ настоящія даренія и влекутъ за собою ихъ послѣдствія².

¹ B. G. B. für das Kgr. Sachsen, §§ 1049 и 88.—*Siebenhaar*, Commentar, къ § 1049.

² Такъ, на примѣръ, будетъ настоящее дареніе въ томъ случаѣ, когда мужъ съ вѣдома жены намѣренно позволяетъ ей завладѣть своею вещью и приобрѣсти ее путемъ давности, L. 44 pr. D. de donat. int. vir. et uxor. Объясненіе этого мѣста см. *Savigny*, System. IV, Beil. IX n. 5—10. Далѣе считается дареніемъ, когда лицо *donationis causam* пользуется сервитутомъ и теряетъ его по давности, или когда оно съ тѣмъ же намѣреніемъ не осуществляетъ противъ иска другаго лица такого возраженія, которое опровергло бы этотъ искъ, и потому теряетъ процессъ, L. 5 § 6 D. de donat. int. vir. et uxor. Сложенъ вопросъ относительно исковой давности. Можно ли считать дареніемъ намѣренное непредъявленіе лицомъ иска въ теченіи исковой давности? Этотъ вопросъ разрѣшается различно писателями допускающими совершенное погашеніе права исковою давностью и допускающими *naturalis obligatio*, какъ послѣдствіе исковой давности. Первые видятъ въ указанномъ выше случаѣ настоящее дареніе,

III. Дареніе есть *сдѣлка между живыми*, поэтому не составляютъ даренія сдѣлки, имѣющія своимъ предметомъ посмертное имущество лица. Такимъ образомъ по римскому праву не считаются дареніями:

A. *Оставленіе наслѣдства по закону*, уже потому, что здѣсь нѣтъ со стороны оставителя положительнаго дѣйствія, характеризующаго юридическую сдѣлку, т. е. простое оставленіе, *Unterlassung*, переходъ имущества къ извѣстному лицу вслѣдствіе того, что прежній собственникъ этого имущества не распорядился имъ на случай смерти. Мы видѣли выше, что простое оставленіе можетъ сдѣлаться дареніемъ, когда оно будетъ слѣдствіемъ соглашенія между лицомъ не совершающимъ извѣстнаго дѣйствія и лицомъ получающимъ отъ того выгоду. Но къ оставленію наслѣдства по закону это не имѣетъ приложенія, такъ какъ римское право не допускаетъ никакихъ договоровъ, стѣсняющихъ свободу лица въ распоряженіи своимъ посмертнымъ имуществомъ¹. Далѣе оставленіе наслѣдства по закону не можетъ быть дареніемъ и по слѣдующимъ тремъ основаніямъ: 1) Какъ выше было сказано, съ нимъ не соединяется уменьшенія имущества оставителя, такъ какъ другое лицо вступаетъ въ его

Heimbach, въ Weiske Rechtslexicon, IX, стр. 646, Windscheid, Pandekten, § 365 п. 15. Вторые не допускаютъ здѣсь даренія, такъ какъ остается обязательство, исполненіе котораго не есть дареніе. Savigny, System IV, Beil. IX. Какъ скоро въ указанныхъ выше случаяхъ будетъ принято настоящее дареніе, то наступаютъ и всѣ послѣдствія даренія: не дѣйствительность такихъ опущеній въ пользу супруга, а также право требовать возвращенія даннаго сверхъ законной мѣры и въ случаѣ неблагоу- дарности, см. Savigny, I. с.

¹ L. 15 C. de pactis (II, 3): Pactum, quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex aequa portione ea, quae nuberat, cum fratre heres patri suo esset, neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.

имущество впервые послѣ его смерти, переходъ имущества совершается тогда, когда оставитель уже не можетъ быть его субъектомъ. 2) Дареніе есть благодѣяніе, а благодѣяніе бываетъ тогда только, когда мы дѣлаемъ что либо по доброй волѣ, не подчиняясь необходимости или не исполняя тѣмъ какой либо обязанности. Между тѣмъ оставленіе наслѣдства законнымъ наслѣдникамъ есть необходимое послѣдствіе родственной связи, которая обязываетъ оставителя по отношенію къ ближайшимъ родственникамъ. Оставленіе наслѣдства ближайшимъ родственникамъ есть законъ природы. Наслѣдство по закону, какъ говорятъ римскіе юристы, есть институтъ, котораго требуетъ *ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita*. Дѣти получаютъ отъ отца въ наслѣдство то, на что они имѣли право уже при его жизни. Родственниковъ *lex ipsa naturae successores faciat*¹. 3) Наслѣдованіе по закону не всегда соединено съ увеличеніемъ имущества наслѣдника. Наслѣдникъ получаетъ имущество умершаго или часть его такъ, какъ оно было у умершаго, какъ соединеніе актива и пассива. Поэтому легко можетъ случиться, что пассивное имущество, т. е. долги умершаго, превышаютъ его активное имущество, такъ что наслѣдованіе повлечетъ за собою не увеличеніе, а напротивъ того уменьшеніе имущества лица, получающаго наслѣдство. Между тѣмъ дареніе никогда не

¹ L. 7 pr. D. de bon. damn.: Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, vel ut ad debitorum successionem eos vocando; propter quod et in jure civili suorum hereditum nomen eis inditum est, ac ne iudicio quidem parentis, nisi meritis de causis; summo veri ab ea successione possunt.—L. 10 D. pro socio:—plerumque vel a parente, vel a liberto, quasi debitum nobis hereditas obvenit.—О наслѣдованіи родителей и дѣтей L. 1 § 12 D. de successor. edicto говоритъ: *patres ad propria bona veniunt*. L. 3 C. quor. bonor. (8, 2).—Me y e r f é l d, I, стр. 75, 76.

соединяется съ уменьшеніемъ имущества одареннаго, напротивъ того, обогащеніе одареннаго составляетъ, какъ мы видѣли изъ понятія даренія, необходимое условіе послѣдняго.

Б. *Наслѣдованіе по завѣщанію*. Отъ даренія оно отличается главнымъ образомъ тѣмъ же, чѣмъ и наслѣдство по закону, именно съ нимъ не соединяется уменьшенія имущества оставителя, точно также какъ оно не влечетъ за собой необходимаго увеличенія имущества получающаго наслѣдство. Единственная черта приближающая наслѣдство по завѣщанію къ даренію состоитъ въ томъ, что завѣщаніе заключаетъ въ себѣ положительное изъявленіе воли лица, такъ что здѣсь не одно „оставленіе“ со стороны наслѣдодателя. Но это положительное изъявленіе воли, чтобы быть завѣщаніемъ, должно заключать въ себѣ изъявленіе послѣдней воли лица. Это не значитъ, что завѣщаніе должно быть сдѣлано въ моментъ смерти лица, оно можетъ быть составлено гораздо ранѣе, но завѣщатель до своего послѣдняго вздоха сохраняетъ право измѣнять свою волю. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, говорятъ римскіе юристы.¹ Поэтому существенная особенность завѣщанія состоитъ въ томъ, что оно можетъ быть всегда отмѣнено или измѣнено завѣщателемъ, и всякій договоръ, ограничивающій свободу лица въ распоряженіи своимъ имуществомъ по завѣщанію, римское право считаетъ недѣйствительнымъ и не согласнымъ съ добрыми нравами². Свобода въ измѣненіи и отмѣнѣ завѣщаній зависитъ

¹ L. 4 D. de adim. legat. 34, 4.

² L. 22 pr. D. de legat III говорятъ относительно распоряженій послѣдней воли: „nemo... eam sibi potest legem dicere, ut a priore (sc. voluntate) ei recedere non liceat.—L. 61 D. de verb. obl. (45, 1): Stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio. L. 20 D. de verb. sign.: Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus.

и отъ того, что завѣщанія суть строго одностороннія сдѣлки, они заключаютъ въ себѣ ничѣмъ не связанное объявленіе воли извѣстнымъ лицомъ. Въ этомъ заключается новая черта, отличающая завѣщанія отъ дареній. Завѣщаніе есть одностороннее объявленіе воли, дареніе же какъ мы видѣли изъ понятія его, объявленіе воли, принимаемое другимъ лицомъ, и это принятіе составляетъ существенное условіе самого даренія.

В. Раздѣлъ отцемъ или другимъ родственникомъ въ восходящей линіи ¹ своего имущества между дѣтьми, все равно выразитъ ли онъ только свою волю относительно распредѣленія имущества между дѣтьми послѣ своей смерти, или передастъ назначенныя имъ части уже при жизни (*divisio parentum inter liberos*). Такой раздѣлъ есть скорѣе объявленіе послѣдней воли, чѣмъ дареніе ², и носитъ въ себѣ какъ черты предоставленія наслѣдства по закону, такъ и черты завѣщательнаго распоряженія. Дѣло въ томъ, что 1) раздѣлъ дѣлается здѣсь между законными наслѣдниками, въ предположеніи ихъ права на посмертное имущество принимающаго раздѣлъ лица; слѣдовательно со стороны этого лица, если оно передаетъ свое имущество дѣтямъ или другимъ нисходящимъ, будетъ только „предвареніе наслѣдства“ послѣднихъ, предвареніе того, что явилось бы само собою въ силу необходимости. Но во 2) распредѣляя имущество между дѣтьми отецъ не обязанъ одѣлать ихъ пропорціонально съ ихъ правомъ на остающееся послѣ него на-

¹ Windscheid, Pandekten, § 628.

² L. 20 § 3 D. fam. ercisc.: Si pater inter filios sine scriptura bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem, Papinianus ait. L. 26 C. famil. ercisc.

слѣдство. Отецъ по своей волѣ могъ установить раздѣломъ имущества между дѣтьми нѣкоторое неравенство: одному могъ дать больше, другому меньше. Такимъ образомъ съ одной стороны въ основѣ раздѣла имущества отцемъ между дѣтьми лежало наслѣдованіе по закону, такъ какъ такой раздѣлъ былъ допущенъ только по отношенію къ наслѣдникамъ по закону и притомъ къ извѣстному только классу ихъ—по отношенію къ нисходящимъ,—съ другой стороны отецъ не былъ стѣсненъ въ предоставленіи тому или другому сыну той или другой части имущества, лишь бы эта часть была не менѣе слѣдующей по закону (*quarta Falcidia*), и этимъ раздѣлъ имущества между дѣтьми приближается къ актамъ завѣщательнымъ. Такой двойственный характеръ разсматриваемаго института въ римскомъ правѣ подтверждается тѣмъ, что *divisio parentum inter liberos* могло быть сдѣлано безъ соблюденія формъ, предписанныхъ для завѣщаній, а въ формѣ кодицилла и притомъ въ формѣ упрощенной ¹. Въ кодициллахъ же *hereditas neque dari, neque adimi potest* ². Отсюда и слѣдуетъ, что *divisio parentum inter liberos* не заключаетъ въ себѣ назначенія наслѣдника—кто наслѣдникъ, опредѣляется здѣсь порядкомъ наслѣдованія по закону, а содержитъ въ себѣ только модификаціи, при которыхъ лице желаетъ оставить свое имущество законнымъ наслѣдникамъ. Такимъ образомъ, соединяя въ себѣ характеръ оставленія наслѣдства по закону и вмѣстѣ съ тѣмъ характеръ завѣщательнаго распоряженія, раздѣлъ отцемъ имущества между дѣтьми принадлежитъ къ институтамъ наслѣдственного

¹ На письмѣ за подписью лица, совершающаго раздѣлъ, или его дѣтей, Nov. 18 c. 7. Прежде *divisio parentum inter liberos* могло быть совершенно даже словесно, L. 20 § 3 D. fam. ercisc.—W i n d s c h e i d, § 628.

² § 2. I. de codicill. (II, 25).

права, а не къ дареніямъ, и въ частности какъ завѣщательное распоряженіе во всякое время можетъ быть отмѣненъ или измѣненъ сдѣлавшимъ раздѣлъ восходящимъ родственникомъ, все равно существовалъ ли этотъ раздѣлъ только въ предположеніи или былъ уже приведенъ въ исполненіе. Какъ завѣщательное распоряженіе раздѣлъ отцемъ имущества между дѣтьми не нуждался и въ согласіи послѣднихъ для того, чтобы имѣть силу.

Г. *Отказъ по завѣщанію* (legatum). Отказъ по завѣщанію несравненно ближе къ даренію, нежели всѣ предъидущіе институты, и римскіе юристы прямо опредѣляютъ его, какъ *donatio testamento* или *a defuncto relicta*.¹ Эта близость заключается въ томъ, что отказъ устанавливаетъ не универсальное, а сингулярное преемство, а потому получатель отказа по общему правилу не отвѣчаетъ за долги умершаго. Слѣдовательно по общему правилу имущество получающаго отказъ вълѣдствіе этого увеличивается; получение отказа, какъ и дареніе, соединяется съ обогащеніемъ получателя. Нѣкоторые писатели прямо думаютъ, что у римлянъ понятіе даренія обнимало три института: *donatio inter vivos*, *donatio mortis causa* и *legatum*. Но, разсматривая внимательно существо отказа по завѣщанію, мы легко можемъ замѣтить его отличіе отъ даренія. Уже изъ приведенныхъ опредѣленій отказа по завѣщанію въ римскомъ правѣ мы можемъ видѣть, что отказъ по завѣщанію есть распоряженіе послѣдней воли, поэтому онъ отличается отъ дареній уже тѣмъ, чѣмъ отличаются отъ нихъ распоряженія послѣдней воли. Такъ отказъ по завѣщанію не уменьшаетъ имущества оставителя и оставитель всегда можетъ измѣнить и уничто-

¹ L. 36 D. de legat. II. — § 1 I. de legatis.

жить сдѣланные имъ отказы, безъ всякаго ограниченія въ этомъ отношеніи¹. Наконецъ, какъ было уже сказано, отказъ по завѣщанію влечетъ за собою увеличеніе имущества получателя только по общему правилу. Изъ этого правила много исключеній. Есть цѣлый рядъ отказовъ по завѣщанію, которые не влекутъ за собою обогащенія получателя, а между тѣмъ не теряютъ своего характера, какъ таковыхъ. Таковъ по римскому праву въ нѣкоторыхъ случаяхъ *legatum debiti*; легать (вещи), которую получатель обязывается выдать третьему лицу, какъ фидеикоммиссъ; легать, получатель котораго ввѣнъ отказанной ему вещи обязывается дать наслѣднику или третьему лицу другую вещь равной или даже большей цѣнности, и т. д.². Во всѣхъ этихъ случаяхъ отказы по завѣщанію юридически обсуждаются совершенно такъ, какъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда они влекутъ за собою приращеніе имущества получателя. Такимъ образомъ это приращеніе не составляетъ непремѣннаго условія отказовъ по завѣщанію, между тѣмъ какъ обогащеніе одареннаго составляетъ, какъ мы увидимъ, существенное условіе даренія.

Д. *Нѣкоторыя изъ остальныхъ приобрѣтеній по случаю смерти извѣстнаго лица*, кромѣ перечисленныхъ приобрѣтеній наслѣдованіемъ и по отказамъ (*mortis causae capiones*). Подъ именемъ *mortis causa capio* въ римскомъ правѣ разумѣется всякое приобрѣтеніе въслѣдствіе смерти извѣстнаго

¹ Windscheid, § 640.

² L. 7 § 2 D. de legat. III. — L. 108 § 12 D. de legat. I. — L. 70 § 1 D. de legat. II: Si pecunia accepta rogatus sit, rem propriam, quam majoris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare; non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. — Meyerfeld, Schenkungen, § 8, 2.

лица, какъ скоро оно не имѣеть особаго техническаго названія¹. Именемъ *mortis causa capionis* римскіе юристы обозначаютъ поэтому совершенно различные институты, не имѣющіе между собою ничего общаго, кромѣ указанныхъ выше чисто внѣшнихъ свойствъ—пріобрѣтенія и по случаю смерти извѣстнаго лица. Поэтому одни изъ *mortis causa capiones* суть сдѣлки на случай смерти, другія сдѣлки между живыми, и изъ послѣднихъ одни отличаются отъ дареній, а другія представляются намъ настоящими дареніями. Разсмотримъ отдѣльные случаи *mortis causa capiones*. Первый и самый главный случай, это пріобрѣтеніе чего либо *conditionis implendae gratia*. Такого рода пріобрѣтеніе бываетъ тогда, когда кому либо оставляется наслѣдство или отказъ по завѣщанію подъ условіемъ выдачи чего либо третьему лицу. Это третье лицо не можетъ само требовать исполненія условія наслѣдникомъ или получателемъ отказа, чѣмъ и отличается отъ получателей отказовъ по завѣщанію. Тѣмъ не менѣе въ случаѣ если наслѣдникъ или получатель отказа примутъ наслѣдство или отказъ, лице, въ чью пользу назначена выдача, становится во всемъ наравнѣ съ получателемъ отказа по волѣ умершаго. Поэтому на пріобрѣтенія *conditionis implendae gratia* римскіе юристы распространяютъ почти всѣ тѣ положенія, которыя право дѣлаеть относительно отказовъ по завѣщанію². Слѣдовательно пріобрѣтеніе *conditionis implendae gratia* отличается отъ дареній тѣмъ же, чѣмъ и отказы по завѣщанію, и въ источникахъ прямо противопоставляется дареніямъ, какъ

¹ L. 31 pr. D. de mort. ca. donationib. et capionibus: *Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur.*

² Windscheid, § 677.

приобрѣтеніе, которое non cadit in speciem donationis¹. — Второй случай mortis causa capio, это, когда одно лице получаетъ что либо съ тѣмъ, чтобы оно вступило или не вступало въ наслѣдство послѣ другаго лица, или чтобы оно приняло или не принимало извѣстнаго отказа по завѣщанію. Въ этомъ случаѣ будетъ сдѣлка между живыми², но не будетъ даренія, потому что для такого приобрѣтенія не требуется того, что составляетъ существенное условіе даренія, — безвозмездности сдѣлки. Здѣсь будетъ инноминатный контрактъ do ut facias, причемъ дѣлаемое лицомъ приобрѣтеніе является эквивалентомъ совершаемаго имъ дѣйствія. Имущественный же результатъ здѣсь совершенно безразличенъ. Этимъ разсматриваемый видъ mortis causa capio отличается отъ даренія, совершаемаго подъ условіемъ предпринятія извѣстнаго дѣйствія. Даритель, совершая такого рода дареніе, имѣетъ въ виду, что передаваемое имъ въ видѣ дара имѣетъ большую цѣнность, чѣмъ поставляемое условіемъ дѣйствіе, и дареніе будетъ существовать здѣсь постольку, поскольку такое отношеніе между цѣнностью дара и дѣйствія существуетъ на самомъ дѣлѣ. Такимъ образомъ при дареніи имущественный результатъ, обогащеніе одареннаго, на первомъ планѣ. Въ разсматриваемомъ же случаѣ mortis causa capio оно не имѣетъ никакого значенія, какъ по общему правилу во всѣхъ мѣнновыхъ сдѣлкахъ. Сторона, дающая что либо, имѣетъ здѣсь въ виду только то, чтобы противная сторона совершила извѣстное дѣйствіе, все равно принесетъ ли это ей выгоду или убытокъ. Такимъ образомъ и этотъ видъ mortis causa capio

¹ L. 38 D. de mort. ca. donat. См. примѣчаніе 1 на стр. 21.

² Если съ такимъ условіемъ будетъ оставлено что либо по завѣщанію, то это будетъ обыкновенный отказъ.

нельзя разсматривать, какъ дареніе. Это признаютъ и римскіе источники ¹. Именемъ *mortis causa capio* римскіе юристы называютъ и передачу чего либо подъ условіемъ смерти третьяго лица, куда относятъ и такъ называемую *dos recepticia*. Безмездная передача чего либо подъ условіемъ смерти третьяго лица будетъ настоящимъ дареніемъ подъ резолютивнымъ условіемъ, какъ это признаютъ и источники ². Что же касается до *dos recepticia*, то подъ этимъ именемъ разумѣется приданое, которое кто либо даетъ женщинѣ, обязывая вмѣстѣ съ тѣмъ ея мужа къ возвращенію этого приданаго въ случаѣ ея смерти ³. Обратное полученіе приданаго будетъ здѣсь для лица давшаго *mortis causa capio*; очевидно, что здѣсь о дареніи не можетъ быть и рѣчи.

Разграничивъ съ дареніями цѣлый рядъ сдѣлокъ по случаю смерти, намъ предстоитъ опредѣлить характеръ еще одной сдѣлки, которую римскіе юристы называютъ дареніемъ, но которая носитъ на себѣ внѣшніе признаки сдѣлки на случай смерти, именно характеръ *даренія на случай смерти*, *mortis causa donatio*. Многие писатели ⁴ относятъ *donatio*

¹ L. 31 § 2 D. de mort. ca. donat.: Sine donatione autem capitur, veluti pecunia, quam statuliber, aut legatarius alicui conditionis implendae gratia numerat, sive extraneus sit, qui accipit, sive heres. Eodem numero est pecunia, quam quis in hoc accipit, ut vel adeat hereditatem, vel non adeat, quique in hoc accipit pecuniam, ut legatum omittat.

² L. 18 pr. D. de mort. ca. donat.: Mortis causa capimus non tunc solum, quum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat, veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea conditione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium.

³ L. 31 § 2 D. eod.: Sed et dos, quam quis in mortem mulieris a marito stipulatur, capitur sane mortis causa; cujus generis dotes recepticiae vocantur.

⁴ Windscheid, § 675 п. 1 и Unger, § 77, п. 13—Festus, см. *mortis causa stipulatio*:—«cujus mors fuit causa».

mortis causa прямо къ сдѣлкамъ на случай смерти, но при этомъ они характеризуютъ сдѣлки послѣдняго рода только ихъ цѣлью. Мы же приняли за критеріумъ этого рода сдѣлокъ другой признакъ, именно называемъ сдѣлками на случай смерти такія, которыя касаются посмертнаго имущества лица, и въ виду этого опредѣлили даренія, какъ сдѣлки *inter vivos*. Поэтому съ нашей точки зрѣнія дареніе на случай смерти будетъ также сдѣлкою между живыми. Далѣе по существу своему дареніе на случай смерти есть настоящее дареніе и заключаетъ въ себѣ всѣ его признаки, только исполненіе даренія отлагается здѣсь до смерти дарителя и обусловливается тѣмъ, что даритель умретъ ранѣе одареннаго. Такимъ образомъ *mortis causa donatio* есть обыкновенное дареніе подъ условіемъ смерти дарителя до одареннаго. Римскіе источники и разсматриваютъ *mortis causa donatio*, какъ одинъ изъ видовъ даренія². Но этотъ первоначальный характеръ дареній на случай смерти со временемъ затемнился. Этого можно было ожидать уже съ тѣхъ поръ, какъ стали опредѣлять дареніе на случай смерти по его цѣли и результату, что и произошло.

Дареніе на случай смерти, говорятъ римскіе юристы, бываетъ тогда, когда лице желаетъ лучше удержать даримое у себя, нежели передать его тому, кому оно дарить, но во всякомъ случаѣ желаетъ передать его скорѣе тому, кому дарить, чѣмъ своему наслѣднику³. Этимъ опредѣленіемъ дареніе на случай смерти уравнивается съ отказомъ по завѣщанію. Какъ въ первомъ, такъ и въ послѣднемъ даритель или оставитель не желаетъ

¹ Savigny, IV §. 144.

² Pr. I. de donat.: Donationum autem duo genera sunt, mortis causa et non mortis causa.

³ Mortis causa donatio est quum quis habere se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. L. 1 D. de mortis ca. donat.

ласть потерять что-либо из своего имущества при своей жизни, но послѣ своей смерти предпочитаетъ въ известномъ отношеніи наслѣднику третье лице. При такомъ взглядѣ къ дареніямъ на случай смерти легко было приложить и тѣ положенія, которыя право давало относительно отказовъ по завѣщанію. Если разсматривать даренія на случай смерти не со стороны ихъ формы и юридическаго существа, а со стороны намѣренія дарителя, то это представляется вполне естественнымъ. И вотъ дареніе на случай смерти уклоняется отъ своего первоначальнаго типа и получаетъ даже видъ сдѣлки на случай смерти. Дареніе *mortis causa* даритель можетъ по общему правилу уничтожить и измѣнить до самой своей смерти ¹; да-дѣ къ этому даренію прилагаются положенія, существующія для отказовъ по завѣщанію относительно права приращенія, условій, ненарушимости законной доли наслѣдниковъ и т. п. ².

Несомнѣнно, что съ этими модификаціями *mortis causa donatio* настолько уже отдалилось отъ настоящаго даренія, что и у римскихъ юристовъ только *donatio inter vivos* считается *vera et absoluta donatio* ³. Юстиніанъ въ одномъ изъ своихъ законовъ прямо указываетъ на существовавшее въ преж-нее время между юристами и законодателями сомнѣніе относительно того, куда относить *donationes mortis causa*: къ дареніямъ ли или къ распоряженіямъ послѣдней воли. Съ своей стороны онъ склоняется въ пользу послѣдняго взгляда ⁴.

¹ L. 30 D. de mort. ca. donat.: Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia conditionem vel utilem actionem habet.

² Windscheid, § 676.

³ L. 35 § 2, L. 42 § 1 D. de mort. ca. donat.

⁴ L. 4 C. de mor. causa donat. (8,57). Объ этомъ законѣ Юстиніанъ говоритъ въ 87-й новеллѣ: Nam quum scirent, nos cognita veterum legislato-

Тѣмъ не менѣе *mortis causa donatio* сохранило отъ своего начальнаго типа нѣсколько свойствъ, связывающихъ его съ дареніями и отличающихъ отъ сдѣлокъ на случай смерти. Эти свойства слѣдующія: 1) Дареніе на случай смерти есть двусторонняя сдѣлка; для того, чтобы она имѣла силу, необходимо принятіе дара одареннымъ. Такимъ образомъ уже по одному этому основанію дареніе на случай смерти по римскому праву на самомъ дѣлѣ есть сдѣлка между живыми. Въ немъ, какъ говорятъ римскіе юристы, *praesens praesenti dat*¹, дареніе на случай смерти заключается между живыми и только *perficitur morte donatoris*. 2) При установленіи даренія на случай смерти даритель можетъ отказаться отъ своего права произвольно уничтожить дареніе. При наслѣдованіи и отказахъ по завѣщанію свобода завѣщателя по римскому праву, мы видѣли, не могла быть ограничена никакимъ договоромъ. Въ дареніяхъ же на случай смерти такое ограниченіе дарителя допускается. Поэтому рассматриваемое свойство ставитъ между дареніями на случай смерти и указанными сдѣлками *mortis causa* столь рѣзкую грань, что римскіе юристы, сроднившись съ понятіемъ *mortis causa donatio*, какъ съ сдѣлкой близкой къ отказамъ по завѣщанію, дареніе этого рода, коль скоро при установленіи его

rum dubitatione de mortis causa donatione, utrum illa donatio, an legatum esset, aliis eam donationi, aliis vero legatis adnumerantibus, plurium et optimorum legislatorum sententiam eligentes declarasse, eam omnino legatum esse...

¹ L. 38 D. de mort. ca. donat.: Inter mortis causa donationem, et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia; nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat, at mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis.—Theophil. ad. § 1. Instit. de donat.: ἄπο ζῶντος εἰς ζῶντα γίνεται. Windscheid, § 676. Впервые Юстиніанъ установилъ, что *mortis causa donatio* можетъ быть и односторонней сдѣлкой, L. 4 C. de m. c. donat. Nov. 87.

даритель отказывается отъ права измѣнять свою волю, разсматриваютъ во всемъ какъ дареніе собственно, какъ дареніе *inter vivos*¹. Этотъ взглядъ римскихъ юристовъ тѣмъ важнѣе, что онъ имѣлъ вліяніе на новыя законодательства. Наконецъ 3) даренія на случай смерти по римскому праву отличаются въ частности отъ отказовъ по завѣщанію тѣмъ, что осуществленіе ихъ не зависитъ отъ судьбы наслѣдства, между тѣмъ какъ осуществленіе отказовъ по завѣщанію находится въ прямой зависимости отъ принятія наслѣдства назначенными въ завѣщаніи наслѣдниками или наслѣдниками по закону, если въ кодициллѣ выдача отказовъ по завѣщанію возложена на нихъ².

Изо всего изложеннаго выше видно, что даренія на случай смерти суть сдѣлки между живыми и настоящія даренія, только этотъ характеръ ихъ въ новомъ римскомъ правѣ затемнился. Что даренія на случай смерти первоначально имѣли характеръ настоящихъ дареній, это доказывается тѣмъ, что даритель можетъ отказаться отъ права взять назадъ или измѣнить сдѣланное дареніе. Если бы даренія на случай смерти съ самаго начала имѣли характеръ отказовъ по завѣщанію, то такое положеніе не могло бы явиться, по тѣмъ же причинамъ, по которымъ оно не явилось относительно отказовъ по завѣщанію. Слѣдуетъ предположить, что даръ былъ безвозвратнымъ, если онъ дѣлался и на случай смерти, но впоследствии, сближая *donatio mortis*

¹ L. 27 D. de mort. ca. donat.: Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio; et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio; ideoque inter viros et uxores non valet; et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione. Въ законѣ 38 § 2 D. eod., который какъ будто противорѣчитъ цитированному, говорится о *mortis causa donatio* въ его общемъ значеніи, какъ сдѣлки, подобной отказу по завѣщанію.

² Windscheid, § 677.—Puchta, Pandekten, § 72.

causa по его цѣли съ отказами по завѣщанію, римскіе юристы стали признавать безвозвратность дара въ томъ только случаѣ, когда она прямо была установлена при совершеніи даренія. Такимъ образомъ характеръ donatio mortis causa какъ настоящаго даренія въ римскомъ правѣ затемнился, но замѣтимъ при этомъ, что все таки не настолько, чтобы этотъ институтъ можно было исключить изъ числа дареній. Во всякомъ же случаѣ онъ составляетъ особый видъ даренія, требующій и особаго изложенія.

Выше мы сопоставили дареніе, какъ сдѣлку inter vivos, съ различными сдѣлками mortis causa по римскому праву. Мы видѣли и тотъ характеръ, который имѣетъ въ римскомъ правѣ дареніе на случай смерти. Обратимся къ положенію, которое дареніе занимаетъ по отношенію къ указаннымъ выше сдѣлкамъ на случай смерти и другимъ подобнымъ у новыхъ народовъ.

Новые народы знаютъ всѣ сдѣлки mortis causa, которыя знаетъ и римское право, но отчасти видоизмѣнили нѣкоторыя изъ нихъ, отчасти же создали новыя подобныя сдѣлки, неизвѣстныя римскому праву. Характеръ наслѣдованія по закону и по завѣщанію, а также отказовъ по завѣщанію, остался въ существенныхъ чертахъ тотъ же, какъ и въ римскомъ правѣ. Но во французскомъ правѣ получилъ особый характеръ раздѣлъ отцемъ имущества между дѣтьми. Оставаясь въ сущевѣ сходнымъ съ раздѣломъ inter liberos по римскому праву, раздѣлъ отцемъ имущества между дѣтьми во французскомъ правѣ болѣе приближается къ дареніямъ уже потому, что можетъ быть облеченъ въ форму даренія. „Раздѣлы этого рода“, говоритъ французскій кодексъ, „могутъ быть установлены сдѣлками между живыми или завѣщательными съ соблюденіемъ формальностей, условій и правилъ, предписанныхъ для

дареній между живыми и для завѣщаній. Поэтому, какъ скоро раздѣлъ между дѣтьми совершенъ въ формѣ даренія, то къ нему примѣняются и положенія, которые законъ даетъ относительно дареній. Такъ 1) раздѣлъ можетъ быть здѣсь относительно тѣхъ только имуществъ, относительно которыхъ можетъ быть совершено дареніе. 2) Онъ долженъ быть принятъ дѣтьми. 3) Онъ сдѣлается безвозвратно, какъ всякое дареніе, и сдѣлавшій раздѣлъ отецъ можетъ взять переданное дѣтямъ имущество въ тѣхъ только случаяхъ, когда онъ можетъ это сдѣлать при настоящемъ дареніи. Тѣмъ не менѣе и во французскомъ правѣ раздѣлъ имущества между дѣтьми сохранилъ характеръ института наследственного права. Этотъ характеръ раздѣла между дѣтьми выражается въ слѣдующемъ: 1) Раздѣлъ является особою сдѣлкой, тогда только, когда онъ сдѣланъ восходящими родственниками, и этотъ особый характеръ раздѣла между дѣтьми вытекаетъ изъ той связи, которую природа и законъ устанавливаютъ между лицами, непосредственно происходящими другъ отъ друга. По раздѣлу дѣти получаютъ не совершенно чужое для нихъ имущество, не чистый даръ, а почти свое собственное имущество. Отецъ, какъ онъ говорятъ французскіе юристы, является здѣсь не болѣе, какъ ликвидаторомъ, а потому онъ обязывается при раздѣлѣ сдѣлать дѣтей по возможности поровну. Правда, изъ этой части имущества, которою отецъ по французскимъ законамъ можетъ свободно распоряжаться (portion disponible), онъ можетъ въ актѣ же раздѣла сдѣлать даръ тому или другому изъ своихъ дѣтей, но независимо отъ этого дара доли дѣтей должны быть равны и всякое значительное неравенство ихъ можетъ дать поводъ къ оспариванію раздѣ-

¹ Code civ. C. 1076.

ла. Такимъ образомъ здѣсь будетъ не даръ, а раздѣлъ извѣстнаго имущества, раздѣлъ, который можетъ быть оспоренъ при тѣхъ предположеніяхъ, при которыхъ могутъ быть оспорены раздѣлы и другаго рода. 2) Раздѣлъ имущества между дѣтьми есть раздѣлъ наслѣдства по закону. Дѣти получаютъ здѣсь имущество въ силу своего права на наслѣдство послѣ отца. А такъ какъ всѣ дѣти имѣютъ право законнаго наслѣдованія послѣ отца, то раздѣлъ долженъ быть совершенъ между всѣми ими. Если хотя одно изъ дѣтей не получитъ въ раздѣлѣ доли, раздѣлъ можетъ быть оспоренъ и считается недействительнымъ. Характеръ раздѣла между дѣтьми, какъ раздѣла наслѣдства и притомъ по закону, принимается какъ французскими юристами, такъ и практикой, независимо отъ формы, въ которой будетъ совершенъ раздѣлъ. Раздѣлъ между дѣтьми, совершенный въ формѣ даренія, можно было бы разсматривать какъ дареніе подъ условіемъ зачета его въ наслѣдственную долю дѣтей, а раздѣлъ между дѣтьми въ формѣ завѣщанія, какъ отказъ по завѣщанію. Но, какъ сказано, и юристы, и практика смотрятъ на нихъ иначе, именно какъ на раздѣлъ наслѣдственного имущества. На этомъ основаніи при раздѣлѣ въ формѣ даренія не допускается зачета въ наслѣдственную долю, такъ какъ зачетъ предполагаетъ послѣдующій самостоятельный раздѣлъ наслѣдственного имущества, а раздѣлъ между дѣтьми есть самъ по себѣ уже раздѣлъ этого имущества и никакого другаго раздѣла не предполагаетъ¹. Отсюда ясно видно, что на раздѣлъ

¹ Поэтому если по смерти отца останется нераздѣленное еще имущество, то относительно него является наслѣдство по закону или по завѣщанію совершенно независимое отъ преемства въ раздѣленномъ имуществѣ. Послѣ одного лица является какъ бы два наслѣдства, совершенно независимыя другъ отъ друга, безъ зачета имущества получаемаго по одному основанію въ ту долю, въ которой лице наслѣдуетъ по другому основанію.

между дѣтьми смотреть, какъ на наслѣдованіе. Кромѣ того на это наслѣдованіе смотреть, какъ на наслѣдованіе по закону. Это видно изъ того, что если раздѣлъ совершенъ въ формѣ завѣщанія, то его не разсматриваютъ какъ завѣщаніе и дѣти не являются получателями отказовъ по завѣщанію. Если бы они были таковыми, то они могли бы отказаться отъ назначеннаго имъ по раздѣлу и затѣмъ наслѣдовать отцу по закону. Здѣсь же, по мнѣнію французскихъ юристовъ, дѣтямъ открывается одно только наслѣдство въ той формѣ, какъ оно распределено въ актѣ раздѣла, и если дѣти не примутъ наслѣдства въ этой формѣ, то наслѣдовать отцу по закону уже не могутъ. Такимъ образомъ на актѣ раздѣла смотреть здѣсь не какъ на назначеніе наслѣдниковъ, такъ какъ тогда дѣти не принявшія наслѣдства по раздѣлу могли бы наслѣдовать по закону, а только какъ на распределеніе наслѣдственнаго имущества между наслѣдниками законными, опредѣленными закономъ и природою. Такимъ образомъ раздѣлъ имущества между дѣтьми во французскомъ правѣ сравнительно съ правомъ римскимъ видоизмѣнился, но сохранилъ свой основной характеръ наслѣдственнаго акта¹.

Такимъ образомъ институты римскаго права, имѣющіе въ виду распоряженія имуществомъ на случай смерти, въ новое время сохранили свой первоначальный характеръ. Но за то въ новое время возникло два института можно сказать совершенно неизвѣстныхъ римскому праву, это *démision de biens* древняго французскаго права и германскіе *договоры о наслѣдствѣ*. *Démision de biens* по французскому праву называлось дѣйствительное пре-

¹ Grenier, I №№ LXIII — LXVII, III, №№ 393 — 401 Troplong, II №№ 2293 — 2339.

доставленіе и передача лицомъ при своей жизни всего своего имущества будущимъ наслѣдникамъ. Такое предоставленіе имущества есть также институтъ наслѣдственного права, какъ и раздѣлъ имущества между дѣтьми. Онъ могъ быть или въ видѣ даренія между живыми, или въ видѣ даренія на случай смерти, но въ обоихъ случаяхъ: 1) долженъ былъ касаться всего имущества лица, передача же отдѣльныхъ имуществъ считалась настоящимъ дареніемъ; 2) имущество должно было быть предоставлено будущимъ наслѣдникамъ лица, не постороннимъ лицамъ. Изъ этого характера *demission de biens* вытекали слѣдующія два послѣдствія, въ особенности отличающія институтъ наслѣдственного права: 1) переходъ на лицъ, которымъ предоставляется имущество, не только активнаго имущества, предоставляющаго, но и его пассива, долговъ, и 2) предоставленіе имущества будущимъ наслѣдникамъ могло быть всегда взято назадъ, какъ всякое распоряженіе послѣдней воли. Последняя особенность *demission de biens* дѣлала этотъ институтъ крайне непрактичнымъ. Предоставленіе имущества будущимъ наслѣдникамъ переносило на нихъ право собственности относительно передаваемого имущества, но это право было условное и прекращеніе его зависело отъ односторонней воли наслѣдодателя. Этой односторонней воли было достаточно для того, чтобы лишить будущихъ наслѣдниковъ переданнаго имъ имущества, и что самое главное, чтобы объявить недействительными всѣ распоряженія и отчужденія, совершенныя ими относительно этого имущества. Экономическая невыгода этого института была тѣмъ ощутительнѣе, что самый институтъ *demission de biens* былъ шире близкаго съ нимъ раздѣла имущества отцемъ между дѣтьми, такъ какъ послѣдній имѣлъ силу только между восходящими, а первый и между боковыми родственниками. Въ но-

вомъ французскомъ правѣ института *demission de biens* бо-
лѣе не встрѣчается ¹.

Обширное примѣненіе въ настоящее время, какъ во француз-
скомъ правѣ, такъ въ особенности въ германскихъ законода-
тельствахъ имѣеть другой институтъ — договоръ о наслѣдствѣ
(*institution contractuelle, Erbvertrag*).

Договоръ о наслѣдствѣ по первому взгляду мы можемъ
опредѣлить, какъ дареніе лицомъ имѣющаго открыться послѣ
него наслѣдства. Одно лице даетъ другому безвозмездно или
подъ извѣстными условіями свое посмертное имущество, даетъ
безвозвратно, такъ что теряетъ право измѣнить въ послѣдствіи
свою волю. Здѣсь мы находимъ многіе существенные признаки
даренія: безвозмездность, по общему правилу обогащеніе лица
получающаго и наконецъ соглашеніе лицъ. Но если мы обра-
тимся ближе къ разсмотрѣнію института договоровъ о на-
слѣдствѣ или о наслѣдственномъ имуществѣ, то увидимъ,
что это договоры на случай смерти и сдѣлки чисто наслѣд-
ственного права, которыя не могутъ быть поставлены на
одну доску съ дареніями. Это видно уже изъ ихъ проис-
хожденія.

По весьма распространенному, въ особенности между фран-
цузскими юристами, мнѣнію, договоры о наслѣдствѣ перешли
въ право новыхъ народовъ изъ права римскаго. Говорятъ, что
уже послѣднее признавало справедливость распоряженія наслѣд-
ствомъ по договору и что новые народы только развили
эту мысль римскаго права. Мы видѣли, что въ принципѣ
римское право запрещало всякое ограниченіе свободы послѣд-
ней воли договоромъ, но мы имѣемъ два положенія рим-

¹ Troplong, I, № 35.—Grenier, I, № LXV—LXVII.

скихъ императоровъ, которыя допускаютъ исключенія изъ указаннаго правила. Это новелла 19-я императора Льва и законъ 19 *C. de pactis*. Первая говоритъ о томъ, что когда отецъ общалъ вступающему въ бракъ сыну дать равную съ другими наслѣдниками часть въ своемъ посмертномъ имуществѣ, тогда сынъ и долженъ получить такую часть даже вопреки послѣдней волѣ отца. Законъ же императоровъ Діоклетіана и Максимиана (L. 19 *C. de pactis*) позволяетъ солдатамъ передъ сраженіемъ заключать договоръ, по которому они взаимно назначаютъ другъ друга наслѣдниками, такъ что когда одинъ солдатъ погибалъ въ бою, другой наслѣдовалъ ему въ силу этого договора. На этихъ двухъ исключеніяхъ и опирается мнѣніе, что договоры о наслѣдствѣ перешли въ право новыхъ народовъ изъ права римскаго. Такое мнѣніе нельзя считать вѣрнымъ. Прежде всего на возникновеніе договоровъ о наслѣдствѣ у новыхъ народовъ не могла имѣть вліянія новелла Льва, потому что его новеллы на западѣ вообще не пользовались силою и не составляли части Юстиніанова законодательства. Другое доказательство, что эта новелла не могла имѣть вліянія на возникновеніе института договоровъ о наслѣдствѣ, состоитъ въ томъ, что она не была еще переведена съ греческаго языка на латинскій въ то время, какъ юристы обычнаго права во Франціи писали уже о назначеніяхъ наслѣдниковъ по договору. Что касается до закона 19 *C. de pactis*, то предполагаемое вліяніе его объясняютъ соображеніемъ, что положеніе этого закона весьма легко было распространить на всѣхъ феодаловъ, какъ людей военныхъ. Но здѣсь являются слѣдующія несообразности. 1) Трудно себѣ представить, чтобы исключеніе, каковымъ представляется разсматриваемый законъ, возвели въ правило и тѣмъ нарушили основной принципъ римскаго права именно

тогда, когда последнее являлось можно сказать оракуломъ права, въ XII и XIII столѣтіяхъ, къ которымъ указанное мнѣніе относитъ возникновеніе договоровъ о наслѣдствѣ. 2) Договоръ, дозволенный закономъ 19 C. de pactis, долженъ быть взаимнымъ, заключившіе его войны должны взаимно назначить другъ друга наслѣдниками. Между тѣмъ договоры о наслѣдствѣ могутъ быть и не взаимные, и даже рѣдко когда бывають взаимными (за исключеніемъ брачныхъ контрактовъ). Наконецъ 3) договоры о наслѣдствѣ отличаются тѣмъ, что они не могутъ быть уничтожены односторонне лицомъ, распорядившимся по договору своимъ посмертнымъ имуществомъ. Распоряженіе посмертнымъ имуществомъ является здѣсь безвозвратнымъ. Между тѣмъ можно еще сомнѣваться, признаетъ ли законъ 19 C. de pactis договоръ о наслѣдствѣ, заключенный солдатами, какъ безвозвратно обязательный для нихъ. Вѣрнѣе будетъ принять, что этотъ законъ содержитъ въ себѣ не болѣе, какъ частный случай примѣненія общаго правила о солдатскихъ завѣщаніяхъ. Общій принципъ относительно завѣщаній этого рода состоитъ въ томъ, что для опредѣленія солдатомъ судьбы своего посмертнаго имущества достаточно, чтобы онъ какимъ бы то ни было образомъ выразилъ свою волю¹. Распоряженіе всѣмъ посмертнымъ имуществомъ по договору между лицами, не состоящими въ военной службѣ, законъ считаетъ недействительнымъ. Мы видѣли выше, что такой договоръ считался даже *contra bonos mores*. Если же подобный договоръ будетъ заключенъ между солдатами и притомъ въ минуту опасности, то соглас-

¹ L. 1 pr. D. de testamento militis: Faciant... testamenta quomodo volunt, faciant quomodo poterint: sufficiatque ad bonorum suorum divisionem nuda voluntas testatoris.

но съ указаннымъ выше общимъ правиломъ воля солдата, выраженная и въ формѣ договора, получить силу, какъ его послѣдняя воля. Что законъ 19 C. de pactis даетъ волѣ солдата, выраженной въ договорѣ, значеніе только какъ послѣдней волѣ, доказывается тѣмъ, что свое постановленіе онъ оправдываетъ общимъ правиломъ, принятымъ для солдатскихъ завѣщаній: *quum voluntas militum, quae super ultimo vitae spiritu deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicii obtineat*. Если же законъ даетъ здѣсь значеніе волѣ солдата только какъ послѣдней волѣ, то разумѣется, если послѣ заключенія договора солдатъ иначе выразитъ свою послѣднюю волю, наслѣдованіе послѣ него будетъ опредѣлено согласно съ этою волею, на томъ основаніи, что позднѣйшее дѣйствительное выраженіе послѣдней воли отмѣняетъ предшествовавшія. Такимъ образомъ между договорами, о которыхъ говоритъ законъ 19 C. de pactis, и нынѣшними договорами о наслѣдствѣ различіе настолько велико, что трудно думать, чтобы этотъ законъ былъ источникомъ развитія распространеннаго въ настоящее время института наслѣдованія по договору. Поэтому болѣе вѣроятія принять другое мнѣніе о происхожденіи наслѣдованія по договору, именно о происхожденіи его непосредственно изъ дареній, но прямо въ замѣну завѣщаній.

Еще Тацитъ сообщаетъ, что завѣщанія были совершенно неизвѣстны германскимъ народамъ¹. Дареніе же, какъ безвозмездное распоряженіе имуществомъ при жизни, не могло быть имъ неизвѣстно, какъ самое естественное послѣдствіе права собственности, существованіе котораго у древнихъ

¹ De moribus Germanorum § 20.

германцевъ, по крайней мѣрѣ относительно движимыхъ вещей, не подлежитъ сомнѣнію. Поэтому, какъ скоро у германцевъ возникла потребность распоряжаться имуществомъ на случай смерти, не зная завѣщаній, они должны были удовлетворить этой потребности въ формѣ дареній, именно дарили свое наслѣдство. Это видно уже изъ салическаго закона, по которому назначеніе наслѣдника имѣетъ видъ даренія наслѣдства. Наслѣдодатель при свидѣтеляхъ совершаетъ символическую передачу своего имущества наслѣднику и затѣмъ наслѣдникъ вступаетъ на нѣкоторое время въ дѣйствительное владѣніе предоставленнымъ ему имуществомъ¹. Символическою передачею имущества будущему наслѣднику еще при жизни наслѣдодателя указывается уже на первый признакъ договоръ о наслѣдствѣ: одно лице получаетъ право на наслѣдство послѣ другаго лица еще при жизни послѣдняго. Объ этой символической передачѣ говорятъ и другіе источники германскаго права, въ которыхъ мы можемъ найти указаніе и на другіе признаки договоровъ о наслѣдствѣ. Такъ въ лонгобардскихъ законахъ² говорится о правѣ лица, распорядившагося своимъ наслѣдствомъ указаннымъ выше путемъ, отчуждать отдѣльные предметы изъ своего имущества, только не дарить и не расточать ихъ во вредъ лицу управомоченному. Далѣе въ формулахъ Маркульфа мы находимъ указаніе, что установленіе наслѣдника въ приведенной выше формѣ могло быть безвозвратнымъ³. Во всѣхъ указанныхъ источни-

¹ Pactus legis Salicae tit. 49.

² Leges Longob. II, 15 ст. 2.

³ Appendix, № 47. Установитель назначаетъ большой штрафъ на тотъ случай, если онъ самъ или кто либо изъ его наслѣдниковъ будетъ оспаривать сдѣланное назначеніе; при этомъ право назначеннаго наслѣдника во всякомъ случаѣ должно остаться непоколебимымъ. Grenier, стр. 142.

кахъ мы видимъ такимъ образомъ назначеніе наслѣдниковъ по акту, который можно считать договоромъ о наслѣдствѣ, и мы видѣли, что онъ явился съ формами дареній, въ видѣ непосредственнаго безмезднаго отчужденія имущества и отчужденія безвозвратнаго, каковымъ представляется намъ по общему Правилу дареніе. Аналогія съ дареніемъ обращала на себя издавна вниманіе писателей, разработывавшихъ германское обычное право. Пардесю ¹ прямо опредѣляетъ назначеніе наслѣдника по договору, какъ дареніе наслѣдства. Но уже изъ того, что идетъ рѣчь о дареніи наслѣдства, видно, что дареніе является здѣсь скорѣе какъ институтъ наслѣдственнаго права, имѣющій въ виду судьбу посмертнаго имущества лица, а это не могло не подѣйствовать на существо даренія въ данномъ случаѣ. И вотъ мы видимъ, что изъ даренія выработался совершенно особенный институтъ наслѣдственнаго права, который съ одной стороны не всегда допускается тамъ гдѣ допускается дареніе, а съ другой—имѣетъ многія совершенно отличныя отъ него свойства.

Заключеніе договоровъ о наслѣдствѣ ограничивалось потому, что эти договоры представляли кровнымъ наслѣдникамъ заключающаго договоръ о своемъ наслѣдствѣ несравненно болѣе опасности, чѣмъ даренія. При дареніяхъ дарителя сдерживала мысль о томъ, что онъ тотчасъ же (по общему правилу) и безвозвратно теряетъ свое право на даримое имущество. Такимъ образомъ даритель можетъ лишитъ своихъ наслѣдниковъ извѣтнаго имущества по общему правилу не иначе, какъ съ нѣкоторыми пожертвованіями съ своей стороны. При назначеніи же наслѣдниковъ по договору лице назначающее ихъ могло устранить своихъ кровныхъ родственниковъ отъ наслѣд-

¹ Pardessus, Memoire sur l'origine du droit coutumier, стр. 54.

ства безъ всякихъ почти пожертвованій. Поэтому мы видимъ различные ограниченія договоровъ о наслѣдствѣ. Такъ распорядиться наслѣдствомъ по договору въ принципѣ нрѣдко вовсе запрещается и дѣлаются только исключенія для лицъ, не имѣющихъ кровныхъ родственниковъ въ близкихъ степеняхъ, или для назначенія наслѣдниковъ въ брачномъ договорѣ, „*propter dignitatem et amplificationem familiarum*“ или наконецъ для лицъ, принятыхъ въ среду семейства того, кто назначаетъ ихъ своими наслѣдниками по договору. Назначеніе наслѣдниковъ по договору и до сихъ поръ въ принципѣ запрещено во французскомъ правѣ, гдѣ оно дозволено только въ брачномъ контрактѣ ¹. Тамъ же, гдѣ назначеніе наслѣдниковъ по договору въ принципѣ было дозволеннымъ, оно подверглось значительнымъ стѣсненіямъ относительно формы совершенія: иногда для такого назначенія требовалось согласіе законныхъ наслѣдниковъ, а во всякомъ случаѣ извѣстная торжественная форма, по общему правилу форма завѣщаній. Ограниченіе назначенія наслѣдниковъ по договору въ сравненіи съ дареніями указываетъ уже намъ на особое существо этого института. Это существо сказывается въ цѣломъ рядѣ характеристическихъ чертъ, отличающихъ договоры о наслѣдствѣ отъ дареній. Здѣсь прежде всего мы сдѣлаемъ оговорку. Мы до сихъ поръ имѣли въ виду только одинъ главный случай договоровъ о наслѣдствѣ, именно когда по договору одно лице назначало себѣ наслѣдника, т. е. универсальнаго преемника. Но такъ какъ договоры о наслѣдствѣ явились, какъ мы видѣли, въ замѣну завѣщаній, а теперь существуютъ въ дополненіе имъ, то для того,

¹ Troplong, № 2345 и слѣд. — Grenier, III № 410 и слѣд. — Bluntchli, Deutsches Privatrecht. — Mittermaier, Deutch. Privatrecht, II.

чтобы эта замѣна и дополненіе были всесторонни, договоры о наслѣдствѣ могли принимать двоякую форму: форму назначенія наслѣдника по договору (Erbeinsetzungsvertrag), въ замѣну и дополненіе назначенія наслѣдниковъ по завѣщанію, и форму назначенія отказовъ по договору, въ замѣну и дополненіе назначенія отказовъ по завѣщанію (Vermächtnissvertrag). Укажемъ на отличительныя свойства договоровъ о наслѣдствѣ въ этой двоякой формѣ.

1) Договоры о наслѣдствѣ имѣютъ своимъ предметомъ посмертное имущество лица. Этимъ они приближаются къ дареніямъ на случай смерти, но рѣзко отличаются отъ дареній между живыми.

2) Такъ какъ договоры о наслѣдствѣ имѣютъ ту же цѣль, какъ завѣщанія, то къ нимъ прилагаются все тѣ основанія, по которымъ требуется для завѣщаній извѣстная форма. Эти основанія имѣютъ тѣмъ болѣе значенія, что завѣщаніе не связываетъ воли завѣщателя, между тѣмъ какъ договоры о наслѣдствѣ связываютъ ее. Поэтому законодательства требуютъ для договора о наслѣдствѣ по крайней мѣрѣ той формы, которая требуется для совершенія письменныхъ завѣщаній, а иногда формы нотаріальной или судебной¹. Такимъ образомъ въ законодательствахъ близость къ завѣщаніямъ договоровъ о наслѣдствѣ, какъ институтовъ наслѣдственного права, отразилась и на ихъ формѣ. Требованія законодательствъ относительно формы дареній совершенно другія и имѣютъ другое основаніе.

3) Дареніе разъ сдѣланное, какъ мы увидимъ, безвозвратно; тоже самое и договоры о наслѣдствѣ. Но безвозвратность рас-

¹ Preuss. A. L. R. I, 12 § 121.—Oesterr. B. G. B. § 1249.—Zürcher G. B. § 2119.—Bluntchli, Deutsch. Privatrecht § 195.

поряженія имуществомъ по договору о наслѣдствѣ отличается отъ безвозвратности даренія тѣмъ, что въ первомъ случаѣ разъ сдѣланное распоряженіе не препятствуетъ заключившему договоръ произвольно распоряжаться своимъ имуществомъ посредствомъ сдѣлокъ между живыми ¹, или по крайней мѣрѣ посредствомъ возмездныхъ сдѣлокъ ². Такимъ образомъ договоры о наслѣдствѣ безвозвратны въ томъ только смыслѣ, что заключившій такой договоръ теряетъ право распоряжаться имуществомъ, относительно котораго онъ уже изъявилъ свою волю, по завѣщанію или въ другомъ договорѣ о наслѣдствѣ, а по нѣкоторымъ законодательствамъ и въ безмездныхъ сдѣлкахъ между живыми. Этими договорами о наслѣдствѣ отличаются и отъ дареній на случай смерти, съ которыми они имѣютъ общимъ то, что оба касаются посмертнаго имущества лица. Даренія на случай смерти въ ихъ первоначальномъ видѣ должны были быть безвозвратны во всякомъ случаѣ; въ томъ же видѣ какъ они представляются намъ въ Юстиніановомъ законодательствѣ, они могутъ быть взяты назадъ односторонне дарителемъ. Въ томъ и другомъ случаѣ слѣдовательно между ними и договорами о наслѣдствѣ большое различіе.

4) Изъ безвозвратности особаго рода, свойственной договорамъ о наслѣдствѣ, вытекаетъ и то, что этими договорами на управомоченнаго не переносится въ моментъ заключенія договора никакого вещнаго права на обѣщанное имущество ³. Управомоченный имѣетъ здѣсь только нѣчто въ родѣ права по обязательству, которое онъ не можетъ однако осуществить до смерти должника. Напротивъ того при дареніяхъ по новымъ законода-

¹ Oesterr. B. G. B. § 1252.

² Code civ. а. 1083.

³ Mittermaier, § 403, VIII.

тельствамъ въ самый моментъ заключенія даренія иногда переходитъ право собственности или другое вещное право.

5) Въ связи съ указаннымъ выше различіемъ находится и слѣдующее. Какъ скоро одаренный разъ выразить свою волю на принятіе дара, то получаетъ тотчасъ право на этотъ даръ. Между тѣмъ управомоченный къ посмертному преемству по договору по открытіи этого преемства занимаетъ въ отношеніи къ нему совершенно такое же положеніе, какъ лица, призываемыя къ наслѣдству по закону или по завѣщанію: поэтому такъ же, какъ и эти лица, онъ можетъ отречься отъ открывшагося ему преемства ¹.

6) Наконецъ, когда договоръ о наслѣдствѣ есть *Erbeinsetzungsvertrag*, то лице, названное въ немъ, если захочетъ принять наслѣдство, обсуждается такъ, какъ бы оно было наслѣдникомъ по завѣщанію, разсматривается во всѣхъ отношеніяхъ, какъ универсальный преемникъ лица, распорядившагося своимъ наслѣдствомъ по договору.

Перечисленныхъ признаковъ достаточно, чтобы пояснить, что наслѣдованіе по договору, образовавшись по аналогіи съ дареніемъ, преслѣдуя завѣщательныя цѣли отдѣлилось отъ своего прототипа и заняло мѣсто въ ряду институтовъ наслѣдственнаго права и сдѣлокъ на случай смерти въ тѣсномъ смыслѣ этого слова.

Намъ остается опредѣлить теперь то положеніе, которое заняло дареніе на случай смерти въ законодательствахъ новаго времени. Законодательства взглянули на этотъ институтъ съ точки зрѣнія его необходимости. Мы видѣли, что въ римскомъ правѣ дареніе на случай смерти почти во всемъ было

¹ Preuss. A. L. R. I, 12 § 614.—Mittermaier, § 403, X.—Troplong, II № 2356.

уравнено съ отказами по завѣщанію. Оно сохранило самостоятельный характеръ въ томъ только случаѣ, когда даритель отказывается отъ своего права уничтожить дареніе по своему произволу. Но въ новое время какъ въ томъ случаѣ, когда будетъ такой отказъ, такъ и въ томъ, когда его не будетъ, дареніе на случай смерти потеряло свое практическое значеніе, какъ самостоятельный институтъ. Когда даритель не отказывается отъ своего права взять дареніе обратно, то тѣ немногія различія, которыя отдѣляли дареніе на случай смерти отъ отказовъ по завѣщанію въ римскомъ правѣ, по новымъ законодательствамъ потеряли свое практическое значеніе¹. Если же даритель отказывался отъ своего права произвольно уничтожить дареніе, то здѣсь дареніе на случай смерти по своему содержанію уравнивается съ договорами о наслѣдствѣ. Нѣтъ сомнѣнія, что такой конкуренціи дареніе на случай смерти выдерживать не могло при неопредѣленности своей римской теоріи и при опредѣленности теоріи договоровъ о наслѣдствѣ, тщательно и съ особенной любовью выработанной новыми народами.

Обще-германское право внесло въ германскую юридическую жизнь римское *mortis causa donatio* съ тою тѣнью самостоятельности, которую этотъ институтъ до послѣдняго времени все еще сохранялъ въ римскомъ правѣ. Но отъ этого отступилъ уже Баварскій *Codex Maximilianeus*, который постановляетъ: „Хотя отказы по завѣщанію и даренія на случай смерти въ нѣкоторыхъ пунктахъ различаются обще-германскимъ правомъ, но это различіе въ настоящее время болѣе не наблюдается“².

¹ Напримѣръ положеніе римскаго права, что дѣти, находящіяся подъ отеческою властью не могутъ оставлять завѣщаній, но могутъ дарить на случай смерти (съ согласія отца), въ новое время потеряло свое значеніе, L. 25 D. de donat. mort. causa.

² Cod. Maximilianeus, Th. III, Cap. VIII § 3.

Еще за нѣсколько лѣтъ до изданія Баварскаго кодекса, во Франці дареніе на случай смерти даже по имени было исключено изъ числа безмездныхъ способовъ приобрѣтенія имущества. Именно Ordonance 1731 года постановила, что безмездно распоряжаться имуществомъ можно только въ 2-хъ формахъ: въ формѣ завѣщаній и формѣ дареній между живыми. Это постановленіе повторено и въ Code civil ¹. Мотивы такого постановленія понятны. Дареніе на случай смерти, если оно не связываетъ воли дарителя, то преслѣдуетъ тѣже цѣли, какъ и назначеніе отказовъ по завѣщанію, и французское право не сочло нужнымъ дать для достиженія одной цѣли двухъ средствъ, и приняло одно то средство, которое было наиболѣе употребительнымъ, — назначеніе отказа. Если же дареніе на случай смерти безвозвратно связываетъ волю дарителя, тогда оно является договоромъ о наслѣдствѣ, а договоры о наслѣдствѣ французскимъ правомъ, какъ мы видѣли, въ принципѣ не признаются. Французское право знаетъ только одинъ случай, напоминающій нѣсколько римское дареніе на случай смерти. Именно с. 951 Code civ. позволяетъ дѣлать даренія съ условіемъ возвращенія подареннаго въ случаѣ смерти, прежде дарителя, лица получающаго даръ или вмѣстѣ съ тѣмъ и его нисходящихъ. Въ этомъ случаѣ однако сдѣлка будетъ обыкновеннымъ дареніемъ между живыми, только условнымъ, и притомъ съ резолютивнымъ условіемъ, не съ суспенсивнымъ. Последнее въ данномъ случаѣ не мыслимо уже потому, что по французскому праву всякое дареніе соединено съ немедленною потерей даримаго предмета для дарителя (art. 894). Положенія французскаго права воспроизводитъ и Итальянскій кодексъ (с. 1071, 1050). Законодательства же Австрійское и

¹ Art. 893.

Саксонское различаютъ дареніе на случай смерти не принятое одареннымъ до смерти дарителя и принятое имъ. Въ первомъ случаѣ дареніе на случай смерти подчиняется правиламъ, установленнымъ для распоряженій послѣдней воли, во второмъ случаѣ оно обсуждается какъ договоръ о наслѣдованіи¹.

Такимъ образомъ указанная выше законодательства не признаютъ дареніе на случай смерти за самостоятельный институтъ и обсуждаютъ его или какъ отказъ по завѣщанію, или какъ договоръ о наслѣдствѣ (въ смыслѣ *Vermächtnissvertrag*), или наконецъ какъ простое дареніе между живыми, заключенное подъ суспенсивнымъ условіемъ. Дареніе на случай смерти является во всѣхъ случаяхъ съ характеромъ настоящаго даренія развѣ въ одномъ прусскомъ правѣ, будетъ ли это дареніе заключено съ суспенсивнымъ или съ резолютивнымъ условіемъ. До наступленія этого условія даритель связанъ; если же онъ выговорилъ себѣ право до своей смерти взять подаренное обратно, то такого рода дареніе разсматривается, какъ отказъ по завѣщанію². Прусское законодательство имѣетъ такимъ образомъ особый взглядъ на даренія на случай смерти, взглядъ близкій къ римскому того времени, когда этотъ институтъ не смѣшался еще съ отказами по завѣщанію. Но такая постановка даренія на

¹ O. G. B. § 956. — Kirchstetter, Commentar, стр. 433 и слѣд. — S. G. B. §§ 2500, 2501. — Дареніе на случай смерти слѣдуетъ считать принятымъ и тогда, когда оно исполнено еще при жизни дарителя. — Австрійское законодательство для того, чтобы дареніе на случай смерти можно было бы обсуждать, какъ договоръ, требуетъ еще двухъ условій, кромѣ принятія, именно требуетъ отказа дарителя отъ права брать сдѣланное дареніе обратно и письменнаго документа о дарѣ.

² A. L. R. I, § 1134 и слѣд.

случай смерти зависѣла быть можетъ отъ непониманія его значенія въ новое время. Писатели, современные изданію прусскаго земскаго права, объявляютъ этотъ институтъ самымъ темнымъ, запутаннымъ и противорѣчивымъ въ римскомъ правѣ, а потому и составители прусскаго земскаго права не рѣшились прямо установить ни понятія, ни послѣдствій даренія на случай смерти. Всѣ положенія прусскаго права, касающіяся этого института, относятся только къ праву дарителя брать подаренное на случай смерти обратно ¹.

Разсмотрѣвъ дареніе въ противоположеніи съ различными сдѣлками на случай смерти по римскому праву и новымъ законодательствамъ, намъ остается приложить добытые нами результаты къ нашему отечественному праву.

Нашъ сводъ законовъ гражданскихъ знаетъ собственно говоря только три вида сдѣлокъ, касающихся посмертнаго имущества лица, именно наслѣдованіе по закону, наслѣдованіе по завѣщанію и отказы по завѣщанію. То, что мы сказали по поводу отличія этихъ сдѣлокъ отъ даренія по римскому праву, вполне примѣняется какъ къ новымъ иностраннымъ законодательствамъ, такъ и къ нашему праву. Но затѣмъ законъ нашъ знаетъ и нѣчто въ родѣ раздѣла отцемъ имущества между дѣтьми, именно выдѣлъ. Нашъ выдѣлъ имѣетъ весьма много общаго съ французскимъ „partage“. Именно 1) онъ имѣетъ характеръ особой сдѣлки тогда только, когда сдѣланъ восходящими родственниками (с. 994). 2) Дѣти получаютъ здѣсь имущество въ силу своего права на наслѣдство отца, поэтому въ родовомъ имуществѣ они должны получить сполна слѣдующую имъ часть, иначе по смерти отца могутъ требовать дополненія этой части. Относительно

¹ K o s c h, Allg. Landrecht, I, стр. 954 Anm. 96.

же благопріобрѣтеннаго имущества такого ограниченія нѣтъ, какъ его нѣтъ и во Франціи относительно *portion disponible* (с. 996). Главное отличіе выдѣла отъ французскаго *partage* состоитъ въ томъ, что у насъ выдѣленъ можетъ быть только одинъ изъ нисходящихъ, хотя бы ихъ было нѣсколько, а потому существованіе выдѣла не препятствуетъ позднѣйшему раздѣлу наслѣдства послѣ отца (с. 997). Эта особая черта нашего выдѣла не настолько однако важна, чтобы можно было признать за выдѣломъ другой характеръ, чѣмъ тотъ, который имѣетъ раздѣлъ между дѣтьми по французскому праву. Выдѣлъ есть сдѣлка наслѣдственнаго права. Это доказывается уже тѣмъ, что выдѣленный, если только ему дана была надлежащая доля изъ родоваго имущества, совершенно устраняется отъ наслѣдованія по закону послѣ выдѣлившаго: онъ получилъ уже свою наслѣдственную долю (997, 999). Помимо своего основнаго характера нашъ выдѣлъ рѣзко отдѣляется отъ даренія и по спеціальнымъ постановленіямъ закона. Во Франціи раздѣлъ имущества между дѣтьми могъ облекаться въ форму даренія, и тогда положенія закона о дареніи имѣли отчасти силу и для него. У насъ же законъ тщательно различаетъ выдѣлъ отъ даренія и предписываетъ для нихъ особыя правила. Такъ по нашему закону неодинакова самая форма совершенія даренія и выдѣла (с. 987, 993 и 1000) и затѣмъ законъ различаетъ между послѣдствіями выдѣла и дара (с. 999 п. 3). Нѣкоторые послѣдствія выдѣла и дара у насъ сходны, но это сходство имѣетъ свои особыя причины и не даетъ права дѣлать дальнѣйшія обобщенія между выдѣломъ и даромъ. Такъ право кредиторовъ вытребовать обратно выдѣлы, сдѣланные лицомъ, оказавшимся впослѣдствіи несостоятельнымъ, упоминается нашимъ закономъ спеціально въ главѣ о выдѣлѣ

(с. 1000 прим.) независимо от такого же постановления в главах о дарении. Далее положение, что имущество, уступленное сыну или дочери *въ видъ дара*, в случаѣ бездѣтной смерти послѣднихъ возвращается къ родителямъ, примѣняется къ выдѣлу не потому, что имущество уступлено въ видѣ дара, а потому, что такому имуществу законъ противопоставляетъ приобретенное самими дѣтьми ¹. Дальнѣйшее обобщеніе послѣдствій выдѣла и дара пожалуй было бы у мѣста, если бы законъ далъ этимъ институтамъ одно мѣсто въ системѣ. Нашъ законъ и помѣщаетъ ихъ въ одномъ и томъ же разрядѣ способовъ пріобрѣтенія имущества, но вмѣстѣ съ ними помѣщаетъ и такой институтъ, какъ духовное завѣщаніе, что ясно указываетъ на чисто формальный характеръ соединенія разсматриваемыхъ институтовъ въ одну систему.

Договоръ о наследованіи нашъ сводъ не знаетъ, что же касается до дареній на случай смерти, то они не чужды юридическому быту нѣкоторыхъ мѣстностей нашего отечества. Нѣчто въ родѣ даренія на случай смерти мы встрѣчаемъ также въ памятникахъ прошлаго юридическаго быта центральной Россіи. Такъ въ одной изъ данныхъ конца XV или начала XVI вѣка дается монастырю „на поминъ души“ имѣнье съ слѣдующею оговоркою со стороны дарителя: „а держати ми то сельцо за собою до своего живота“. Въ другой данной XVII вѣка дарительница даетъ цѣлый рядъ деревень въ Успенскій соборъ „въ прокъ, безъ выкупа“, но съ тѣмъ, чтобы „митрополиту Макарію по моему животѣ владѣти, а при моемъ животѣ никому не вступаться“ ².

¹ С. 1142. Рѣшеніе кассационнаго сената 1867 г. № 279.

² Акты, относящіеся до юридическаго быта древней Россіи, *Калачева*, Т. I, данныя, №№ 15 и 18

Сдѣлки, составляющія предметъ этихъ актовъ, отличаются отъ дареній на случай смерти тѣмъ, что смерть дарителя является въ нихъ не суспенсивнымъ условіемъ даренія, а просто срокомъ, съ котораго одаренный получаетъ право пользоваться подареннымъ имуществомъ. Почему же смерть дарителя играетъ роль только срока, это могло зависѣть или отъ того, что въ приведенныхъ данныхъ не могло быть рѣчи о смерти одареннаго до дарителя, или отъ того, что мысль о суспенсивномъ условіи была здѣсь совершенно чужда нашему юридическому быту. Какъ бы то ни было, настоящія даренія на случай смерти мы видимъ впервые въ Литовскомъ Статутѣ, въ Западной Руси.

Литовскій статутъ постановляетъ, что „если кто законнымъ порядкомъ совершитъ въ чью либо пользу запись на владѣніе имѣніемъ или людьми по смерти своей, а тотъ, кто получить запись, умретъ прежде того, кто оную въ его пользу совершилъ, въ такомъ случаѣ сей послѣдній можетъ на ту же вещь совершить запись въ пользу другого, кого заблагоразсудилъ“¹. Въ этомъ артикулѣ статута прямо говорится о дареніи на случай смерти, какъ о сдѣлкѣ безвозвратной, но съ суспенсивнымъ условіемъ, такъ что дѣйствительность даренія зависитъ здѣсь отъ того обстоятельства, что одаренный переживетъ дарителя. Какъ ни коротко приведенное постановленіе Литовскаго статута, но оно съ достаточною опредѣленностью выясняетъ характеръ и юридическую природу даренія на случай смерти.

Для тѣхъ частей Россіи, гдѣ Литовскій статутъ не дѣйствовалъ, мы не имѣемъ никакихъ положеній о дареніяхъ на случай смерти до 1838 года, когда былъ поднятъ вопросъ

¹ Литовскій статутъ разд. VII, арт. 5.

о томъ, можетъ ли быть допущено дареніе на случай смерти въ западныхъ губерніяхъ. Вопросъ этотъ, возбужденный по поводу составленія свода для западныхъ губерній, былъ рѣшенъ въ томъ смыслѣ, что „дарственные записи, посредствомъ коихъ имущество должно поступить въ другое владѣніе, не при жизни, но по смерти дарителя, принадлежатъ по существу своему къ актамъ завѣщательнымъ“. Давая такое рѣшеніе государственный совѣтъ высказалъ, что „дареніе на случай смерти по существу своему принадлежитъ къ актамъ завѣщательнымъ, такъ какъ всякій актъ, посредствомъ коего имущество поступаетъ въ другое владѣніе не при жизни, но по смерти владѣльца, есть завѣщаніе“. Очевидно, что при этомъ государственный совѣтъ имѣлъ въ виду опредѣленіе завѣщанія нашими общими гражданскими законами, по которымъ объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ, на случай смерти, есть завѣщаніе. Дареніе на случай смерти въ обыкновенномъ его видѣ дѣйствительно совершенно подходитъ подъ понятіе о завѣщаніяхъ, выраженное въ сводѣ. Государственному совѣту предстояло согласить опредѣленіе свода съ характеромъ дареній на случай смерти, выработаннымъ Литовскимъ статутомъ. Мы видѣли, какъ рѣшилъ государственный совѣтъ. Положенія нашего общаго свода взяли верхъ и для западныхъ губерній даренія на случай смерти были признаны актами завѣщательными ¹. Этимъ былъ предрѣшенъ вопросъ и о дареніяхъ на случай смерти для остальной Россіи. Разсмотрѣнное рѣшеніе государственнаго совѣта легло въ основаніе другого его мнѣнія ², которымъ опредѣлено было мнѣніе государствен-

¹ Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта 11 іюня 1838 года.

² 15 Апрѣля 1848 г. Полное Собраніе законовъ № 15522.

наго совѣта 1838 года распространить на губернии Черниговскую и Полтавскую и цитированное выше рѣшеніе государственнаго совѣта вошло въ составъ свода, какъ положеніе имѣющее силу для всей области дѣйствія свода¹. Признавъ такимъ образомъ дареніе на случай смерти актомъ завѣщательнымъ, мнѣніе государственнаго совѣта 1842 года указываетъ и на различіе между актами завѣщательными и дарственными, именно на то, что „первые могутъ быть измѣняемы по волѣ завѣщателя, вторые же остаются неизмѣнными“. Это указаніе можетъ служить къ интерпретаціи статьи 974 свода, постановляющей о безвозвратности дара, и даетъ намъ полную возможность судить о томъ, насколько даренія на случай смерти недопустимы послѣ мнѣнія государственнаго совѣта 1842 года. Дареніе на случай смерти можетъ быть въ двухъ видахъ: какъ дареніе съ суспенсивнымъ условіемъ, когда даримое имущество остается у дарителя и только послѣ его смерти переходитъ къ одаренному, если онъ переживетъ дарителя; или какъ дареніе съ резолютивнымъ условіемъ, когда подаренное имущество переходитъ къ одаренному еще при жизни дарителя, но возвращается къ послѣднему въ случаѣ, если одаренный умретъ ранѣе дарителя. Дареніе на случай смерти въ первомъ видѣ согласно съ указаннымъ мнѣніемъ государственнаго совѣта должно разсматриваться какъ актъ завѣщательный и потому не связываетъ дарителя: послѣдній можетъ во всякое время измѣнить выраженную имъ въ дарственномъ актѣ волю, можетъ измѣнить и даже вовсе уничтожить самый дарственный актъ. Отсюда однако допущено исключеніе. Артикулъ 5 раздѣла VII Литовскаго Статута

¹ Ст. 991 св. 1857 г.

цѣликомъ вошелъ въ сводъ¹ и имѣеть силу до сего дня, не смотря на то, что въ его отмѣну и состоялось мнѣніе государственнаго совѣта 1842 года, которымъ и составлена 991 статья свода (по изд. 1857). Это объясняется тѣмъ, что артикуль 5-й занялъ въ сводѣ особое мѣсто, совершенно измѣняющее его первоначальное значеніе, и изъ общаго положенія, которое онъ заключалъ въ себѣ въ статутѣ, содержаніе его низведено до частнаго, и можно сказать мелкаго случая, когда должно допустить исключеніе изъ общаго правила, устанавлиаемаго ст. 991. Артикуль 5-й, который говорить о совершенной въ чью либо пользу записи на владѣніе имѣніемъ по смерти лица совершившаго оную, помѣщенъ подъ рубрикою „о правѣ владѣнія и пользованія, отдѣльномъ отъ собственности“. По содержанію статьи и мѣсту ея въ сводѣ мы можемъ вывести относительно нея слѣдующія заключенія.

- 1) Говорить она о дареніи: на это указываетъ, кромѣ ея историческаго происхожденія, выраженіе *запись въ чью либо пользу*, выраженіе, наиболее приложимое къ безмезднымъ сдѣлкамъ.
- 2) Въ этой статьѣ рѣчь идетъ о перенесеніи на другое лице владѣнія въ смыслѣ права, отдѣленнаго отъ собственности, въ смыслѣ узуфрукта, на что указываетъ рубрика, подъ которою помѣщена въ сводѣ разсматриваемая статья.
- 3) Разсматриваемая нами записъ составляетъ настоящее дареніе на случай смерти со всеѣми тѣми свойствами, которыя послѣднее имѣло въ литовскомъ статутѣ, и отмѣняетъ въ части ст. 991 свода, именно для губерній Черниговской и Полтавской и относительно даренія владѣнія, какъ права, отдѣльнаго отъ собственности. Выраженную въ записи волю

¹ Ст. 522 изд. 1857 г.

даритель, какъ прямо постановляетъ законъ, не можетъ взять обратно пока одаренный живъ, слѣдовательно, согласно съ высказаннымъ государственнымъ совѣтомъ и совершенно справедливымъ различіемъ между завѣщательными актами и дареніями, здѣсь будетъ настоящее дареніе, только подъ условіемъ, каковымъ и представляется намъ дареніе на случай смерти по Литовскому Статуту. За разсмотрѣннымъ исключеніемъ всякое дареніе на случай смерти съ суспенсивнымъ условіемъ по нашему праву будетъ разсматриваться какъ актъ завѣщательный. Для того, чтобы устранить попытки обойти законъ, наша судебная практика признаетъ за завѣщаніе и такой актъ, которымъ даритель немедленно переноситъ извѣстное право на одареннаго, если осуществленіе этого права онъ оставляетъ за собою до своей смерти. Такъ сенатъ призналъ завѣщаніемъ актъ, по которому одно лице подарило другому право собственности на имѣніе, удерживая за собою право пожизненнаго пользованія имъ ¹.

Какъ же относится нашъ законъ къ дареніямъ на случай смерти съ однимъ ретроактивнымъ условіемъ, т. е. когда даритель тотчасъ передаетъ даримое имущество одаренному, но сохраняетъ за собою право взять его обратно въ случаѣ, если онъ переживетъ одареннаго? Дареніе съ такого рода условіемъ прямо допускается нашимъ закономъ:

С. 977. По смерти принявшаго даръ, оный переходитъ, на законномъ основаніи, къ его наслѣдникамъ; даритель не можетъ отъ нихъ требовать возвращенія подареннаго, если только о томъ между дарителемъ и принявшимъ даръ, на основаніи статьи 975, не было положено особаго условія.

¹ Сборн. рѣш. сената, I № 233.

Но затѣмъ это дареніе не заключаетъ въ себѣ никакихъ особенностей, и если можетъ быть выдѣлено изъ ряда другихъ дареній, то только какъ дареніе условное. Такимъ образомъ къ дареніямъ на случай смерти нашъ законъ сталъ почти въ такое же отношеніе, какъ французское право, именно не допускаетъ дареній, осуществленіе которыхъ отлагается до смерти дарителя: основаніе нерасположенія къ суспенсивнымъ условіямъ такого рода мы увидимъ въ послѣдствіи. Дареніе же подъ резолютивнымъ условіемъ, когда подаренное возвращается обратно дарителю въ случаѣ, если послѣдній переживетъ одареннаго, допускается, но обсуждается какъ обыкновенное условное дареніе, безъ дальнѣйшихъ особенностей.

Въ заключеніе намъ остается сказать о сдѣлкахъ на случай смерти, въ противоположность къ дареніямъ, по Остзейскому праву. Остзейское право знаетъ всѣ сдѣлки на случай смерти, извѣстныя римскому и иностраннымъ законодательствамъ, кромѣ *demission de biens*, которая является чисто французскимъ институтомъ. Такъ, кромѣ наслѣдованія по закону и по завѣщанію, и кромѣ отказовъ по завѣщанію, остзейское право знаетъ и раздѣлъ, сдѣланный наслѣдодателемъ между своими наслѣдниками¹, съ тѣмъ различіемъ отъ римскаго права, что оно говоритъ о раздѣлѣ имущества „наслѣдодателемъ между наслѣдниками“, а не отцемъ между дѣтьми, но источникомъ этого постановленія были положенія римскаго права о *divisio parentum inter liberos*². Далѣе остзейское право знаетъ и договоры о наслѣдствѣ со всѣми тѣми характеристическими чертами, на которыя мы указали, разсматривая существо этого института. Договоръ о наслѣдствѣ въ остзей-

¹ Ст. 2740.

² L. 10, 26 C. Fam. ercisc.—Nov. 22 c. 48.

скомъ правѣ есть актъ безвозвратный, но не препятствующій распорядившемуся наслѣдствомъ по договору распорядиться имуществомъ при своей жизни, за нѣкоторыми ограниченіями¹. Далѣе договоры о наслѣдствѣ подлежатъ тѣмъ же формальностямъ, какъ завѣщанія; лица, заключающія договоръ такого рода, должны быть способны составлять завѣщанія и получать по нимъ². Наслѣдникъ по договору можетъ отречься отъ открывшагося ему наслѣдства; принятіе такого наслѣдства обусловливаетъ универсальное преемство, какъ наслѣдованіе по другимъ основаніямъ³. Въ остзейскомъ правѣ есть только та особенность, что предметомъ договоровъ о наслѣдствѣ можетъ быть собственно говоря одно универсальное преемство. „Если въ договорѣ о наслѣдованіи“, говоритъ статья 2499, „не назначено прямого наслѣдника всему имуществу или извѣстной доли онаго, и если предметъ условія составляютъ только или извѣстныя отдѣльныя вещи или совокупности ихъ, или денежныя суммы или наконецъ какія либо права, то онъ признается, относительно своего дѣйствія, за дареніе на случай смерти, къ которому присоединено условіе неотмѣняемости“. Это общее положеніе подкрѣплено слѣдующимъ, заключающимъ въ себѣ только дальнѣйшее развитіе приведеннаго выше: „Если предметомъ такого договора есть недвижимость и онъ будетъ внесенъ въ ипотечныя книги еще при жизни наслѣдодателя, въ такомъ случаѣ такому лицу, которому назначена эта недвижимость, немедленно присвоится на нее право вещное, а по смерти наслѣдодателя право собственности“. Такимъ образомъ по остзейскому праву такъ называемый *Vermächtnissvertrag*

¹ С. 2492, 2493.

² С. 2487, 2483.

³ С. 2496, 2491, 2498.

не признается какъ таковой, а разсматривается, какъ дареніе на случай смерти, къ которому присоединено условіе неотмѣняемости. Переходя къ дареніямъ этого рода, мы встрѣчаемъ въ остзейскомъ правѣ буквальное воспроизведеніе положеній Юстиніанова законодательства ¹. Въ примѣчаніи къ с. 2421 вошло даже положеніе, что „актъ, которымъ выдача дара отсрочена по день смерти дарителя и который ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть отмѣненъ, даже когда бы тотъ, кому даръ сей назначенъ, умеръ прежде дарителя, признается дареніемъ между живыми“. Здѣсь рѣчь идетъ, какъ поясняетъ намъ источникъ, изъ котораго заимствовано примѣчаніе ², о томъ случаѣ, когда даритель отказался отъ своего права брать сдѣланный на случай смерти даръ обратно, иными словами, когда къ даренію на случай смерти присоединено условіе „неотмѣняемости“. Вспомнимъ, что съ такимъ дареніемъ на случай смерти уравнивается и договоръ о наслѣдованіи, когда предметомъ его служитъ исключительно преемство въ извѣстныхъ опредѣленныхъ вещахъ. Такимъ образомъ на основаніи приведеннаго примѣчанія какъ дареніе на случай смерти, при указанномъ предположеніи, такъ въ извѣстномъ случаѣ и договоръ о наслѣдствѣ, считаются настоящими дареніями. Относительно договоровъ о наслѣдствѣ это дѣйствительно особенность остзейскаго права, сравнительно съ другими законодательствами, относительно же дареній на случай смерти здѣсь нѣтъ никакой особенности въ отношеніи къ римскому. Кромѣ [высказанныхъ двухъ особенностей сдѣлки на случай смерти, извѣстныя остзейскому праву, ничѣмъ въ существѣ не отличаются отъ перечисленныхъ сдѣлокъ того же

¹ Ср. с. 2421—2432.

² L. 27 D. de mort. ca. donat.

рода въ римскомъ правѣ и новыхъ законодательствахъ. Указанныя выше двѣ особенности, какъ мы видѣли, только сьуживаютъ предѣлы двухъ институтовъ, не измѣняя ихъ существа. Поэтому все, что было сказано выше о различіи сдѣлокъ на случай смерти и дареній по римскому праву и иностраннымъ законодательствамъ, въ существенныхъ чертахъ прилагается и къ остзейскому праву.

2. УМЕНЬШЕНІЕ ИМУЩЕСТВА ДАРИТЕЛЯ.

I. Всякое дареніе соединено съ переходомъ какой либо имущественной цѣнности изъ имущества дарителя въ имущество одареннаго. Этотъ переходъ для дарителя есть *уменьшеніе* его имущества, для одареннаго увеличеніе имущества, *обогащеніе*. Здѣсь мы будемъ говорить объ этомъ переходѣ только по отношенію къ дарителю, т. е. объ *уменьшеніи* его имущества, какъ необходимомъ условіи даренія. На такое условіе указываетъ уже римское право, не считающее дареніями сдѣлки, въ которыхъ имущество предполагаемаго дарителя не уменьшается: *non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur*¹. Это положеніе римскаго права позволяетъ намъ удержать принятое нами названіе названіе „уменьшеніе имущества“, которое принимается не всеми юристами.

Нѣмецкій терминъ для обозначенія разсматриваемаго свойства дареній, особенно часто употребляемый новыми писателями и законодательствами, есть *Vermögenszuwendung*, значеніе котораго *Унгеръ* (II § 95 п. 9 а) передаетъ латинской фразой—*id quod ad alium pervenit*, и уравниваетъ съ этимъ выраженіемъ другое—*Ver-*

¹ L. 31 § 7 D. de don. inter V. et. U.

mögensauföpfung, а также уменьшеніе имущества (Verminderung). Но съ выраженіем Vermögenszuwendung соединяетъ особый смыслъ Саксонское законодательство. Оно, по объясненію комментаторовъ (Siebenhaar, къ с. 1049), опредѣляетъ дареніе, какъ сдѣлку, въ которой Jemand einem Anderen einen Vermögensgegenstand zuwendet, для того, чтобы въ число признаковъ даренія не помѣщать ни уменьшенія имущества дарителя, ни увеличенія имущества одареннаго. Саксонское законодательство употребляетъ слѣдовательно выраженіе Vermögenszuwendung въ смыслъ простаго перехода имущества отъ одного лица къ другому, а такъ какъ такой переходъ бываетъ и въ возмездныхъ договорахъ—куплѣ, мѣнѣ и т. д., то въ отличіе отъ нихъ Саксонское законодательство требуетъ, чтобы въ дареніи этотъ переходъ былъ безъ возмездія, ohne Gegenleistung. Саксонское уложеніе употребляетъ выраженіе zuwenden, какъ мы видѣли, для того, чтобы избѣжать выраженій Vermögensvermehrung и Verminderung. Саксонскій законъ, по объясненію комментаторовъ, считаетъ эти признаки чуждыми даренію. Свой взглядъ комментаторы основываютъ на томъ, что намѣренное дареніе чужой вещи слѣдуетъ считать дареніемъ, хотя оно не соединено съ уменьшеніемъ имущества дарителя, равнымъ образомъ и дареніе вещи спорной, которая будетъ у одареннаго тотчасъ же оспорена и взята. Комментаторы Саксонскаго уложенія видятъ во всѣхъ подобныхъ случаяхъ безусловное дареніе, но съ этимъ нельзя согласиться. Дареніе чужой вещи, не соединенное ни съ какимъ пожертвованіемъ со стороны дарителя, будетъ обсуждаться какъ дареніе до тѣхъ поръ, пока не выяснится настоящій, несогласный съ понятіемъ даренія характеръ этой сдѣлки. Это легко объяснить примѣромъ купли продажи. Многія законодательства недозволяютъ продавать чужія вещи, однако, если будетъ продана чужая вещь, то договоръ обсуждается, какъ продажа, и влечетъ за собою всѣ послѣдствія продажи до тѣхъ поръ, пока не обнаружится заключающійся въ немъ недостатокъ. Такъ и дареніе чужой вещи. Мы видѣли, что для дареній законодательства даютъ цѣлый рядъ особыхъ постановленій относительно лицъ, формы, послѣдствій, и всѣ эти постановленія теряютъ свою приложимость, какъ скоро окажется, что дареніе не по-

влекло за собою пожертвования со стороны дарителя. Такъ даритель имѣть право требовать возвращенія подареннаго въ извѣстныхъ случаяхъ. Конечно этого права не имѣть лице подарившее чужую вещь, которая будетъ оспорена у одареннаго, и въ случаѣ неблагодарности послѣдняго оно не можетъ требовать ни самой этой вещи, такъ какъ ея не будетъ у одареннаго, ни ея цѣны, такъ какъ тогда дареніе имѣло бы своимъ послѣдствіемъ обогащеніе дарителя, результатъ совершенно чуждый характеру этой сдѣлки. Но станемъ на положительную почву, обратимся къ римскимъ юристамъ, которые и объ этомъ предметѣ трактуютъ со свойственной имъ ясностью и категоричностью. Они находятъ, что дареніе чужаго имущества можетъ быть соединено и не соединено съ уменьшеніемъ собственнаго имущества. Подъ уменьшеніемъ же имущества разумѣется отдѣленіе отъ него извѣстнаго правоваго, не чисто фактическаго отношенія, предоставленіе извѣстнаго права. До нѣкоторой степени составляетъ правовое отношеніе и владѣніе, насколько оно заключаетъ въ себѣ правовой элементъ въ видѣ *causa possidendi*. Поэтому при дареніи чужой вещи можетъ быть два случая: даритель можетъ быть добросовѣстнымъ владѣльцемъ вещи (*bonae fidei possessor*) и имѣть *titulus justus ad usucapionem*, можетъ быть и недобросовѣстнымъ владѣльцемъ и владѣть вещью *pro possessore*. Въ первомъ случаѣ даритель, совершая дареніе, несомнѣнно уменьшаетъ свое имущество, такъ какъ *bonae fidei possessio* есть отношеніе правовое, и здѣсь будетъ настоящее дареніе. Во второмъ же случаѣ никакого даренія не будетъ, потому что не будетъ уменьшенія имущества дарителя: здѣсь лицо отчуждаетъ отъ себя вещь, которую управомоченный всегда можетъ вытребовать отъ него. Такъ какъ въ первомъ случаѣ будетъ дареніе, то наступаютъ и послѣдствія даренія, во второмъ же случаѣ нѣтъ ни даренія, ни его послѣдствій. Это различіе римскіе юристы высказали по отношенію къ дареніямъ между супругами. Такія даренія по римскому праву недействительны, а слѣдовательно они не могутъ дать одаренному супругу годнаго титула для давностнаго владѣнія. Поэтому, если мужъ даетъ женѣ чужую вещь, которая находится у него въ давностномъ владѣніи, то владѣніе жены уже не будетъ давностнымъ, такъ какъ въ ея рукахъ владѣніе не будетъ имѣть

давностнаго титула: *si inter virum et uxorem donatio facta sit cessat usucapio*, L. 1 § 2 D. pro donato. Если же мужъ не былъ давностнымъ владѣльцемъ, то передача имъ чужой вещи женѣ не будетъ недѣйствительной сдѣлкой, жена сдѣлается добросовѣстной давностной владѣлицею вещи и можетъ приобрести вещь въ собственность на основаніи давности. L. 3. D. pro donato: *Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere*. Это мѣсто оставляютъ только одно сомнѣніе. Жена дѣлается въ разсматриваемомъ случаѣ добросовѣстною владѣлицею потому, что сдѣлка, по которой она получила вещь, не считается недѣйствительною, каковою она считалась бы, если бы была дареніемъ. Но въ данномъ случаѣ сдѣлка все таки имѣетъ видъ даренія: жена принимаетъ отъ мужа вещь въ видѣ дара и притомъ зная, что подобнаго рода дары не имѣютъ силы. Поэтому на первый взглядъ она представляется недобросовѣстною владѣлицею, такъ какъ владѣть вещью, на которую, по собственному ея сознанию, не имѣетъ права. Что она считается тѣмъ не менѣе владѣлицею добросовѣстною, это объясняется тѣмъ, что она находится въ фактическомъ заблужденіи относительно основанія своего владѣнія, и затѣмъ здѣсь находитъ полное примѣненіе извѣстное правило: *plus est in re, quam in existimatione*, лишь бы жена не знала о недобросовѣстномъ владѣніи своего мужа. Savigny, § 156. То, что римскіе юристы говорятъ о дареніяхъ между супругами, можно приложить и къ другимъ случаямъ. Такъ напримѣръ, говоритъ Савиньи, если недобросовѣстный владѣлецъ чужаго дома, который стоитъ 2000 дукатовъ, подарить его безъ инсинуаціи лицу, не знающему о недобросовѣстномъ владѣніи дарителя, то это лице на основаніи титула *pro donato* можетъ приобрести *весь* домъ въ собственность. Если же даритель будетъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, то дареніе будетъ дѣйствительнымъ только до суммы 500 дукатовъ, а остальную часть цѣны дома даритель имѣетъ право вытребовать отъ одареннаго. Здѣсь будетъ настоящее дареніе и прилагаются положенія закона о формѣ даренія, въ первомъ же случаѣ даренія нѣтъ, а потому положенія объ инсинуаціи не имѣютъ примѣненія. Savigny, § 156 и 166.

Такимъ образомъ уменьшеніе имущества нельзя не считать характеристическою чертою даренія и его должно разсматривать въ числѣ признаковъ даренія. Намъ остается сказать еще нѣсколько словъ объ одномъ выраженіи, которымъ хотятъ обозначить разсматриваемое свойство даренія, именно о выраженіи *отчужденіе*, *Veräußerung*, которое употребляютъ Пухта, Савиньи, Шиллингъ и Вангеровъ. Этотъ терминъ нельзя считать совершенно вѣрнымъ. Понятіе отчужденія исключаетъ изъ числа дареній обѣщаніе подарить, *Schenkungsversprechen*, между тѣмъ, какъ и послѣднее влечетъ за собою уменьшеніе имущества обѣщавшаго—*id ei abesse videtur, in quo obligatus est* (L. 28 въ к. D. de negot. gest.), и увеличеніе имущества получившаго обѣщаніе—*habetur enim quod peti potest* (L. 143 D. de verb. sign.). Unger, § 95 n. 9 a. Далѣе по римскому праву признается за дареніе сдѣлка и тогда, когда она не заключаетъ въ себѣ отчужденія. Такъ напримѣръ законъ 119 D. de regul. jur. говоритъ: *Non alienat, qui duntaxat omittit possessionem*, между тѣмъ какъ по закону 46 D. de donat. int. vir. et uxor: *inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*. Савиньи принимая выраженіе *Veräußerung* прямо отличаетъ его отъ обычнаго, римскаго понятія, какъ положеніе болѣе широкое, между тѣмъ другіе писатели, напр. Шиллингъ, не дѣлаютъ такого различія и приходятъ вслѣдствіе этого къ невѣрнымъ заключеніямъ.

Новыя законодательства, можно сказать, всѣ, принимаютъ уменьшеніе имущества дарителя, какъ признакъ даренія, хотя не всѣ съ одинаковою ясностью и точностью.

Всего яснѣе выражается французскій кодексъ, опредѣляющій дареніе какъ актъ, которымъ даритель *лишаетъ* себя даримой вещи, *un acte, par lequel le donateur se dépourville de la chose donnée* (съ 894). Это свойство даренія французскіе юристы называютъ „*desaisissement*“. Опредѣленіе французскаго кодекса перешло и въ итальянскій (с. 1050). Австрійское законодательство опредѣляетъ дареніе, какъ договоръ, *wodurch eine Sache jemandem unentgeltlich überlas-*

sen wird (§ 938), разумѣя здѣсь подѣ вещь, Sache, вообще всякое имуществовное право, на что указываетъ уже слѣдующая статья австрійскаго закона (§ 939), гдѣ разсматривается тотъ случай, когда дареніемъ можетъ быть отказъ отъ какого либо права.¹ Баварскій Codex Maximilianeus опредѣляетъ даренія, какъ Handlungen, wodurch man ohne Entgelt etwas von dem anderen erlangt (Th. III. Cap. VIII § 1). Менѣ удачны опредѣленія другихъ нѣмецкихъ кодексовъ и ихъ проектовъ. Саксонское уложеніе, какъ мы видѣли, употребляетъ двусмысленное выраженіе „zuwenden.“ Его примѣру слѣдуетъ проектъ новаго Баварскаго кодекса, который впрочемъ выражается яснѣе, именно говорить о Zuwendung aus einem Vermögen (с. 91). Но если саксонское законодательство и Баварскій проектъ выражаются слишкомъ обще, то наоборотъ проектъ гессенскаго кодекса употребляетъ выраженіе съ виду слишкомъ узкое, опредѣляя дареніе, какъ отчужденіе (Veräußerung) вещи или права (кн. II art. 94). Слѣдуетъ однако замѣтить, что составители проекта понимали отчужденіе въ широкомъ смыслѣ, какъ всякое уменьшеніе имущества дарителя.² Наконецъ прусское право опредѣляетъ дареніе, какъ договоръ, которымъ одно лице обязывается другому предоставить собственность на вещь или на право (§ 1037). Независимо отъ невѣрности выраженія

¹ Срав. опредѣленіе вещи въ австрійскомъ законодательствѣ, § 285: Alles, was von der Person unterschieden ist und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt. Kirchstetter, Commentar, стр. 426 п. 2.

² Motive ко 2 книгѣ IV отдѣленіе, стр. 36. Veräußerung von seiten des Freigebigen, also eine Verminderung seines Vermögens um einen gewissen Bestandtheil... möge übrigens jene Veräußerung in Uebertragung einer Sache oder in der Begründung, Uebertragung oder Aufhebung eines Rechts bestehen.

das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts zu überlassen, это опредѣленіе неудовлетворительно уже тѣмъ, что говоритъ только объ общаніи подарить¹. Что касается до нашего права, то оно не даетъ опредѣленія даренія, поэтому въ немъ мы не найдемъ прямого указанія на то, что уменьшеніе имущества дарителя составляетъ признакъ даренія. Но при послѣдующемъ изложеніи мы укажемъ въ нашемъ сводѣ статьи, изъ которыхъ можно заключить, что въ нашемъ правѣ даренія обладаютъ тѣмъ свойствомъ, которае французскіе юристы называютъ *desaisissement*. Такова, на примѣръ, с. 991 нашихъ гражданскихъ законовъ. Всякое дареніе, какъ мы увидимъ, соединено у насъ съ потерей извѣстнаго права для дарителя и притомъ съ потерей немедленною, въ самый моментъ совершенія даренія.

II. Уменьшеніе имущества извѣстнаго лица есть необходимое предположеніе не одного даренія, а и другихъ институтовъ, и главнымъ образомъ иска вѣрителей объ уничтоженіи отчужденій, сдѣланныхъ должникомъ имъ во вредъ (*actio Pauliana*). Понятіе уменьшенія имущества въ римскомъ правѣ какъ относительно даренія, такъ и относительно *A^o Pauliana* было совершенно одинаково.² Важно для насъ это въ томъ отношеніи, что отъ опредѣленія понятія уменьшенія имущества, какъ условія *A^o Pauliana*, мы можемъ дѣлать заключенія относительно характера уменьшенія имущества, какъ признака даренія. Но такія заключенія можно дѣлать только въ римскомъ правѣ, при его стремленіи къ единству принциповъ, и должно остерегаться прибѣгать къ нимъ въ

¹ Koch, *Recht der Forderungen*, III § 231.

² L. 3 § 2 D. *quae in fraud. cred. Et qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet, ad hoc Edictum pertinet. L. 6 pr. D. eod.*

новыхъ законодательствахъ. въ которыхъ понятіе уменьшенія имущества для иска кредиторовъ несравненно шире, чѣмъ тоже понятіе при дареніи ¹.

Понятіе уменьшенія имущества дарителя, какъ перехода чего либо изъ его имущества въ имущество другого лица, отличается отъ даренія цѣлый рядъ сдѣлокъ, имѣющихъ съ нимъ нѣкоторыя сходныя черты, но не влекущихъ за собою уменьшенія имущества. Гдѣ нѣтъ уменьшенія имущества для одного изъ лицъ, совершающихъ сдѣлку, тамъ нѣтъ и даренія. На основаніи этого правила въ частности даренія нѣтъ:

1. Когда благорасположеніе одного лица по отношенію къ другому выражается въ дѣйствіи, которое вообще не касается объема имущества. На этомъ основаніи не составляютъ даренія договоры ссуды, поклажи, довѣренности, безпроцентнаго займа, а также римскій прекарій. Всѣ эти сдѣлки безвозмездны, но не суть даренія, потому что не влекутъ за собою уменьшенія имущества ссужающаго, принимающаго поклажу, исполняющаго порученіе, дающаго вещь ргесагіо или деньги въ заемъ безъ $\frac{0}{100}$. Несомнѣнно, что во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствіе указанныхъ лицъ имѣетъ извѣстную имущественную цѣнность и потому казалось бы, что вслѣдствіе растраты этой цѣнности въ пользу другихъ лицъ безъ всякаго возмездія они дѣлаютъ нѣкотораго рода жертву, вмѣсто того, чтобы употребить эту цѣнность къ своей выгодѣ. Результатомъ этой жертвы можетъ быть слѣдовательно потеря извѣстной прибыли, а такую потерю можно считать уменьшеніемъ имущества, такъ что, казалось бы, ничто не мѣ-

¹ Срав. саксонское уложеніе, с. 1051 и 1511.

шаетъ принять и въ перечисленныхъ выше случаяхъ даренія. На самомъ дѣлѣ однако не такъ. Всѣ указанныя сдѣлки не предполагаютъ по общему правилу пожертвованія со стороны дающаго. Скорѣе предполагается, что дается здѣсь именно потому, что лице не имѣетъ возможности употребить въ свою пользу принадлежащую ему имущественную цѣнность. Поэтому законодательства, опредѣляя указанныя сдѣлки, какъ безмездныя или чисто одностороннія, не предполагающія вознагражденія вѣрителя (заемъ), отличаютъ ихъ отъ дареній, рассматриваютъ ихъ не какъ даренія, и не какъ особые виды даренія, а какъ совершенно особенныя, самостоятельныя сдѣлки. Но предположеніе, на которомъ покоится такое различіе, есть только *praesumptio facti*. Поэтому, если лице давая вещь въ ссуду, въ безпроцентный заемъ, принимая поклажу и т. д., теряетъ вслѣдствіе этого выгоду, которую несомнѣнно получило бы, если бы не совершило указанныхъ сдѣлокъ, то его дѣйствіе можетъ быть рассматриваемо и какъ дареніе. Только въ этомъ случаѣ между потерей прибыли и сдѣлкою должна быть причинная связь (*Causalzusammenhang*), и связь болѣе строгая, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда потерянная прибыль вообще бываетъ предметомъ иска¹. Эта связь должна состоять въ томъ, что съ заключеніемъ сдѣлки теряется пользованіе существующею уже прибылью, или самый предметъ сдѣлки въ гражданскомъ оборотѣ рассматривается, какъ приносящій извѣстную постоянную прибыль, или наконецъ для дарителя уже вслѣдствіе заключен-

¹ Когда потерянная прибыль вообще бываетъ предметомъ иска, то понятіе ея принимается въ болѣе широкомъ смыслѣ уже потому, что потерянная прибыль бываетъ предметомъ иска тогда, когда дѣло идетъ о винѣ отвѣтчика, между тѣмъ какъ въ дареніи ни о чьей винѣ не можетъ быть рѣчи.

ной имъ сдѣлки возникаетъ особое право на известную имущественную цѣнность, отъ котораго онъ и отказывается. Только въ этихъ случаяхъ потеря прибыли настолько ослепительна, что нельзя не признать, что здѣсь одно лице приноситъ имущественную жертву въ пользу другаго. Въ другихъ случаяхъ прибыль представляется намъ однимъ ожиданіемъ, одною надеждою, и потому на лице, отказывающееся отъ такой надежды, нельзя смотрѣть, какъ на приносящее жертву. Многие юристы идутъ такъ далеко, что не допускаютъ и дѣлаемаго нами исключенія, понимая римское положеніе „*quia nihil ex bonis meis diminuitur*“ въ самомъ тѣсномъ смыслѣ ¹.

Вотъ общія замѣчанія, которыя должно было сдѣлать объ отношеніи даренія къ другимъ безмезднымъ договорамъ между живыми. Общее послѣдствіе этого различія заключается въ томъ, что законодательства разсматриваютъ эти отличныя отъ даренія сдѣлки, какъ совершенно самостоятельныя, и даютъ относительно нихъ опредѣленія, отличныя отъ тѣхъ, которыя они даютъ для дареній; положенія же послѣдняго рода находятъ мѣсто лишь въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда эти сдѣлки, какъ я сказалъ, влекутъ за собою дѣйствительную имущественную потерю для совершающаго ихъ. Разсмотримъ, какъ относятся законодательства къ перечисленнымъ выше сдѣлкамъ въ частности.

Суду имущества римскіе источники прямо называютъ *donatio*, но только въ обширномъ смыслѣ этого слова. Это доказывается тѣмъ, что въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ о судѣ говорится, что она не есть дареніе ², а въ тѣхъ

¹ Unger, § 95 n. 12.—Schilling, § 349 nn. f. x.

² § 269. Vatic. Fragm.: Constat, quod utendum filiae datum est (a matre), non esse donatum.

мѣстахъ, гдѣ она называется дареніемъ, къ ней не прилагаются ограничительныя положенія, которыя римское право даетъ относительно дареній¹. Однако въ нѣкоторыхъ случаяхъ по римскому праву и сюда получаетъ характеръ настоящаго даренія, именно сюда недвижимаго имущества. Каждый участокъ земли, передаваемый въ пользованіе, предполагается приносящимъ плоды, приносящимъ извѣстный доходъ, который и теряетъ лице, передающее такой участокъ въ безмездное пользованіе². Точно также, по мнѣнію Савиньи, предполагаются приносящими постоянный доходъ и дома, вслѣдствіе чего и предоставленіе дома въ безмездное пользованіе разсматривается, какъ дареніе³.

¹ L. 18 D. de don. int. v. et uxor.: si vir uxoris aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit... valet donatio.

² L. 28, 22 D. de pactis dotalibus. Справ. L. 9 § 1 D. de donat. Характеристично и одно мѣсто изъ Помпонія, L. 45 D. de usuris: Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex silva ceciderit, non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur. Принципъ римскаго права тотъ, что плоды съ подаренной вещи не разсматриваются какъ предметъ даренія и не увеличиваютъ цѣнности подареннаго, такъ что если дареніе будетъ объявлено недѣйствительнымъ, то даритель можетъ вытребовать обратно только подаренную вещь, но не полученныя съ нея плоды. Только fructus non industriales Помпоній исключаетъ изъ числа другихъ плодовъ и разсматриваетъ ихъ, какъ часть подаренной вещи, такъ что цѣнность ихъ всегда зачисляется въ сумму даренія. Такимъ образомъ безмездное пользованіе этими плодами со стороны несобственника есть всегда чистая имущественная потеря для собственника, а потому и предоставленіе пользованія такими плодами есть всегда дареніе.

³ Свое мнѣніе Савиньи обосновываетъ тѣмъ, что „имѣть кровь“ — есть самая насущная потребность человѣка. На удовлетвореніе этой потребности снѣ прежде всего долженъ употребить свои средства и не можетъ рассчитывать, чтобы она была удовлетворена безъ пожертвованій съ его стороны (если только онъ не подчиненный членъ семейства), удовлетворить же ей онъ можетъ путемъ приобрѣтенія собственности или путемъ найма. Въ свою очередь поэтому и собственникъ дома имѣетъ его или для того,

Римскіе источники сближаютъ съ дареніемъ и *precarium*; но опять только съ чисто вѣшной стороны¹. Указывая на его сходство съ дареніемъ, они вмѣстѣ съ тѣмъ указываютъ и на его отличіе отъ послѣдняго, заключающееся въ томъ, что вещь, данная прекарно, можетъ быть взята во всякое время, какъ только этого захочетъ давшій ее². Само собою разумѣется, что при такомъ условіи по общему правилу не можетъ быть рѣчи о пожертвованіи со стороны дающаго. Если лице дало вещь такъ, что можетъ ее снова взять во всякое время, весьма естественно предполагать, что этимъ оно обезпечиваетъ себѣ возвратъ вещи въ случаѣ необходимости въ ней, и если не беретъ вещи, то значить не имѣетъ еще въ ней нужды. Впрочемъ и прекарій можетъ быть настоящимъ дареніемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда имъ бываетъ ссуда.

Не составляетъ даренія по римскому праву и безмездное предоставленіе въ пользованіе извѣстной суммы денегъ, иначе сказать безпроцентный заемъ. Деньги, какъ объясняетъ это Савиньи, не предполагаются постоянно приносящими доходъ, не считаются всегда находящимися въ оборотѣ. Съ этимъ

чтобы жить самому, или для того, чтобы отдавать его въ наемъ. Такимъ образомъ, если домохозяинъ предоставляетъ лицу пользованіе домомъ даромъ, то несомнѣнно сберегаетъ для него часть самыхъ необходимыхъ расходовъ и притомъ съ ущербомъ для себя, хотя сбереженіе лица, пользующагося жилищемъ и потеря домохозяина могутъ быть не одинаковы. (При оцѣнкѣ сбереженія для пользующагося можетъ быть принята только та сумма наемной платы, которая отвѣчаетъ его средствамъ и привычкамъ, а не та, которой дѣйствительно стоятъ отданное въ пользованіе жилище). *Saving n y, System, IV § 146. L. 9 pr. D. de donat.: In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur: id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit.*

¹ L. 14 D. de precar.: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. L. 14 § 11 D. de furtis-

² L. 1 § 2 D. de precar.

взглядомъ согласно то обстоятельство, что обязательство къ платежу процентовъ не считается необходимымъ условіемъ займа, какъ платежъ наемной платы считается необходимымъ условіемъ найма, и проценты на капиталъ нарастаютъ сами собою только въ случаѣ неисправности должника (*usurae ex mora*), въ наказаніе послѣднему. Подобнымъ же образомъ не составляетъ даренія досрочная уплата долга, какъ на это прямо указываютъ римскіе источники ¹. Но и безпроцентный заемъ будетъ дареніемъ, какъ скоро опущеніе процентовъ соединено съ чистою имущественною потерей для вѣрителя, т. е. тогда, когда вѣритель отказывается отъ приобретеннаго уже имъ права на проценты ².

¹ L. 31 § 6 D. 24.1. Quod vir uxori in diem debat, sine metu donationis praesens solvere potest, quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit.

² Довольно спорно, когда именно бываетъ здѣсь дареніе. Савиньи и Геймбахъ думаютъ, что нельзя допустить такого общаго положенія, какое мы сдѣлали выше въ текстѣ. Савиньи говоритъ, что опущеніе процентовъ будетъ дареніемъ тогда только, когда кредиторъ дастъ кому либо пользованіе капиталомъ уже приносящимъ проценты. Если же онъ просто опуститъ на будущее время совершенно или уменьшить количество процентовъ самому должнику, то даренія не будетъ, *arg. L. 23 pr. D. h. t.*: Modestinus respondit, creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse, nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere. Противъ такого взгляда Савиньи возражаетъ Унгеръ (§ 95 п. 17). Онъ не думаетъ, что бы законъ 23 *cit.* подтверждалъ этотъ взглядъ. Этотъ законъ, по словамъ Унгера, не говоритъ, что опущеніе или уменьшеніе % не есть дареніе, а говоритъ только, что къ подобному даренію не прилагаются постановленія закона Цинція объ инсинуаціи, руководствуясь вѣроятно тѣмъ соображеніемъ, что опущеніе процентовъ разсматривается какъ цѣлый рядъ отдѣльныхъ дареній процентовъ, слѣдующихъ къ уплатѣ, а инсинуація не требуется тогда, когда законную норму превышаетъ только совокупность нѣсколькихъ отдѣльныхъ дареній. Что законъ 23 *cit.* имѣетъ въ виду постановленія закона Цинція объ инсинуаціи, это видно изъ его словъ—*nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere*. Взгляду Савиньи противорѣчатъ и законъ 21 § 1 D. de donat. int. vir. et uxog., который также говоритъ объ опущеніи процентовъ. U n g e r, § 95 п. 17.

Наконецъ по римскому праву не было даренія и въ томъ случаѣ, когда одно лице предоставляло другому безмездно пользованіе своими услугами, напр. при поклажѣ, порученіи и въ другихъ случаяхъ. Поклажа и порученіе въ источникахъ не называются дареніями и въ обширномъ смыслѣ этого слова. Однако и въ томъ и въ другомъ случаѣ можетъ быть дареніе, когда оказываемая услуга такого рода, что за нее обыкновенно берутся деньги, и когда предоставленіе такой услуги составляетъ чистую потерю для лица оказывающаго ее. Источники прямо на это не указываютъ, но мы должны принять это по аналогіи съ тѣми положеніями, которыя они даютъ относительно ссуды и безпроцентнаго займа. Напр. если лице, имѣющее склады для принятія чужихъ товаровъ на храненіе (*hoggel*), приметъ отъ кого либо товары для этой цѣли безвозмездно, то оно должно разсматриваться, какъ даритель. Точно также будетъ дареніе и тогда, когда лице, принявшее на себя извѣстное порученіе, не будетъ требовать съ довѣрителя тѣхъ издержекъ, которыхъ стоило ему исполненіе этого порученія. Савиньи полагаетъ, что у римлянъ считалось дареніемъ и всякое безмездное совершеніе такихъ услугъ, которыя относились къ числу *operae fabriles*. Подобныя услуги у римлянъ всегда считаются возмездными и совершеніе ихъ источники сравниваютъ съ предоставленіемъ денежной суммы, которой они стоятъ ¹.

Обращаясь къ новымъ законодательствамъ, мы конечно не

¹ L. 6 D. de operis libert. (38,1): *Fabriles operae ceteraeque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt...* L. 26 § 12 D. de cond. ind. (12,6): *Sed si operas patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere? in proposito, ait, posse condici, quanti operas esset conducturus...* Справ. L. 53 D. de R. J. (50,17). Savigny, стр. 35 и 36.

найдемъ въ нихъ такихъ частныхъ постановленій, какъ въ римскомъ правѣ, но несомнѣнно, что и они не относятся разсмотрѣнныя нами сдѣлки къ дареніямъ. Новыя законодательства, какъ иностранныя, такъ и наше, даютъ даренію, какъ специфической сдѣлкѣ, особое мѣсто въ системѣ права. Они признаютъ дареніе, какъ мы увидимъ въ своемъ мѣстѣ, или за особый договоръ обязательственнаго права, отличающійся отъ всѣхъ другихъ обязательствъ по договору, или за особый способъ пріобрѣтенія имущества, противопоставаемый обязательствамъ по договору. Въ обоихъ случаяхъ ясно одно, что если тѣже законодательства выдѣляютъ какъ совершенно отдѣльные институты различныя безмездныя сдѣлки, какъ напр. ссуду, поклажу, порученіе и т. д., то они не считаютъ эти сдѣлки за даренія¹. Впрочемъ это не исключаетъ возможности даренія и при подобныхъ сдѣлкахъ, при тѣхъ предположеніяхъ, при которыхъ возможно было здѣсь дареніе по римскому праву. Нѣсколько сдѣлокъ могутъ совпадать, одна и таже сдѣлка можетъ быть ссудой и дареніемъ вмѣстѣ; слѣдуетъ только помнить, что данная сдѣлка будетъ дареніемъ не потому, что она есть ссуда, а потому, что кромѣ условій ссуды, она совмѣщаетъ въ себѣ и условія даренія. Въ частности Саксонское законодательство считаетъ дареніемъ веденіе дѣлъ за другое лице, если при этомъ не имѣютъ намѣренія требовать вознагражденія за употребленныя на это издержки (§ 1050), равно какъ и опущеніе процентовъ на будущее время (§ 1051). По проекту баварскаго кодекса безмездная ссуда вещей, безмездныя услуги и веденіе дѣлъ могутъ разсматриваться, какъ даренія, насколько они заключа-

¹ Этотъ взглядъ высказывался писателями уже издавна. *Wocerus, de donationibus, № I.*

ютъ въ себѣ оупущеніе обычнаго для этихъ дѣйствій вознагражденія (art. 92) ¹. Что касается до безмезднаго предоставленія пользованія личными услугами, то о новыхъ законодательствахъ должно сказать кажется тоже самое, что Савиньи говоритъ о римскомъ правѣ. Именно новыя законодательства относительно большинства личныхъ услугъ, насколько они имѣютъ юридическій характеръ, знаютъ только возмездный договоръ личнаго найма, они предполагаютъ такимъ образомъ, что личныя услуги по общему правилу требуютъ вознагражденія, и безмездное совершеніе ихъ есть дареніе. Исключеніе составляютъ только такія услуги, которыя фигурируютъ въ законодательствахъ, какъ предметы безмездныхъ сдѣлокъ, и такія, которыя имѣютъ нравственный или вообще неюридическій характеръ ². Въ дополненіе къ сказанному слѣдуетъ прибавить, что по нашему закону должно считать дареніемъ и всякое безмездное предоставленіе недвижимаго имущества въ пользованіе, потому что нашъ законъ не знаетъ ссуды недвижимыхъ имуществъ.

2. Не будетъ даренія и въ томъ случаѣ, когда одно лицо только опускаетъ возможность приращенія своего имущества, отчего получаетъ выгоду другое лицо. Кто отказывается отъ одного приращенія своего имущества, тотъ не уменьшаетъ послѣднее, а только не увеличиваетъ его ³. По-

¹ Срав. с. 4468 гражд. законовъ Остзейскаго края.

² Примѣромъ услугъ перваго рода можетъ служить порученіе. Исполненіе порученія само по себѣ не даетъ права на вознагражденіе, но и здѣсь если исполнившій извѣстное порученіе имѣетъ почему либо право требовать вознагражденія, напр. адвокатъ за веденіе дѣла, оупущеніе этого требованія будетъ дареніемъ.

³ L. 28 pr. D. de V. S.: Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare.—L. 5 § 13 D. de don. i. v. et ux. (24,1): neque enim pauperior fit, qui non acquirit, sed qui de patrimonio suo deposuit.

этому въ римскомъ правѣ отказъ отъ приращенія къ имуществу, сдѣланный въ пользу супруга, былъ вполне дѣйствителенъ, и затѣмъ такого рода отказъ не давалъ повода къ *actio Pauliana*, не могъ быть оспоренъ вѣрителями¹. Отдѣльные случаи отказа отъ возможнаго приращенія имущества по римскому праву могли быть слѣдующіе: а) Отреченіе отъ наслѣдства или отказа по завѣщанію, вслѣдствіе чего наслѣдство или отказъ получаетъ другое лицо², если только такое отреченіе не дѣлается по предварительному соглашенію съ послѣднимъ. б) Намѣренное неисполненіе вѣрителемъ условія, отъ котораго поставлено въ зависимость исполненіе обязательства должникомъ³. в) Намѣренное непредъявленіе чисто личныхъ исковъ, т. е. такихъ, которые не переходятъ къ

¹ L. P. pr. D. quae in fr. cred. (42,8): Quod autem, quum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc edictum non pertinet; pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.—L. 134 pr. D. de R. I. (50,17).

² L. 5 § 13,14. D. de donat. i. v. et u. (24,1).—L. 6 § 2—5 D. quae in fraud. cred. (42,8). Сюда относятся и такіе случаи, когда одно лице уговариваетъ завѣщателя оставить наслѣдство или отказъ вмѣсто него третьему лицу, или когда наслѣдникъ или легатаръ намѣренно не исполняютъ условія, въ зависимость отъ котораго поставлено полученіе наслѣдства или легата—L. 31 § 7. D. de don. i. v. et u. (24,1), L. 1 § 6 si quid in fraud. (38,5).—Положенію, что отреченіе отъ наслѣдства не разсматривается какъ дареніе, съ перваго взгляда противорѣчитъ законъ 14 § 3. D. de fun. dot. (23,5), который говоритъ, что если жена отречется въ пользу мужа отъ наслѣдственнаго имущества, назначеннаго ей въ приданое, то это имущество все таки считается приданнымъ жены. Это мнимое противорѣчіе Савиньи объясняетъ тѣмъ, что жена отречается здѣсь отъ наслѣдства для того, чтобы упростить переходъ наслѣдственнаго имущества къ мужу. Вмѣсто того, чтобы пріобрѣсти наслѣдство и затѣмъ передать его мужу, она отказывается отъ него и его прямо пріобрѣтаетъ мужъ. Savigny, стр. 30.

³ L. 6 § 1 D. quae in fraud. credit (42,8).—L. 1 § 6 D. si quid in fraud. patr. (38,5).

наслѣдникамъ, а таковыми въ римскомъ правѣ были *querela inofficiosi testamenti* и *actio injuriarum* ¹. Другіе иски разсматриваются, какъ составныя части имущества, между тѣмъ какъ при указанныхъ имущественное право является впервые въ слѣдствіе предъявленія иска, а это предъявленіе зависитъ отъ произвола заинтересованнаго лица ². Впрочемъ, какъ скоро отвѣтъчикъ по такому иску будетъ обвиненъ судебнымъ приговоромъ, то для истца является уже имущественное право, и отказъ отъ этого права будетъ уменьшеніемъ имущества истца, слѣдовательно можетъ разсматриваться какъ дареніе ³.

¹ L. 1 § 8 D. 38,5.

² Savigny, стр. 31 и слѣд.

³ L. 1 § 7 D. 38,5. Это мѣсто говоритъ, какъ кажется, о всѣхъ искахъ безъ исключенія.—Шиллингъ (§ 349 n. g.) полагаетъ, что не будетъ дареніемъ и такая сдѣлка, которую предоставляется безмездное пользованіе будущими плодами съ извѣстной вещи, если только эта сдѣлка не будетъ установленіемъ вещнаго права, узуфрукта. Взглядъ этотъ однако представляется ни на чемъ не основаннымъ. L. 11 D. h. t. и L. 17 pr. D. eod., на которые ссылается Шиллингъ, говорятъ о томъ только, что плоды съ подареннаго имѣнія не увеличиваютъ собою объема дара; поэтому, если дареніе будетъ объявлено недействительнымъ или подлежащимъ возврату къ дарителю, то одаренный не можетъ быть вынужденъ возвратить полученные имъ съ подареннаго имущества плоды. Тоже правило относительно плодовъ съ отчужденнаго во вредъ кредиторамъ имѣнія даетъ L. 25 § 4 D. quae in fraud. cred. (42,8). Всѣ эти мѣста, на которыя ссылается Шиллингъ, имѣютъ въ виду тотъ случай, когда непосредственнымъ предметомъ даренія или отчужденія будетъ извѣстное имѣніе, а не одни плоды съ него. Если же предметомъ сдѣлки будутъ непосредственно плоды, то здѣсь можетъ быть и дареніе, arg. L. 9 § 1 D. h. t.: Si vero non fundum, sed fructus percipiendum tibi donem, fructus percepti venient in computationem donationis. Ничто не даетъ намъ права принять здѣсь вмѣстѣ съ Шиллингомъ установленіе узуфрукта. Срав. еще L. 22 и 28 D. de pact. dotal. (23,4), которые объявляютъ не имѣющимъ силы предоставленіе женѣ мужемъ пользованія плодами или доходами съ вещи, данной ему въ приданое. Шиллингъ объясняетъ эти мѣста особенностями приданнаго, между тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ рѣшенія этихъ мѣстъ основываются на недействительности дареній между супругами.

Какъ по римскому праву не составляетъ даренія отказъ отъ одного приобрѣтенія имущества, такъ и по новымъ законодательствамъ. Нѣкоторыя изъ нихъ прямо говорятъ объ этомъ, напр. саксонское постановляетъ: *Es ist keine Schenkung, wenn ein Vermögensgewinn ausgeschlagen... wird* (с. 1051), между тѣмъ какъ отказъ отъ права уже приобрѣтеннаго (напр. отъ сервитута) можетъ быть дареніемъ (с. 1050)¹. Постановленіе саксонскаго законодательства было еще ранѣе высказано прусскимъ правомъ (I, 11 § 1039), а затѣмъ повторено проектами гессенскаго и баварскаго кодексовъ². Тоже самое правило мы можемъ вывести и изъ с. 939 австрійскаго законодательства³. Сомнѣнія касательно приложимости разсматриваемаго правила возникаютъ по отношенію къ французскому законодательству. Французскимъ кодексомъ запрещается и объявляется ничтожнымъ дареніе будущихъ вещей, т. е. такихъ, которыя въ моментъ даренія не принадлежатъ еще дарителю (*biens à venir*, с. 943). Подъ это постановленіе кодекса вполне подходитъ отказъ отъ условнаго права, пока не исполнено еще условіе, но не подходитъ, какъ кажется, отреченіе отъ наслѣдства, открывшагося по закону. Наслѣдованіе по закону во французскомъ правѣ происходитъ *ipso jure*, лице, для котораго открылось наслѣдство, заступаетъ мѣсто умершаго тотчасъ послѣ его

¹ Комментаторы саксонскаго кодекса относятъ с. 1051 какъ къ отреченію отъ наслѣдства, легата и т. д., такъ и къ намѣренному неисполненію вѣрителемъ условія. *Siebenhaar, Sächsisch. Pr. R. с. 587.*

² Гессенскій проектъ с. 94.—Баварскій проектъ с. 92.

³ *Wer auf ein gehofftes oder wirklich angefallenes oder zweifelhaftes Recht Verzicht thut, ohne es einem Andern ordentlich abzutreten oder dasselbe dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung zu erlassen, ist für keinen Geschenkgewinn anzusehen.*—*Kirchstetter, стр. 427.*

смерти¹. Поэтому казалось бы, что отказъ наследника отъ наследства, которое имъ какъ будто уже приобретено, будетъ для него уменьшеніемъ имущества, а потому можетъ разсматриваться, какъ дареніе. Подобный аргументъ однако не будетъ согласенъ съ истиной. Римское право тоже знаетъ наследниковъ *ipso jure*, а между тѣмъ отказъ отъ наследства не считаетъ дареніемъ. Вѣрное рѣшеніе занимающаго насъ вопроса мы можемъ найти въ с. 780 французскаго кодекса. Статья эта говоритъ слѣдующее: „Даръ, продажа или передача однимъ изъ сонаследниковъ своихъ правъ на наследство лицу постороннему, или веѣмъ своимъ сонаследникамъ, или нѣкоторымъ изъ нихъ, означаютъ съ его стороны принятіе наследства. Тоже правило имѣетъ мѣсто 1) при отреченіи, даже дарственномъ, въ пользу одного или нѣсколькихъ изъ его сонаследниковъ. 2) При отреченіи въ пользу веѣхъ его сонаследниковъ безразлично, если онъ получаетъ за свое отреченіе плату“². Изъ этой статьи совершенно ясно, что, хотя французскій законъ и признаетъ наследованіе *ipso jure*, наследникъ не можетъ распорядиться наследствомъ не принявъ его. Въ крайнемъ случаѣ самое это распоряженіе разсматривается какъ принятіе наследства. Съ этимъ распоряженіемъ уравнивается и отреченіе отъ наследства въ пользу извѣстныхъ лицъ, лишь бы при безвозмездномъ отреченіи этими лицами не были веѣ сонаследники дарителя. Такимъ образомъ отказъ отъ наследства въ пользу извѣстныхъ лицъ, какъ отказъ только отъ будущаго приобретенія, по французскому

¹ Le mort saisit le vif. Code civ. a. 724. Les heritiers legitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du defunt...

² Эта статья Code civil вошла въ итальянскій к. с. 936 и 937.

праву вообще не мыслимъ ¹. Что же касается до безвозмезднаго отреченія отъ наслѣдства въ пользу всѣхъ сонаслѣдниковъ, то о такомъ отреченіи французскій кодексъ не постановляетъ ничего особеннаго, поэтому оно уравнивается съ отреченіемъ сдѣланнымъ безъ ближайшаго опредѣленія, такъ какъ результатъ ихъ будетъ одинаковъ: наслѣдство получаютъ въ обоихъ случаяхъ одни и тѣ же лица ². Затѣмъ какъ то, такъ и другое не разсматриваются, какъ даренія, потому что съ послѣдними уравнивается по с. 780 только отреченіе въ пользу одного или нѣсколькихъ сонаслѣдниковъ ³.

По отношенію къ нашему законодательству также нѣтъ основанія отступать отъ положеній римскаго права и прежде всего по отношенію къ отреченію отъ наслѣдства. Нашъ законъ предоставляетъ наслѣднику альтернативу принять наслѣдство или отречься отъ него. Ничего средняго, подобнаго французскому отреченію въ пользу извѣстныхъ лицъ, нашъ законъ не знаетъ. Это видно изъ того, что, позволяя наслѣдникамъ только принять наслѣдство или отречься отъ него, законъ дѣлаетъ исключеніе для губерній Черниговской и Полтавской,

¹ Поэтому такой отказъ долженъ быть совершенъ въ формѣ даренія. Zachariae, IV, стр. 76 п. 14.

² Тамъ же.

³ Къ тому же выводу, но по другимъ соображеніямъ, приходитъ Бюше. „Отреченіе, говоритъ онъ, не совмѣщаетъ въ себѣ свойствъ даренія. Я отрекаюсь отъ своего права и его получаетъ другой, но получаетъ въ силу закона, а не по моей волѣ. Здѣсь нѣтъ ни договора, ни даренія. Я могу предусмотрѣть законныя послѣдствія моего отреченія, и могу быть побужденъ къ нему чувствомъ расположенія къ лицу, которое должно заступить мое мѣсто; но и въ этомъ случаѣ это лицо получаетъ право непосредственно въ силу закона... Тоже самое будетъ и тогда, когда мотивы отреченія будутъ прямо высказаны, потому что мотивы не измѣняютъ ничего въ актѣ⁴. Въ этомъ смыслѣ состоялись рѣшенія и во французскихъ судахъ. Grenier, II, стр. 14 прим. Gilbert, Code civ. annoté, стр. 409.

допуская въ нихъ передачу или уступку наслѣдниками своего права на наслѣдство третьимъ лицамъ ¹. Подобная передача, совершаемая улиточною записью, близка къ французскому отреченію отъ наслѣдства въ пользу извѣстныхъ лицъ, отличается однако тѣмъ, что лице, уступающее свое право по наслѣдству, не считается принявшимъ его, а потому устраняется отъ всякой отвѣтственности за долги наслѣдодателя. Безмездная уступка правъ на наслѣдство въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской можетъ быть такимъ образомъ чистымъ дареніемъ, но внѣ этихъ губерній отреченіе отъ наслѣдства влечетъ за собою только устраненіе лица отречшагося отъ наслѣдства ², другихъ послѣдствій отреченія для этого лица нашъ законъ не знаетъ. Поэтому отречшійся не можетъ быть разсматриваемъ, какъ даритель, относительно того лица, которому отреченіе послужило въ пользу. Иного взгляда законы остзейскаго края, которые допускаютъ дареніе въ видѣ отреченія отъ извѣстнаго права въ чью либо пользу, разумѣя подъ отреченіемъ отъ права между прочимъ и отказъ отъ наслѣдства или легата. Этотъ взглядъ явился влѣдствіе того, что римское выраженіе „donatio“ поняли какъ дареніе въ тѣсномъ смыслѣ тамъ, гдѣ оно употребляется для обозначенія даренія только въ обширномъ смыслѣ этого слова ³.

Гораздо труднѣе вывести по нашимъ общимъ законамъ правило въ отношеніи къ отказу отъ легатовъ. Наше законодательство не дѣлаетъ различія между наслѣдниками въ долѣ и въ опредѣленномъ имуществѣ, поэтому каждый получающій у насъ что либо по за-

¹ С. 1255, 1256. Гражд. закон. Сборникъ сенатскихъ рѣшеній, I № 598.

² С. 1268.

³ Законы остзейск. с. 4468 и цитированный къ ней L. 5 §§ 13—15 D. de d. i. v. et u (24, 1).

вѣщанію, лишь бы это было непосредственно изъ наследственнаго имущества, считается наследникомъ. Отказами по завѣщанію будутъ у насъ слѣдовательно тѣ только выдачи, которыми завѣщатель обязываетъ своихъ наследниковъ въ пользу извѣстныхъ лицъ ¹. Такимъ образомъ отказы по завѣщанію имѣютъ у насъ видъ правъ по обязательству, возникающихъ въ моментъ открытія или принятія наследства. Отреченіе же отъ возникшаго права по обязательству можетъ разсматриваться, какъ уменьшеніе имущества, слѣдовательно можетъ быть и дареніемъ. Правильность такого вывода относительно отреченія отъ легата однако можетъ быть подвергнута сомнѣніямъ на томъ основаніи, что легатъ является правомъ по обязательству и у римскихъ юристовъ, и тѣмъ не менѣ послѣдніе не разсматриваютъ отказъ отъ него, какъ дареніе. Какъ бы то ни было, отказъ отъ легата нельзя ставить на ряду съ отказомъ отъ другаго приобрѣтеннаго права. Прежде всего отказъ отъ легата не представляется такого рода пожертвованіемъ, какъ пожертвованіе правомъ, которое было уже у насъ въ имуществѣ и которымъ мы пользовались. Мы всегда легче отказываемся отъ открывшагося намъ приобрѣтенія, чѣмъ отъ приобрѣтеннаго уже имущества. Отказъ отъ легата это тоже, что отказъ отъ выгодной сдѣлки, сдѣланный для того, чтобы этою сдѣлкою могло воспользоваться другое лице. Жертва здѣсь не такъ велика, чтобы между отказывающимся и приобрѣтающимъ вслѣдствіе того возникла такая же связь, какъ между дарителемъ и одареннымъ. Съ другой стороны, хотя въ моментъ открытія или принятія наследства и возникаетъ право на легатъ, но оно возникаетъ все таки подъ условіемъ принятія этого легата, такъ какъ право это устанавливается актомъ одностороннимъ, завѣщаніемъ. Такимъ образомъ конкретнаго права на отказанное имущество безъ принятія легата не возникаетъ, а слѣдовательно отреченіе отъ легата не можетъ быть разсматриваемо, какъ уменьшеніе наличнаго дѣйствительно принадлежащаго отрекающемуся имуществу. Поэтому здѣсь неприменимы ограниченія дареній, имѣющія цѣлью предупредить легкомысленное уменьшеніе лицомъ своего

¹ С. 1085, 1011 прим. X т. ч. 1.

имущества посредствомъ безмездныхъ отчужденій. Такимъ образомъ, кажется, мы не ошиблись, сказавъ, что по нашимъ законамъ и представляется основанія отступать отъ правила, принятаго римскимъ правомъ и большинствомъ новыхъ законодательствъ. Еще менѣе основанія отступать отъ римскаго положенія относительно личныхъ исковъ, такъ какъ здѣсь возникновеніе имущественнаго права поставлено въ прямую зависимость отъ свободнаго произволенія лица, и отказъ отъ такого права будетъ просто выраженіемъ нежеланія вчинить вытекающей изъ него искъ, не болѣе.

3. УВЕЛИЧЕНІЕ ИМУЩЕСТВА ОДАРЕННОГО.

I. Сдѣлка, для того, чтобы быть дареніемъ, должна имѣть своимъ результатомъ *обогащеніе*, увеличеніе имущества одареннаго, какъ это не разъ высказываютъ римскіе источники¹. Въ новыхъ законодательствахъ условіе увеличенія имущества одареннаго для того, чтобы сдѣлка считалась дареніемъ, вытекаетъ изъ того опредѣленія, которое они даютъ послѣднему. Законодательства Прусское, Австрійское, Саксонское.

¹ Savigny, § 146.—Windscheid, § 363 n. 3.—L. 5 § 8 D. de d. i. vir. (24,1): *definiri solet, eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiores...* L. 25 D. eod.: *jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit.* Противъ обогащенія одареннаго, какъ условія даренія, Шиллингъ, § 348 n. bb, arg. L. 5 § 16 D. eod.: *Ubiunque igitur non deminuit de facultatibus suis, qui donavit, valet; vel etiamsi deminuit, locupletior tamen non fit, qui accepit. donatio valet.* Шиллингъ говоритъ, что въ цитированныхъ выше мѣстахъ говорится не о дареніяхъ вообще, а только объ одномъ особомъ классѣ дареній. Но этотъ особый классъ дареній мы и называемъ дареніемъ собственно, дареніемъ въ смыслѣ особой специфической сдѣлки. Такимъ образомъ возраженія Шиллинга и здѣсь основываются на смѣшеніи даренія въ тѣсномъ и обширномъ смыслѣ этого слова. Unger, II стр. 194 n. 18.

проектъ Гессенскаго и сводъ гражданскихъ законовъ Остзейскаго края говорятъ о безвозмездномъ перенесеніи или переходѣ вещи или права въ имущество извѣстнаго лица. Баварскій проектъ въ понятіе даренія прямо вноситъ условіе „обогащенія“ (Bereicherung). Французскій кодексъ опредѣляетъ дареніе, какъ актъ, посредствомъ котораго даритель *se depouille de la chose donnée, en faveur du donataire*. Тоже опредѣленіе даетъ Итальянскій кодексъ. Наше законодательство наконецъ относитъ дареніе къ безмезднымъ способамъ приобрѣтенія имущества, всякое же безмездное приобрѣтеніе имущества (между живыми) по общему правилу соединено съ обогащеніемъ приобрѣтателя.

Такъ какъ обогащеніе одареннаго есть существенное условіе даренія, то подъ понятіе даренія не подходятъ слѣдующія сдѣлки:

1. Сдѣлки, въ силу которыхъ одна сторона даетъ другой что либо за извѣстный эквивалентъ или въ ожиданіи такого эквивалента. Дареніемъ подобная сдѣлка можетъ быть тогда только, когда то, что даетъ одна сторона, не можетъ считаться эквивалентомъ получаемаго ею отъ другой стороны, когда уплаты, дѣлаемая сторонами, несоразмѣрны. Въ этомъ случаѣ сдѣлка можетъ быть отчасти возмездною, отчасти же дареніемъ, и тогда она называется *смѣшанною съ дареніемъ сдѣлкою* (negotium mixtum cum donatione). Дареніе будетъ здѣсь только относительно разности между цѣнностью одной уплаты и другой¹. Затѣмъ дареніе будетъ здѣсь тогда

¹ L. 38 D. de contr. emt. (18,1), L. 5 § 5 D. de don. int. vir. (24,1). Срав. § 942 австрійскаго законодательства: „Если даренія напередъ условлены такъ, что даритель долженъ былъ одарить и съ своей стороны, то въ цѣломъ настоящаго даренія не возникаетъ, а возникаетъ таковое только въ отношеніи къ излишку цѣны (одного даренія передъ другимъ)“. Саксонскій кодексъ, с. 1052. — Баварскій проектъ с. 93.

только, когда одною стороною требуется уменьшенный эквивалентъ изъ чистаго благорасположенія и это знаетъ и принимаетъ другая сторона. Этому не слѣдуетъ никогда упускать изъ виду, такъ какъ въ возмездныхъ сдѣлкахъ позволяется до нѣкоторой степени одной сторонѣ пользоваться положеніемъ другой стороны и за передаваемое ей требовать большаго эквивалента, чѣмъ передаваемое стоитъ, и наоборотъ за получаемое давать менѣе его цѣнности¹.

2. Подъ понятіе даренія не подходятъ далѣе такія сдѣлки, въ которыхъ одна сторона передаетъ другой имущественный предметъ подъ условіемъ возвращенія его обратно (заемъ). Въ разрядъ такихъ сдѣлокъ входятъ и даренія, сдѣланныя подъ условіемъ передачи всего подареннаго имущества какому либо третьему лицу². Лице, которому дано что либо подъ такимъ условіемъ, если и можетъ считаться одареннымъ, то развѣ только относительно плодовъ и доходовъ, которые оно получить со времени передачи ему имущества до врученія его третьему лицу³.

3. Такія сдѣлки, которыя не влекутъ за собою увеличенія имущества какого либо лица, а дѣлаютъ только права его болѣе вѣрными и обезпеченными. Поэтому подъ понятіе даренія не подходитъ ни установленіе поручительства или права залога въ пользу вѣрителя, ни опущеніе ихъ со стороны вѣрителя въ пользу поручителей и лицъ давшихъ свое имуще-

¹ L. 16 §. 4 D. de minor. XXV an. (4,4):—in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. — L. 22 § 3 D. ocati (19,2).—Savigny, § 154.—Unger, стр. 194 и слѣд.

² L. 5 § 9 D. de j. dot. (23,3). L. 49 D. de don. int. vir. (24,1).

³ Если только на данное дареніе можно смотрѣть, какъ на дареніе плодовъ или доходовъ посреднику. L. 49 cit. См. выше прим. Windscheid, § 365 п. 3.

ство въ залогъ. Съ установленіемъ поручительства или права залога въ пользу вѣрителя послѣдній не дѣлается богаче даже тогда, когда должникъ окажется несостоятельнымъ, потому что и здѣсь онъ получаетъ удовлетвореніе въ размѣрѣ существовавшего для него до установленія поручительства и залога права по обязательству. Вѣритель получаетъ здѣсь только то, что ему слѣдовало и прежде, поэтому о приращеніи къ его имуществу не можетъ быть и рѣчи. Точно также, когда вѣритель опускаетъ поручителямъ ихъ обязательства, или отказывается отъ установленнаго для него права залога, онъ не обогащаетъ ни получателей, ни залогодателей, такъ какъ и тѣ и другіе въ случаѣ уплаты за должника могутъ вытребовать съ послѣдняго все уплаченное ими вѣрителю. Это положеніе принимается какъ римскимъ, такъ и новыми правами ¹.

II. Такимъ образомъ обогащеніе одареннаго есть существенное предположеніе даренія. Спрашивается, требуется ли подобное условіе отъ сдѣлки, разсматриваемой какъ дареніе, только въ моментъ ея совершенія, или же обогащеніе одареннаго всегда является необходимымъ условіемъ для того, чтобы наступили послѣдствія даренія? Дѣло въ томъ, что послѣдствія даренія могутъ явиться по прошествіи долгаго времени послѣ его совершенія, напр. требованіе возврата подареннаго иму-

¹ L. 1 § 19 D. si quid in fraud. patr. (38,5); L. 1 § 1 D. quib. mod. pign. (20,6). L. 18 D. quae in fraud. cred. (42,8). L. 11 C. ad. S. C. Vell. (4,29). Savigny, стр. 55. Windscheid, § 365 п. 3. Саксонскій кодексъ с. 1051: „Опущеніе залога или другаго обезпеченія, установленнаго для существующаго уже права, не считается дареніемъ“, хотя считается отчужденіемъ (с. 1052). Unger, стр. 194. Kirchstetter, стр. 427. Troplong, № 1080. Demolombe, № 807 bis. По отношенію къ римскому праву нѣсколько иного мнѣнія Шиллингъ, § 352. Eringer.

щества вслѣдствіе неблагодарности одареннаго. Здѣсь и возникаетъ вопросъ о томъ, будутъ ли имѣть мѣсто эти послѣдствія, когда ко времени ихъ возникновенія обогащеніе одареннаго, бывшее слѣдствіемъ даренія, исчезнетъ. Отвѣтъ на этотъ вопросъ какъ по римскому праву, такъ и по новымъ законодательствамъ во многихъ случаяхъ представляется весьма труднымъ и неразъ былъ предметомъ споровъ между юристами.

Трудность рѣшенія этого вопроса въ римскомъ правѣ зависитъ отъ того, что если онъ и разработанъ римскими юристами, то почти исключительно для дареній между супругами. Поэтому въ постановленіяхъ римскаго права и въ рѣшеніяхъ юристовъ играютъ здѣсь роль не только общія юридическія основанія, примѣнимыя ко всякому даренію, но и особенныя соображенія, оправдываемыя только особенностями отношеній между супругами. Лучшее изложеніе ученія римскихъ юристовъ относительно интересующаго насъ вопроса мы находимъ у Савиньи ¹ и ему мы будемъ слѣдовать въ нашемъ разсужденіи.

Разбирая тѣ случаи, когда бывшее во время совершенія даренія обогащеніе впоследствии исчезаетъ, Савиньи различаетъ чистое исчезновеніе и исчезновеніе, соединенное съ приобрѣтеніемъ новаго имущественнаго права вмѣсто исчезнуващаго. Въ первомъ случаѣ обогащеніе, бывшее послѣдствіемъ даренія, исчезаетъ совершенно, во второмъ случаѣ изъ имущества одареннаго исчезаетъ только подаренный предметъ или право, но цѣнность ихъ остается.

А. Чистое исчезновеніе можетъ послѣдовать или по волѣ са-

¹ System, §§ 150 и 151.

мого дарителя, или по случаю, или же наконецъ по волѣ самого одареннаго.

Если чистое исчезновеніе произошло по волѣ самого дарителя, то бесспорно, что съ этого момента характеръ сдѣлки, какъ даренія, исчезаетъ безслѣдно, и если можно говорить здѣсь о дареніи, то только о дареніи плодовъ или доходовъ, буде одаренный могъ извлекать ихъ изъ подаренной вещи, пока она была въ его имуществѣ. Поэтому, когда вещь подарена съ тѣмъ, чтобы одаренный передалъ ее третьему лицу, то съ момента передачи сдѣлка перестаетъ разсматриваться, какъ дареніе ¹.

Дареніе исчезаетъ со всѣми своими послѣдствіями и тогда, когда одаренный теряетъ подаренное ему имущество или право въ силу случайныхъ обстоятельствъ — пожара, наводненія, грабежа, и т. д. ². Хотя это положеніе источники даютъ только для дареній между супругами, но будетъ вполне справедливымъ прилагать его ко всѣмъ дареніямъ вообще.

Наконецъ, какъ мы видѣли, чистое исчезновеніе обогащенія можетъ произойти по волѣ одареннаго. Главные случаи такого исчезновенія, это — намѣренное уничтоженіе подареннаго имущества, потребленіе его, растрата и безмездное отчужденіе въ другія руки. Римскіе источники говорятъ объ этихъ случаяхъ по поводу дареній между супругами. Супругъ, получившій даръ отъ другаго супруга, незаконно владѣетъ чу-

¹ L. 5 § 9 D. de j. dot. Другіе примѣры: дареніе женѣ участка земли для того, чтобы похоронить въ немъ умершаго, чѣмъ этотъ участокъ изымается изъ гражданскаго оборота, L. 5 § 8—12 D. 24,1; дареніе раба подъ условіемъ отпущенія его на волю, Ulp. fragm. VII § 1, Paulus II, 23 § 2, L. 109 pr. D. de legat. I.

² L. 28 pr. D. de don. int. vir. Что говорится о совершенной гибели подареннаго имущества, тоже должно сказать и о гибели частичной, т. е. о случайномъ ухудшеніи этого имущества или паденіи его въ цѣлѣ.

жимъ имуществомъ и знаетъ объ этомъ¹. Спрашивается, подвергается ли онъ ответственности въ томъ случаѣ, когда подаренное имущество исчезнетъ по его волѣ? По общимъ положеніямъ права—да. Если мужъ полученное отъ жены въ видѣ дара имущество подарить другому лицу или растратить, то противъ него можетъ быть поднята *condictio sine causa* или *ex injusta causa*², если только мужъ совершилъ указаннаго дѣйствія умышленно, иначе сказать, если съ его стороны былъ *dolus* (не *culpa*)³. Кромѣ *condictio* противъ получившаго и растратившаго даръ супруга можно было вѣроятно поднять *actio ad exhibendum* или *rei vindicatio*, какъ противъ лица, *qui dolo desiit possidere*, а также *actio legis Aquiliae* въ случаѣ уничтоженія или ухудшенія подареннаго предмета и при томъ не только умышленнаго, но и происшедшаго отъ неосторожности одареннаго. Вотъ въ какомъ положеніи должно было быть первоначально лице незаконно получившее даръ и растратившее его. Такое положеніе, по мнѣнію Савиньи, представляется несправедливымъ потому, что здѣсь лице получившее даръ рассматривается какъ недобросовѣстный владѣлецъ, между тѣмъ какъ оно, если и получило даръ незаконно, то все таки владѣло имъ непосредственно по волѣ дарителя. Несправедливость эта по отношенію къ супругамъ исправлена была сенатусконсультомъ 206 года. Этимъ постановленіемъ сената оспариваніе даренія объявлено личнымъ правомъ дарителя и оно не могло имѣть

¹ L. 19 pr. D. de don. int. vir.... hoc enim bonae fidei possessoribus concessum est: virum autem scientem alienam possidere.

² L. 6 D. eod.: Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur: ex quibus causis condictio nasci solet.

³ L. 65 § 8, L. 26 § 12 D. de cond. ind. (12,6).

мѣста при „consumptio“ подареннаго имущества. Подъ именемъ же „consumptio“ разумѣется не потребление въ тѣсномъ смыслѣ, а всякое исчезновеніе происшедшаго вслѣдствіе дара обогащенія¹, почему римскіе юристы рассматриваютъ какъ *consumptio* дареніе третьему лицу полученныхъ въ даръ денегъ, а также отдачу ихъ въ займы несостоятельному должнику². Такимъ образомъ выработалось новое правило, что одаренный супругъ обязанъ возвратить даръ тогда только, когда подаренное имущество будетъ у него еще налице или когда обогащеніе, бывшее слѣдствіемъ дара, не исчезло еще ко времени предъявленія иска, или лучше сказать ко времени *litis contestatio*³. Подобное правило оправдывается конечно тѣми особыми отношеніями, въ которыхъ находятся супруги. Савиньи однако полагаетъ, что хотя сенатсконсультъ имѣлъ въ виду только даренія между супругами, но вслѣдствіи онъ долженъ былъ получить силу относительно всѣхъ дареній, и именно относительно требованія возврата подареннаго вслѣдствіе неформальнаго совершенія даренія и вслѣдствіе неблагодарности. Въ послѣднемъ случаѣ впрочемъ

¹ L. 32 § 9 D. de don. int. vir.: Quod ait oratio, consumpsisse, sic accipere debemus, ne is qui donationem accepit locupletior factus sit; ceterum, si factus est, orationis beneficium locum habebit.

² L. 5 § 17 D. eod. L. 16 D. eod.

³ Общее правило содержится въ L. 28 pr. L. 39 § 9, L. 5 § 18 D. de don. int. vir. и въ L. 8 C. eod. (5,16). О времени, когда должно существовать обогащеніе, см. L. 7 pr. D. eod. Что при установленіи новаго правила имѣлась въ виду именно несправедливость древняго права, на которую указываетъ Савиньи, объ этомъ до нѣкоторой степени мы можемъ заключить изъ L. 17 C. eod. (Diocletianus et Maximianus). De his, quae extra dotem in domum illata, a marito erogata commemoras, siquidem te donante consumpta sunt, intelligis, adversus heredes non nisi in quantum locupletior fuit habere te actionem; si vero contra voluntatem tuam omnia tibi restitui oportere.

consumptio освобождало одареннаго отъ отвѣтственности тогда только, когда оно произошло до совершенія имъ дѣйствія, въ которомъ выразилась неблагодарность относительно дарителя. Савиньи, говоря о распространеніи сенатусконсульта на неформально совершенныя даренія (даренія совершенныя безъ инсинуаціи, если цѣнность ихъ превышаетъ 500 солидовъ), руководствуется тою мыслью, что въ Юстиніановомъ правѣ понятіе даренія по отношенію къ дареніямъ въ бракѣ разработано въ томъ предположеніи, что это понятіе будетъ примѣнено и къ инсинуаціи. Кромѣ того всякая растрата подареннаго до предъявленія иска о возвращеніи оправдывается тѣмъ, что даритель продолжаетъ здѣсь желать дѣйствительности даренія, не оспаривая послѣдняго. Поэтому объ умыслѣ, *dolus*, одареннаго здѣсь рѣчи быть не можетъ, а потому здѣсь не можетъ быть и *condictio*, главный искъ о возвратѣ подареннаго. Эти соображенія, по мнѣнію Савиньи, имѣютъ мѣсто и въ случаѣ требованія возврата дара вслѣдствіе неблагодарности одареннаго, тѣмъ болѣе, что растратившая даръ (до неблагодарности) одаренный дѣйствуетъ здѣсь не только какъ добросовѣстный владѣлецъ, но и какъ собственникъ.

В. Второй случай исчезновенія подаренной вещи или права изъ имущества одареннаго, это исчезновеніе, соединенное съ пріобрѣтеніемъ новой вещи или новаго права. Здѣсь дареніе продолжаетъ существовать¹, такъ какъ продолжаетъ существовать и обогащеніе, только роль подареннаго имущества играетъ вновь пріобрѣтенное, если цѣнность его не превышаетъ цѣнности первоначальнаго дара. Въ противномъ случаѣ

¹ L. 32 § 9 D. de don. int. vir. См. выше прим. 1 на стр. 85.

предметомъ даренія будетъ только цѣнность первоначальнаго дара ¹. Чистое исчезновеніе новаго предмета даренія имѣеть тѣже послѣдствія, которыя наступили бы при чистомъ исчезновеніи предмета первоначальнаго ². Тоже должно сказать объ исчезновеніи вещи или права, на которыя будетъ обмѣненъ вторичный предметъ даренія ³. Впрочемъ изъ указаннаго правила дѣлается исключеніе, когда вмѣсто подареннаго имущества приобрѣтено и потреблено такое, которое одаренный долженъ бы былъ приобрѣсти на собственные средства. Здѣсь влѣдствіе отчужденія подареннаго предмета эберегаются одаренному издержки, которыя онъ сдѣлалъ бы въ противномъ случаѣ, а потому обогащеніе продолжается ⁴.

Изложенное нами выше общее положеніе, что мѣсто подаренной вещи во всѣхъ отношеніяхъ занимають вещи, полученные въ обмѣнѣ за нее, римскіе источники даютъ для дареній между супругами. Для другихъ дареній могло суще-

¹ Напр. если на подаренные мужемъ 10,000 сестерціевъ жена купитъ раба, который стоитъ на самомъ дѣлѣ только 5 т., то и вытребована мужемъ можетъ быть только цѣнность раба, если же рабъ стоитъ 15 т., то вытребованы могутъ быть только 10 т., такъ какъ только на эту сумму даритель сталъ бѣднѣе. L. 28 § 3 D. de don. int. vir.—L. 55 D. eod: ei pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum est, condicatur. Meyerfeld, I, стр. 11.

² L. 28 § 3,4 D. de don. int. vir.

³ L. 29 pr. D. eod. Здѣсь осуждается противоположное мнѣніе.

⁴ Arg. L. 47 § 1 D. de solut. (46,3). Plane, etiamsi perierat res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intelligitur, id est si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo erat emturus, nam hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupletior est. Это мѣсто говорить объ опекаемыхъ и filii familias, но можетъ быть отнесено и ко всѣмъ другимъ случаямъ, гдѣ возвратъ вещи условливается обогащеніемъ. Что такое res necessaria Савинья предлагаетъ опредѣлять согласно съ L. 6 D. de alimentis: cibaria et vestitus et habitatio... quia sine his corpus ali non potest. Справ. L. 65 § 6 D. de cond. indeb. (12,6).

ствовать иное правило, подобное тому, какое было относительно наследниковъ лица, насильственно пріобрѣвшаго известную вещь, и добросовѣстныхъ владѣльцевъ наследствомъ. И тѣ и другіе не отвѣчали дѣйствительнымъ управомоченнымъ за отнятую наследодателемъ или принадлежащую къ наследству вещь, какъ скоро она погибала отъ случая, но разъ отчуждивши подобныя вещи они безусловно обязаны были возвратить управомоченнымъ ихъ цѣну. Отвѣтственность ихъ такимъ образомъ не зависѣла уже отъ судьбы вымѣненной вещи ¹. Савиньи думаетъ однако, что положенія, выработанныя для дареній между супругами и здѣсь были распространены на всѣ даренія, такъ что мѣсто подаренной вещи заступаетъ всегда вымѣненная на нее ².

Вотъ какъ излагаетъ Савиньи ученіе римскихъ юристовъ о томъ значеніи, которое имѣетъ исчезновеніе дара изъ имущества одареннаго. Для дареній между супругами оно безусловно вѣрно, но относительно другихъ дареній можетъ возбуждать сомнѣнія. Взглядъ Савиньи на необходимость продолжающагося обогащенія одареннаго для того, чтобы можно было признать дареніе существующимъ, оспариваетъ Шиллингъ ³.

¹ L. 18 D. quod metus (4,2). Omnimodo locuples videtur, licet postea deperdat.

² Это правило Савиньи относить какъ къ вещамъ, имѣющимъ индивидуальность, такъ и къ родовымъ, если только въ данномъ случаѣ можно опредѣлять ихъ индивидуальность. Напр. подарены деньги, которыя и спрятаны въ особое мѣсто, а затѣмъ вскорѣ украдены. Здѣсь дареніе можетъ быть признано исчезнувшимъ. Если же индивидуальности подаренныхъ вещей опредѣлить нельзя, то дареніе продолжаетъ существовать и тогда, когда эти вещи исчезнутъ, напр. когда подаренныя деньги одаренный смѣшаетъ съ своими и у него будетъ украдена равная подаренной сумма денегъ. Здѣсь неизвѣстно какія деньги украдены, изъ подаренныхъ можетъ быть не тронуты ни монеты.

³ Institutionen, III § 348 n. ii.

Онъ основывается прежде всего на томъ, что источники говорятъ только о недѣйствительности дареній между супругами, а потому рѣшенія ихъ покоются на совершенно специальныхъ основаніяхъ. Далѣе взглядъ Савиньи, по мнѣнію Шиллинга, противорѣчитъ коренному правилу, что характеръ и дѣйствительность сдѣлки опредѣляются по времени ея возникновенія. Если съ замѣчаніями Шиллинга вполне согласиться трудно, тѣмъ не менѣе нѣкоторые выводы Савиньи представляются сомнительными, именно его выводы относительно исчезновенія дара по волѣ одареннаго и значенія обмѣна подареннаго имущества. Въ первомъ случаѣ нельзя признать справедливымъ, чтобы легкомысленная растрата подареннаго имущества одареннымъ, а также дальнѣйшее дареніе этого имущества лишили дарителя права требовать возврата дара, когда дареніе будетъ недѣйствительнымъ или одаренный окажется неблагодарнымъ. Основанія, приводимыя Савиньи, что даритель самъ какъ бы даетъ поводъ къ такому распоряженію даромъ, не оспаривая его во время, и что при дѣйствительномъ дареніи одаренный дѣйствуетъ, какъ собственникъ¹, могутъ имѣть значеніе только для правъ третьихъ лицъ, не для права дарителя. Всякое дареніе и въ особенности всякое дѣйствительное дареніе условно, такъ какъ оно предполагаетъ возможность возврата дара дарителю вслѣдствіе неблагодарности одареннаго. Поэтому, если имущество, полученное въ даръ, будетъ подарено третьему лицу, то этотъ даръ не можетъ быть объявленъ недѣйствительнымъ въ случаѣ неблагодарности дарителя, но право перваго дарителя по крайней мѣрѣ на возвратъ цѣнности этого имущества уменьшено быть не можетъ. Было бы противно цѣли закона и несогласно съ волею да-

¹ См. выше стр. 86.

рителя поставить возвратность дара въ случаѣ неблагодарности въ зависимость отъ односторонней воли одареннаго. Тоже должно сказать и о растратахъ. Растрата тогда только можетъ освободить одареннаго отъ его обязанностей, когда она сдѣлана согласно съ волею дарителя, иначе было бы странно, что легкомысленность освобождаетъ одареннаго отъ обязанностей по отношенію къ послѣднему. Между тѣмъ легкомысленные люди способны скоро забывать и сдѣланныя имъ благодѣянія, поэтому здѣсь слѣдовало бы еще болѣе гарантировать дарителей отъ неблагодарности, а не освобождать одаренныхъ отъ принятыхъ ими на себя обязанностей. Наконецъ Савиньи приводитъ за свой взглядъ и то основаніе, что въ Юстиніановомъ правѣ тщательная разработка понятія даренія въ ученіи о дареніяхъ между супругами указываетъ на молчаливое распространеніе выработанныхъ здѣсь правилъ на другія даренія, относительно которыхъ понятіе дара почти вовсе незатронуто. Это основаніе въ данномъ случаѣ не имѣетъ вѣса потому, что въ дигесты вкралось два мѣста юристовъ, допускающихъ *actio ad exhibendum* и *legis Aquiliae* даже при дареніяхъ между супругами¹. Хотя на основаніи этихъ мѣстъ и нельзя утверждать, что право сенатусконсульта 206 года не дѣйствовало при Юстиніанѣ, но можно сказать почти навѣрное, что этихъ двухъ мѣстъ не было бы въ дигестахъ, если бы въ то время право сенатусконсульта отнесено было ко всѣмъ дареніямъ. Мы не можемъ обвинять составителей дигестъ въ такомъ промахѣ, какъ внесеніе въ законодательный сборникъ такихъ двухъ мѣстъ, которыя становятся въ прямое противорѣчіе съ тогдашними юридическими воззрѣніями на даренія.

¹ L. 14 D. ad exhib. (10,4), L. 37 D. de don. int vir., юристовъ, жившихъ до сенатусконсульта 206 г.— Помпонія и Юліана.

Во всякомъ случаѣ на основаніи этого факта мы считаемъ себя въ правѣ предположить, что при Юстиніанѣ вопросъ о распространеніи сенатусконсульта на всѣ даренія былъ вопросомъ открытымъ и окончательно не разрѣшеннымъ. Самъ Савини какъ бы сознается въ слабости своихъ аргументовъ, высказывая ту мысль, что положенія, установленныя сенатусконсультомъ, хотя имѣютъ за себя и внутреннія основанія, которыя были небезызвѣстны древнимъ юристамъ, тѣмъ не менѣе едва ли бы получили силу и общее признаніе безъ положительнаго закона ¹.

Трудно согласиться и съ тѣмъ обобщеніемъ, которое дѣлаетъ Савини относительно значенія обмѣна подаренной вещи или права. Мы не имѣемъ никакихъ доказательствъ существованія этого обобщенія, а между тѣмъ оно является крайне непрактичнымъ. Для того, чтобы опредѣлить насколько вслѣдствіе даренія одаренный еще богаче въ моментъ предьявленія иска о возвратѣ дарѣ, должно прослѣдить цѣлый рядъ обмѣновъ, что влечетъ за собою значительныя неудобства. Здравый смыслъ подсказывалъ это и римскимъ юристамъ: нѣкоторые изъ нихъ думали, что по крайней мѣрѣ со вторичнымъ обмѣномъ одаренный супругъ предполагается развѣ навсегда обогатившимся ². Поэтому скорѣе можно согласиться съ мнѣніемъ Мейерфельда, что общимъ правиломъ была безусловная отвѣтственность одареннаго въ случаѣ отчужденія дара, и что изъ этого правила сдѣлано исключеніе для дареній между супругами ³.

¹ System, стр. 69 въ нач.

² L. 29 pr. de donat int. vir.

³ Meyerfeld, I, стр. 11. Arg. L. 18 D. quod metus, и L. 3 § 7. 8 D. de in rem verso (15,3).

Ученіе римскаго права о продолжающемся обогащеніи, какъ условіи даренія, вошло почти во все новыя законодательства. Они говорятъ о немъ главнымъ образомъ по поводу возвращенія дара вслѣдствіе неблагодарности. Германскія законодательства высказываются однако слишкомъ обще и потому или не даютъ точнаго отвѣта на частныя, представляющіеся здѣсь вопросы, или же въ рукахъ современныхъ юристовъ толкуются въ томъ смыслѣ какъ рѣшаетъ относительно римскаго права Савиньи, очевидно подъ вліяніемъ его авторитета. Одинъ изъ древнѣйшихъ германскихъ кодексовъ, баварскій, постановляетъ на этотъ случай слѣдующее: *Hat Widerrufung nur soweit Statt, als die geschenkte Sach noch bei Donatario oder dessen Erben wirklich vorhanden ist, folglich gehet solche auf verzehrt oder bonâ fide veräußerte Sachen nicht mehr* (III, 8 § 15). Составитель и комментаторъ этого кодекса Крейтмайръ (ad l. c.) ссылается на L. 7 C. de revoc. donat., какъ на источникъ этого постановленія. Но цитируемое постановленіе Юстиніанова кодекса говоритъ только о реальномъ дѣйствиіи иска о возвращеніи дара, указываетъ на то только обстоятельство, что все сдѣланныя до предъявленія иска о возвращеніи дара отчужденія остаются въ силѣ¹. Такимъ образомъ баварскій кодексъ не даетъ отвѣта на главные интересующіе насъ вопросы. Нѣсколько полнѣе прусское земское право, именно оно постановляетъ, что одаренный и его наслѣдники обязаны къ возвращенію дара лишь настолько, насколько подаренная вещь или вырученная за нее цѣна будутъ на лицѣ въ имуществѣ перваго или оставленномъ имъ наслѣдствѣ во время обратнаго требованія дара (I, 11 § 1165). „Бѣднѣе вслѣдствіе даренія“, замѣчаетъ

¹ Savigny, стр. 76 n. m.

Кохъ ¹, „одаренный сдѣлаться не можетъ, потому если онъ даръ подарить кому либо другому, теряетъ или проиграетъ до требованія возврата, то это не можетъ быть поставлено ему въ вину“. Австрійскій кодексъ признаетъ право требовать возврата вещи лишь настолько, насколько у одареннаго осталось что либо отъ дара „in Natur oder Werthe“. (§§ 947, 949, 952). Дальнѣйшее дареніе, растрата и даже намѣренное уничтоженіе, по мнѣнію юристовъ, освобождаютъ одареннаго отъ возвращенія дара ². Саксонское законодательство искъ о возвратѣ дара предписываетъ обсуждать такъ же, какъ искъ о возвратѣ недолжнаго (condictio indebiti). Искъ же этотъ имѣетъ мѣсто лишь настолько, насколько получившій недолжное имѣетъ еще что либо отъ него; если же полученные вещи отчуждены или потреблены, то насколько онъ вслѣдствіе того обогащенъ ко времени требованія возврата (§§ 1062, 1527). Хотя точный смыслъ этихъ положеній даетъ право сдѣлать изъ нихъ тѣ же выводы, какіе дѣлаются изъ статей австрійскаго закона, тѣмъ не менѣе саксонскіе юристы допускаютъ одно исключеніе, именно, если будутъ подарены деньги, то одаренный считается разъ навсегда обогащеннымъ ³. Отсюда, какъ кажется, мы можемъ сдѣлать дальнѣйшій выводъ, что одаренный считается навсегда обогащеннымъ и въ томъ случаѣ, когда подаренная вещь будетъ отчуждена за деньги.

Что касается до французскаго права, то до изданія Наполеонова кодекса французскіе юристы были между собою

¹ Commentar, I, стр. 960 п. 20.—Recht der Forderungen, III.

² Unger, II, стр. 215 и слѣд.—Kirchstetter, стр. 430 и слѣд. Унгеръ цитируетъ Савиньи. Близкое къ прусскому и австрійскому законодательству положеніе даютъ остзейскіе гражданскіе законы, с. 4485.

³ Siebenhaar, стр. 725.

несогласны и въ своихъ рѣшеніяхъ вращаются около толкованія L. 7 C. de revocand. donat., и именно слѣдующей фразы этого закона: *quidquid is ex donationis titulo tenet, eo die cogatur reddere*. Одни юристы понимаютъ это мѣсто такъ, что неблагодарный долженъ возвратить все, что у него осталось отъ даренія непосредственно и посредствомъ (посредствомъ обмѣна и под.). Другіе же юристы говорятъ, что то, что получено путемъ обмѣна, не находится въ имуществѣ одареннаго *ex titulo donationis*, поэтому возврату не подлежитъ. Законъ, говорятъ они, хочетъ, чтобы только то, что дано какъ залогъ дружбы и привязанности, не оставалось въ рукахъ у лица недостойнаго. Къ этому взгляду присоединяется и Потье, который дѣлаетъ исключеніе для однихъ потребляемыхъ вещей и въ особенности для денегъ. Въ деньгахъ, говоритъ Потье, мы видимъ главнымъ образомъ извѣстную цѣнность, поэтому, если подарены деньги, то даръ считается существующимъ въ нашемъ имуществѣ какъ скоро въ послѣднемъ остается приращеніе въ цѣнѣ вслѣдствіе дара. Это приращеніе и можетъ быть вытребовано дарителемъ¹. Такимъ образомъ римскій принципъ о значеніи обогащенія для требованія возврата дара допущенъ Потье только какъ исключеніе. Этому взгляду Потье, основанному на неправильномъ пониманіи цитированнаго мѣста римскаго права, не послѣдовалъ кодексъ Наполеона. Кодексъ (с. 958) постановляетъ, что если подаренное имущество будетъ отчуждено, то въ случаѣ возвращенія дара, одаренный присуждается къ возстановленію *цѣнности* отчужденныхъ предметовъ, принимая во вниманіе время иска. Изъ этой статьи мы можемъ заключить, что предметомъ права дарителя на случай отчужденія дара является цѣнность отчужденнаго

¹ Pothier, Oeuvres VIII, стр. 417 и слѣд.

имущества во время предъявленія иска о возвратѣ дара. Принципъ, заключающійся въ этой статьѣ кодекса, по мнѣнію французскихъ юристовъ слѣдующій: даритель долженъ быть поставленъ въ такое положеніе, какъ бы подаренное вовсе не выходило изъ его имущества, какъ бы онъ продолжалъ владѣть даромъ (кроме плодовъ) ¹. Совершенно подобный указанному нами принципъ существуетъ въ кодексахъ и относительно зачета въ наслѣдственную долю дареній, сдѣланныхъ оставителемъ при жизни наслѣднику. Какъ при обратномъ требованіи дара, такъ и здѣсь на первомъ мѣстѣ стоитъ *цѣнность* (valeur) имущества въ моментъ иска о возвратѣ или въ моментъ открытія наслѣдства; въ обоихъ случаяхъ владѣльцы отвѣчаютъ за плоды и доходы съ имѣнія только съ указанныхъ выше моментовъ. Относительно зачета дареній кодексъ даетъ впрочемъ болѣе обстоятельныя положенія, чѣмъ относительно возврата дара, но сходство принциповъ даетъ французскимъ юристамъ возможность положенія кодекса о зачетѣ прилагать къ возврату дара. Руководствуясь подобной аналогіей французскіе юристы приходятъ къ слѣдующимъ выводамъ. 1) Если подаренное имущество погибло въ рукахъ одареннаго или въ рукахъ новаго пріобрѣтателя, до вчиненія иска о возвратѣ дара, одаренный не отвѣчаетъ передъ дарителемъ ни въ какомъ случаѣ. 2) Всѣ случайныя улучшения или ухудшенія, которыя понесетъ подаренная вещь идутъ въ пользу или во вредъ дарителю. 3) Если улучшение или ухудшеніе вещи, увеличеніе или уменьшеніе ея цѣнности произошли вслѣдствіе дѣйствій одареннаго или его преемниковъ,

¹ Этотъ принципъ прилагается само собою разумѣется и къ тому случаю, когда подаренное имущество находится еще на лицѣ у одареннаго, хотя кодексъ прямо объ этомъ ничего и не говоритъ.

то въ первомъ случаѣ даритель, во второмъ одаренный обязанъ къ соотвѣтственному вознагражденію. 4) Если подаренная вещь отчуждена, то кодексъ не дѣлаетъ различія между возмездными и безвозмездными отчужденіями: одаренный отвѣчаетъ въ обоихъ случаяхъ¹. 5) Относительно движимыхъ вещей, по аналогіи съ положеніями кодекса о зачетѣ, слѣдовало бы принять, что при дарѣ движимыхъ вещей считается подаренною стоимость ихъ во время совершенія дара², но кодексъ въ концѣ 958 статьи не различаетъ движимыхъ и недвижимыхъ вещей, поэтому правило для всѣхъ вещей въ случаѣ ихъ отчужденія одно: возвращеніе цѣнности, которую они имѣютъ въ моментъ вчиненія иска о возвратѣ³.

Относясь критически къ постановленіямъ французскаго права, мы не можемъ не замѣтить его преимущества передъ германскими законодательствами. Такъ въ случаѣ обмѣна имущества предметомъ дара считается уже цѣнность подареннаго имущества, не новая, пріобрѣтенная вмѣсто подаренной вещь. Далѣе французское право совершенно справедливо не различаетъ между возмезднымъ и безмезднымъ отчужденіемъ дара, а также возлагаетъ на одареннаго отвѣтственность за происшедшее по его винѣ ухудшеніе подареннаго имущества. Французскіе юристы совершенно вѣрно думаютъ, что положеніе дарителя не можетъ быть ухудшено произвольными дѣйствіями одареннаго. Если противъ этого можно возразить, что одаренный дѣйствуетъ до требованія возврата дара, какъ соб-

¹ Противъ этого *Цазаріэ*, § 708 п. 13, но его мнѣніе отвергнуто позднѣйшими писателями.

Эта стоимость по французскому праву опредѣляется всегда въ актѣ даренія.

³ Code civ. а. 855 и слѣд.—*Trop long*, I № 1344—1347. *Demolombe*, III № 706 и слѣд.—*Laurent*, XIII, стр. 49 и слѣд.

ственникъ, а потому не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за свои дѣйствія относительно подареннаго имущества, то съ другой стороны должно принять во вниманіе и то, что сдѣланный даръ налагаетъ на одареннаго обязанность быть благодарнымъ и почтительнымъ въ отношеніи къ дарителю. Эта обязанность должна быть строго соблюдаема въ интересахъ нравственности, а потому нарушеніе ея законъ можетъ преслѣдовать различными наказаніями. Какъ на наказаніе мы можемъ смотрѣть и на отвѣтственность одареннаго за всякій вредъ происшедшій для подаренной вещи отъ его дѣйствія. Таковъ взглядъ и французскихъ юристовъ ¹.

За свѣтлыми сторонами принципа французскаго права стоитъ однако и темная. Принципъ, что предметомъ права дарителя въ случаѣ отчужденія вещи является цѣнность ея, можетъ быть признанъ вѣрнымъ, но сопряжено съ большими неудобствами то обстоятельство, что цѣнность эта должна быть опредѣлена во времени предъявленія иска о возвратѣ дара. Вслѣдствіе этого для опредѣленія цѣнности отчужденнаго дара должно прослѣдить улучшеніе и ухудшеніе вещи въ рукахъ третьихъ лицъ, и при каждомъ измѣненіи въ цѣнѣ вещи должно опредѣлить причины, по которымъ оно произошло, произошло ли оно отъ случая, или отъ дѣйствій пріобрѣтателя. Далѣе весьма страннымъ представляется намъ то положеніе, что ухудшеніе или гибель вещи отъ случая послѣ отчужденія ея одареннымъ соразмѣрно освобождаетъ послѣдняго отъ возвращенія дара и наоборотъ всякое случайное увеличеніе цѣнности дара въ рукахъ пріобрѣтателя увеличиваетъ отвѣтственность одареннаго. Несомнѣнно, что возвращеніе дара за неблагодарность имѣетъ характеръ наказанія, но цѣль законодателя

¹ Laurent. XIII, стр. 51.

представляется намъ несогласною съ существомъ даренія, если за неблагодарность законъ грозитъ одаренному не только потерю дара, но и уменьшеніемъ его собственнаго имущества. Одаренный ни въ какомъ случаѣ не долженъ потерпѣть вслѣдствіе дара уменьшенія собственнаго имущества, въ противномъ случаѣ дареніе было бы договоромъ не вполне безмезднымъ, такъ какъ тогда одаренный принималъ бы на себя при заключеніи дара извѣстную имущественную отвѣтственность, кромѣ обязанности возратить даръ въ случаѣ неблагодарности, обязанности, условливаемой существомъ дара. Если одаренный отвѣчаетъ за ухудшеніе подареннаго имущества, послѣдовавшее по его винѣ, то это еще понятно; понятна была бы отвѣтственность и при случайномъ улучшеніи дара въ рукахъ пріобрѣтателя, если бы одаренный принялъ на себя обязанность не отчуждать подареннаго имущества, между тѣмъ ему это не только не запрещено, но всё подобныя отчужденія законъ прямо считаетъ дѣйствительными. Съ другой стороны, если возвращеніе дара французскіе юристы считаютъ наказаніемъ одареннаго, то какъ объяснить то обстоятельство, что случайная гибель дара у пріобрѣтателя освобождаетъ одареннаго отъ всякой отвѣтственности передъ дарителемъ? Одаренный совершилъ такое дѣйствіе, которое разрушаетъ дареніе, онъ дѣлается недостойнымъ благодѣяній дарителя, а между тѣмъ продолжаетъ ими пользоваться, такъ какъ цѣна дара, полученная имъ при отчужденіи, остается въ его имуществѣ. Такимъ образомъ французское право въ случаѣ обмѣна дара¹ пришло къ такой же крайности, какъ и римское. Если рим-

¹ Я говорю объ обмѣнѣ дара потому, что дареніе подареннаго имущества третьему лицу есть единственный случай, когда еще можно сомнѣваться въ невѣрности принципа французскаго права.

ское право для опредѣленія того, что должно быть возвращено дарителю, слѣдить за вещами, приобретаемыми вмѣсто дара, въ имуществѣ одареннаго, то французское слѣдить за самымъ даромъ въ рукахъ новыхъ его приобретателей.

Несравненно цѣлесообразнѣе представляются намъ положенія о подлежащемъ возврату дарѣ, которыя мы должны принять по нашему праву. По нашему праву одаренный въ случаѣ неблагодарности, до проявленія ея, по отношенію къ возвращенію дара долженъ разсматриваться, какъ добросовѣстный владѣлецъ. Намъ возразятъ, что одаренный до неблагодарности не только добросовѣстный владѣлецъ, но и собственникъ. Но мы отказываемся понять различіе въ отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца и собственника, право котораго въ извѣстныхъ случаяхъ можетъ возвратиться къ другому лицу. И тотъ и другой дѣйствуютъ съ сознаниемъ своего права и одинаково мало думаютъ о томъ, что они могутъ быть лишены этого права, и тотъ и другой съ того момента, какъ узнаютъ о правѣ другаго лица на находящееся у нихъ имущество, считаются владѣльцами недобросовѣстными. Поэтому объемъ, въ которомъ долженъ быть возвращенъ даръ, мы можемъ опредѣлить согласно съ положеніями нашего закона объ обязанностяхъ добросовѣстнаго владѣльца. Съ такимъ взглядомъ на одареннаго кажется несогласна с. 609 нашихъ гражданскихъ законовъ, которая постановляетъ одинаково какъ относительно добросовѣстныхъ, такъ и относительно недобросовѣстныхъ владѣльцевъ, что они обязаны не только возвратить имущество настоящему хозяину, но и вознаградить его за неправо владѣніе. Владѣніе одареннаго до неблагодарности во всякомъ случаѣ есть владѣніе правое, поэтому рѣчи о вознагражденіи за него быть не можетъ. Но просматривая статьи 610—643, къ которымъ отсылаетъ с. 609. мы за-

мѣчаемъ, что вопреки ея словамъ добросовѣстный владѣлецъ не подвергается никакой отвѣтственности за свое владѣніе. Поэтому съ полнымъ правомъ мы можемъ разсматривать одареннаго, какъ добросовѣтнаго владѣльца. Какъ таковой одаренный въ случаѣ неблагодарности обязанъ

1) Возвратить подаренное имущество, если оно у него еще въ рукахъ. При этомъ онъ не отвѣчаетъ за ухудшеніе этого имущества, происшедшее отъ случая или даже отъ его нерадѣнія. Онъ обязанъ вознаградить дарителя только за всякое произвольное въ имуществѣ истребленіе или поврежденіе, уменьшающее цѣну онаго, то есть намѣренное истребленіе того, что составляетъ существо имѣнія, сдѣланное изъ выгодъ (продажа лѣса) или изъ каприза, такъ какъ законъ не желаетъ принимать сторону неразумныхъ хозяевъ. Съ другой стороны за всѣ улучшения, насколько они есть еще на лицѣ, а также за необходимыя издержки, предохранившія подаренное имущество отъ гибели и поврежденія, одаренный можетъ требовать съ дарителя вознагражденія ¹.

2) Въ случаѣ отчужденія подареннаго имущества или части его, или чего либо изъ его существа (напр. лѣса), а также въ случаѣ залога одаренный обязанъ вознаградить дарителя. Статья 974, постановляющая о возвращеніи дара вслѣдствіе неблагодарности, говоритъ о возвращеніи *подареннаго*. Указаніе, изъ котораго она взята, говоритъ о возвращеніи подареннаго имущества все равно, будетъ ли оно въ рукахъ одареннаго или будетъ имъ продано, заложено или безмездно отчуждено ². Покупатели и залогодатели должны искать

¹ С. 609,626,628—634,640.—С. 974.

² Боярскій приговоръ 14 февраля 1679 года (Полю. Сбор. № 749):...
гѣ люди тѣми ихъ вотчинами владѣють, и ихъ не поятъ и не кормятъ и

своихъ денегъ съ продавцевъ и заложившихъ, а самые акты отчужденія и залога считаются ничтожными. Подобный порядокъ въ настоящее время уже не будетъ согласенъ съ духомъ законодательства. Кромѣ возвращенія дара отъ одареннаго за неблагодарность наше право знаетъ еще возвращеніе дара къ выгодѣ кредиторовъ одареннаго. Разбирая этотъ случай возвращенія дара, наше право и постановляетъ, что если имущество, безмездно переданное несостоятельнымъ супругомъ другому въ послѣдніе десять лѣтъ передъ открытіемъ несостоятельности, будетъ подарено самъ послѣднимъ, или же продано, или заложено кому либо другому, то совершенные на такое имѣніе акты остаются ненарушимыми и сдѣлки остаются въ своей силѣ безповоротно ¹. Въ замѣнъ того получившій даръ супругъ, если остальнымъ имуществомъ несостоятельнаго не будутъ покрыты состоящіе на послѣднемъ долги, обязанъ внести на пополненіе недостатка, изъ собственнаго имѣнія своего, сумму денегъ, равную цѣнѣ полученнаго имъ отъ несостоятельнаго и проданнаго, или переданнаго другому имущества, или же сумму, полученную при отдачѣ онаго въ залогъ (с. 1934 и прим. къ ней Устава Торговаго). Это положеніе нашего закона можетъ быть приложено и къ возврату дара за неблагодарность. Близость между этими видами

не почитаютъ и всякія имъ безчестія чинятъ и иныя тѣ ихъ вотчины, не проча себѣ, продаютъ и закладываютъ и разоряютъ: и такія вотчины тѣмъ людямъ, которые поступились и сдавали безденежно.... отдавать имъ по прежнему, а буде тѣ вотчины, тѣ люди, кому продали и заложили, и деньги по купчимъ указывать на тѣхъ людей, кто тѣ вотчины продалъ и заложилъ, а буде ихъ не стало, на женахъ ихъ и на дѣтяхъ ихъ и кто въ животахъ ихъ будетъ.

¹ Что таковъ общій принципъ нашего права, доказываетъ и с. 1301:

возвращенія дара видна уже изъ того, что требованіе дарителя въ обоихъ случаяхъ не имѣеть мѣста противъ наследниковъ одаренныхъ. Мы тѣмъ болѣе въ правѣ отнести положенія о возвращеніи дара въ случаѣ несостоятельности къ возвращенію его за неблагодарность одареннаго, что въ такомъ случаѣ положеніе одареннаго будетъ опять такое же, какъ положеніе добросовѣстнаго владѣльца. Нашъ законъ постановляетъ, что добросовѣстный владѣлецъ обязанъ уплатить за все переданное, подаренное и проданное изъ существа имущества по оцѣнкѣ или по добровольному соглашенію съ законнымъ владѣльцемъ¹. Такимъ образомъ одаренный, отчуждившій сдѣланный ему даръ, отвѣчаетъ дарителю въ размѣрѣ стоимости дара. Стоимость эта должна опредѣляться по времени отчужденія (срав. с. 1301), а за всякое намѣренное поврежденіе имущества до этого времени одаренный отвѣчаетъ, какъ добросовѣстный владѣлецъ.

Если имущество будетъ продано или заложено наследниками по закону до открытія спора (на основаніи завѣщанія), то продажа сія и залогъ, *яко учиненные на имѣніе свободное и безспорное*, суть дѣйствительны даже и въ томъ случаѣ, когда домашнее завѣщаніе будетъ признано и утверждено законнымъ порядкомъ..., но полученныя по купчей или закладной деньги взыскиваются безъ процентовъ въ пользу того, кому по завѣщанію имѣніе будетъ присуждено.

¹ С. 634 говоритъ это только относительно лѣса, но говоритъ въ видѣ примѣра, вывода правила о лѣсѣ изъ общей ответственности добросовѣстнаго владѣльца за всякое произвольное истребленіе или поврежденіе существа вещи. Продажа и дареніе лѣса разсматриваются такимъ образомъ, какъ поврежденіе существа имущества. Объ отчужденіи всего имущества нашъ законъ въ положеніяхъ о добросовѣстномъ владѣніи конечно не говорить, потому что въ этомъ случаѣ по общему правилу не возникаетъ прямыхъ отношеній между собственникомъ и бывшимъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ вещи. О залогѣ говоритъ с. 635.

Такимъ образомъ принципъ нашего права тотъ, что одаренный, пока даръ въ его рукахъ, отвѣчаетъ дарителю какъ добросовѣтный владѣлецъ, а въ случаѣ отчужденія дара обязанъ возратить дарителю полученную отъ пріобрѣтателя цѣну или стоимость отчужденнаго по оцѣнкѣ (при безмездномъ отчужденіи). Этимъ избѣгаются невыгоды французскаго принципа и принимается строгое римское понятіе обогащенія, которое измѣнено лишь въ томъ отношеніи, что одаренный отвѣчаетъ за всякое намѣренное ухудшеніе подареннаго имущества.

4. НАМѢРЕНІЕ ОДАРИТЬ.

I. Обогащеніе одного лица, соединенное съ уменьшеніемъ имущества другаго, тогда только будетъ дареніемъ, когда это другое лицо дѣйствуетъ съ прямымъ намѣреніемъ обогатить первое. Это намѣреніе, составляющее необходимое условіе каждаго даренія, называютъ *animus donandi*, намѣреніе одарить. Существенность его признана была уже въ римскомъ правѣ. *Dat aliquis*, говорятъ римскіе юристы, ... *propter nullam aliam causam... quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur*¹. Это условіе даренія принято и по всѣмъ новымъ законодательствамъ, хотя въ большинствѣ изъ нихъ въ опредѣленіи даренія прямо и

¹ L. 1 pr. D. de donat. — L. 1 § 1. D. eod. — L. 82 D. de reg. jura Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. Последнее выраженіе однако не точно, потому что оно можетъ относиться и къ другимъ сдѣлкамъ, кромѣ даренія, напр. къ отдачѣ въ заемъ, ссуду и т. д.

не выражено¹. Наше право, какъ мы видѣли, вовсе не даетъ опредѣленія даренія, а потому мы не можемъ ждать отъ него указанія на намѣреніе одарить, какъ на одно изъ условій даренія. Тѣмъ не менѣе мы не можемъ и отрицать этого условія даренія по нашему закону, и это условіе, не смотря на молчаніе закона, признается какъ существенный признакъ даренія нашими учеными². Мѣстные остзейскіе законы опредѣляютъ дареніе, какъ юридическую сдѣлку, въ силу которой одно лице, *по щедрости*, предоставляетъ другому безвозмездно извѣстное имущество (с. 4464).

II. Намѣреніе одарить есть сознательное уменьшеніе своего имущества съ прямою цѣлью обогатить другое лице изъ благорасположенія, по щедрости. Поэтому не будетъ даренія въ слѣдующихъ случаяхъ:

1. Когда у лица, обогащающаго другое лице нѣтъ сознанія о томъ, что оно уменьшаетъ свое имущество и тѣмъ обо-

¹ Прямое указаніе на намѣреніе одарить мы находимъ въ Codex Maximilianus, III, 8 §§ 1, 4, 5. Въ послѣднемъ § употреблено и выраженіе *animus donandi*. Далѣе мы находимъ указаніе въ проэктахъ гессенскомъ („aus Freigebigkeit“ а. 94) и баварскомъ („ohne rechtliche Verpflichtung и freigebiger Absicht“, а. 91), и наконецъ въ саксонскомъ законодательствѣ (§ 1049: aus Freigebigkeit).—Въ прусскомъ и австрійскомъ кодексахъ подобнаго указанія нѣтъ, но это не мѣшаетъ юристамъ считать *animus donandi* необходимымъ условіемъ даренія, Koch, Recht der Forderungen, III; Unger, II, стр. 194.—Тоже должно сказать и о французскомъ кодексахъ. Въ опредѣленіи, которое давалъ даренію Потье, говорится, что одно лице даетъ другому вещь *par libéralité*, но кодексъ, принявъ во всемъ остальномъ опредѣленіе Потье, слова «*par libéralité*» выпустилъ. Вслѣдствіе этого въ опредѣленіи даренія кодексомъ является пробѣлъ, который охуждается самими французскими юристами, Grenier, стр. 272, n. a., Troplong I, № 51. Пробѣлъ въ опредѣленіи даренія по французскому кодексу пополненъ въ итальянскомъ, который называетъ дареніе «un atto di spontanea liberalità», с. 1050.

Meiser, § 36.—Поблдоносцевъ, Вѣтчинныя права § 46.

гащаетъ это другое лицо, напр. когда кто либо дѣлаетъ уплату, ошибочно считая себя обязаннымъ къ ней, или отчуждаетъ вещь за слишкомъ дешевую цѣну, не зная ея настоящей цѣны ¹.

2. Когда кто либо сознательно дѣлается бѣднѣе и тѣмъ обогащаетъ другаго, но не имѣя этого намѣренія, напр. когда кто либо продаетъ вещь дешевле или покупаетъ дороже, чѣмъ она стоитъ, если онъ дѣлаетъ это не изъ чувства благодарности къ другому контрагенту, а потому, что его къ этому вынуждаютъ обстоятельства. Не будетъ даренія и тогда, когда лицо прекращаетъ процессъ мировой сдѣлкой, уменьшая свои требованія, или когда кредиторы вступаютъ съ несостоятельнымъ въ сдѣлку, отрекаясь отъ части своихъ правъ. Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ лицо теряетъ часть своихъ имущественныхъ правъ въ пользу другаго лица не изъ желанія сдѣлать ему благодареніе, а изъ желанія отклонить отъ себя неприятности процесса или получить хотя меньше, чѣмъ слѣдуетъ, но за то болѣе вѣрнымъ и легкимъ способомъ. Такимъ образомъ основаніе мировой сдѣлки не щедрость, а собственное удобство; не *animus donandi*, а, какъ говорятъ римскіе юристы, *hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse* ².

3. Не будетъ даренія въ тѣсномъ смыслѣ и тогда, когда одно лицо, сознательно обогащая другаго, дѣйствуетъ такъ по чувству долга, по обязанности. Въ этомъ смыслѣ вѣрно римское выраженіе: *donari videtur, quod nullo jure cogente con-*

¹ Savigny, стр. 78, 79.

² L. 65 § 1 D. de cond. ind. (12, 6).—L. 1 D. de transact. (2, 15).—Savigny, стр. 81.—Unger, стр. 195. Прусское и австрийское законодательство не считаютъ за дареніе отреченіе отъ сомнительнаго права (A. L. R. I, 11 § 1039, O. G. B. § 939).

ceditur. Такимъ образомъ даренія по обязанности не можетъ быть. Но что должно разумѣть подъ обязанностью, это рѣшается различно.

Прежде всего подъ обязанностью мы можемъ разумѣть такую, которая возлагается на лице закономъ, *jure cogente*. Здѣсь все равно можно ли вынудить исполненіе этой обязанности искомъ или нѣтъ. Такъ по римскому праву то, что мужъ употребляетъ на содержаніе жены, а также, что жена употребляетъ для домашняго хозяйства, дареніемъ не считается¹. Далѣе не считается дареніемъ исполненіе естественнаго обязательства — *naturalis obligatio, naturale debitum*, такого обязательства, въ защиту котораго не дается иска. Таково на примѣръ обязательство, заключенное малолѣтнимъ безъ участія опекуна². Новыя законодательства также не считаютъ дареніемъ исполненіе обязательства, существующаго по закону³. Тоже самое мы должны сказать о нашемъ правѣ.

¹ L. 28 § 2, L. 31 § 1, L. 18 D. h. t

² L. 19 § 4 D. de donat.: Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. Idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debuerit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat.

³ Срав. A. L. R. I, 11 § 1046; Koch Commentar, I стр. 918 н. 13 въ к. — Oest. G. B. § 940, 941, Unger, II, стр. 221. Sächs. B. G. B. § 1064. Гессенскій проэктъ а. 96. Баварскій проэктъ въ самое опредѣленіе даренія вноситъ выраженіе «ohne rechtliche Verpflichtung». Французскій кодексъ прямо не высказывается, но юристы единогласно не считаютъ дареніемъ исполненіе законной обязанности. Демоломбъ говоритъ, что исполнить обязанность значить не *подарить*, а *уплатить*, и доказательствомъ приводитъ а. 1023 Code civ.: Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages. Тоже самое большинство юристовъ утверждаетъ и относительно естественныхъ обязательствъ, такъ какъ, хотя изъ этихъ обязательствъ не вытекаетъ иска, но разъ признанныя они дѣлаются строго гражданскими въ томъ смыслѣ, что всякая уплата по такимъ обязательствамъ не можетъ быть вѣндована обратно, какъ бы она была сдѣлана по искомому обяза-

Исполненіе обязанности у насъ никто не назоветъ даромъ. Должно только замѣтить, что естественныхъ обязательствъ въ техническомъ смыслѣ этого слова нашъ законъ не знаетъ, а потому даромъ ни въ какомъ случаѣ не считается исполненіе однихъ обязанностей, возлагаемыхъ закономъ.

Понятіе обязанности, исключяющей дареніе, какъ въ римскомъ правѣ, такъ и въ позднѣйшее время старались распространить, и подъ обязанностью этого рода стали разумѣть и чисто нравственную. Но когда именно исполненіе нравственной обязанности не влечетъ за собою даренія, относительно этого ни одно изъ законодательствъ не даетъ общаго правила. Напротивъ того многія законодательства прямо признають дареніями сдѣлки, поводомъ къ которымъ было сознаніе только нравственной обязанности. Однако мы ошибемся, если и въ этихъ законодательствахъ признаемъ безусловно, что указанное правило не допускаетъ исключеній. Вообще тѣ случаи, когда сдѣлка, совершенная во исполненіе нравственной обязанности, не считается дареніемъ, выработаны и выдвинуты по преимуществу учеными юристами и судебной практикой.

Римское право о сдѣлкахъ, указанныхъ выше, говоритъ: *etsi honeste, ex liberalitate tamen fit*,¹ но затѣмъ оно до-

тельству. Къ неискковымъ обязательствамъ причисляють обязательства, по гашенныя давностью, заключенныя малолѣтнимъ безъ опекуна, замужнею женщиной безъ согласія мужа и т. д. Приведенное выше мнѣніе юристовъ нашло себѣ признаніе и въ судебной практикѣ. Demolombe, III, № 36, 37; Troplong, I № 1074, Pothier, № 86 и слѣд. Относительно естественныхъ обязательствъ иного мнѣнія Laurent, XII стр. 436 и слѣд. Съ его доводами однако согласиться нельзя. Даже римское положеніе *donati videtur* etc. онъ переводитъ такъ: «il y a donation quand on donne ce que l'on ne peut pas être forcé à donner», разумѣя подъ вынужденіемъ вынужденіе искомъ, а не сознаніемъ права, что противорѣчитъ цитированнымъ выше мѣстамъ римскихъ источниковъ.

¹ L. 12 § 3 D. de adm. tut. (26,7). Liberalitas можно относить здѣсь и специально къ даренію.

пускаетъ дѣлѣй рядъ исключеній, когда мотивомъ даренія было не обогащеніе одаряемаго, а уваженіе, pietas, или состраданіе къ тому или другому лицу. Такъ не считается дареніемъ предоставленіе извѣстному лицу алиментовъ изъ чувства состраданія къ нему, по челоуѣколюбію, а также воспитаніе чужаго ребенка; ¹ далѣе — выдача наслѣдникомъ получителю отказа всего отказаннаго ему по завѣщанію, безъ вычета quarta Falcidia, изъ уваженія къ завѣщателю ² и т. п. Но существенное условіе, чтобы сдѣлка не разсматривалась какъ дареніе, во всѣхъ этихъ случаяхъ то, чтобы сознаніе нравственнаго долга заслоняло намѣреніе обогатить лице, заслоняло animus donandi; въ противномъ случаѣ сдѣлка можетъ быть чистымъ дареніемъ или negotiorum gestio ³.

Въ новое время со стороны юристовъ также были попытки разсматривать исполненіе нравственной обязанности какъ сдѣлку не дарственную въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, и для такихъ сдѣлокъ создали особый терминъ — donationes necessariae. Таковыми считались сдѣлки, поводомъ къ которымъ была humanitas, charitas, miserricordia, officium. Сюда относили — содержаніе и пропитаніе родственниковъ, предписываемое родственнымъ чувствомъ; милостыню, предписываемую положительнымъ божественнымъ правомъ и ученіемъ отцовъ церкви, и т. д. ⁴ Взглядъ юристовъ не нашель однако подтвержденія въ новыхъ германскихъ законодательствахъ, ко-

¹ L. 3 § 6, L. 32 § 16 D, de don. int. vir. (24,1); L. 27 § 1 D. de neg. gest. (3,5); L. 11, 15 C. eod. (2,19).

² L. 5. § 15 D. eod. — L. 19, 20 D. quae in fraud. (42,8), Относительно перваго мѣста срав. Savigny, стр. 84 п. г.

³ L. 34 D. de neg. gest (3,5), L. 11, 13, 15 C. eod. (2,19).

⁴ Kreytmaur, къ § 1 — 4 Баварскаго кодекса. — Leys er, spec. 434 m. 17 и 18.

торыя ни однимъ словомъ не даютъ намъ возможности признавать разсматриваемыя сдѣлки, какъ не дарственные. Прусское право прямо устанавливаетъ предположеніе даренія въ тѣхъ случаяхъ, когда есть основаніе думать, что дающимъ руководило сознаніе какой либо личной и общечеловѣческой обязанности.¹ Не говорить ничего о такого рода сдѣлкахъ и французское право, но французскіе юристы обязательства нравственныя (*obligations morales*) разсматриваютъ аналогично съ естественными (*obl. naturelles*). Правда вопросъ этотъ во французской юриспруденціи довольно споренъ, но дѣло въ томъ, что и изъ юристовъ, отрицающихъ аналогію между естественными и нравственными обязательствами, многіе не прилагаютъ къ послѣднимъ всѣхъ тѣхъ положеній, которыя кодексъ даетъ для дареній². Взглядъ этихъ юристовъ принять и судебной практикой. Такъ судебная практика признала за исполненіе нравственной обязанности, а потому освободила отъ формальностей даренія, слѣдующія сдѣлки: обязательство къ уплатѣ пожизненной пенсіи находящейся въ нищетѣ сестрѣ, даже незаконной; далѣе уплата, сдѣланная наследниками согласно съ словесно высказаннымъ желаніемъ оставителя; укрѣпленіе дѣтьми за матерью-вдовою доходовъ со всего имущества, полученнаго ими отъ отца, и т. д.³ Справедливость этихъ рѣшеній признаютъ даже юристы, отрицающіе всякое значеніе естественныхъ обязательствъ при дареніи, напр. Доранъ. Они оспариваютъ эти рѣшенія только съ юридической точки зрѣнія, но дѣло въ томъ,

¹ A. L. R. I, 11 § 1041 — 1045. — Срав. O. G. B. § 942.

² Demolombe, III, № 38 и слѣд. — Troplong, № 1075. — Рѣшительно другаго мнѣнія Laurent, № XII 355 и слѣд.

³ Gilbert, Code civ ann. стр. 409.

что все учение о естественныхъ и нравственныхъ обязательствахъ основано исключительно на справедливости. Этимъ объясняется и отсутствіе общихъ началъ въ этомъ ученіи, такъ что признаніе въ сдѣлкѣ исполненія естественной обязанности зависитъ главнымъ образомъ отъ особенностей каждаго частнаго случая и отъ усмотрѣнія судьи, которому приходится здѣсь руководствоваться почти единственно чувствомъ справедливости.

Наше право, какъ мы видѣли, не знаетъ естественныхъ обязательствъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, т. е. обязательствъ, дѣйствительность которыхъ признается закономъ, только въ защиту ихъ не дается иска. Но учение о естественныхъ обязательствахъ, какъ мы сейчасъ сказали, вызвано непосредственно чувствомъ справедливости, которое дало о себѣ знать и въ нашей судебной практикѣ. Наша практика старается восполнить указанный немаловажный пробѣлъ въ законодательствѣ и многія обязательства, которыя ни прямо, ни косвенно вынуждены быть не могутъ, считаетъ дѣйствительными, если исполненіе по нимъ послѣдуетъ добровольно; поэтому уплата такихъ обязательствъ, добровольная, по долгу чести, не считается дареніемъ. Такъ практика не считаетъ дареніемъ признаніе лицомъ долга, заключеннаго во время несовершеннолѣтія, безъ участія опекуна или попечителя¹ и уплату карточного долга или вообще проиграннаго въ какой либо игрѣ.² Не подлежитъ сомнѣнію, что въ первомъ случаѣ практика признаетъ дѣйствительнымъ и выданное въ погашеніе долга заемное письмо. Можно представить еще

¹ Рѣш. Кассац. Сен. 1867 г. № 247, 1868 № 371, 1869 № 8 и 848, 1871 г. № 795.

² Рѣш. Кассац. Сен. 1869 г. № 912.

другой примѣръ. Родители по с. 172 Гражд. зак. обязаны давать несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ пропитаніе, одежду и воспитаніе по своему состоянію. Смѣемъ думать, что если родители будутъ продолжать содержать дѣтей или вообще будутъ помогать имъ и по достиженіи совершеннолѣтія и вступленіи на службу, то этого никто не сочтетъ за дареніе. Известно, какъ трудно бываетъ иногда молодому человѣку найти занятіе съ вполне обеспечивающимъ его содержаніемъ, и въ этомъ случаѣ, помогая сыну, родители исполняютъ лежащую на нихъ нравственную обязанность. Не даромъ въ с. 1144—1146 и въ прим. къ с. 398, разъясняющихъ с. 1142, которою опредѣляется переходъ къ родителямъ отъ умершихъ дѣтей имущества, дошедшаго къ послѣднимъ отъ первыхъ въ видѣ дара, говорится о капиталахъ, полученныхъ дѣтьми отъ родителей, не просто о суммахъ денегъ въ различное время выданныхъ послѣдними. Такимъ образомъ, если наши законы и не знаютъ неисковыхъ обязательствъ, тѣмъ не менѣе нѣчто въ родѣ нихъ признается и не безъ основанія нашей судебной практикой: это обязательства нравственныя, основанныя на чувствѣ чести и долга.

Изъ сдѣлокъ, основанныхъ на сознаніи естественной или нравственной обязанности, мы остановимся еще на приданомъ. Приданое есть ли дареніе? По древнему римскому праву приданое считалось въ числѣ дареній и нерѣдко называется въ источникахъ *liberalitas* и *donatio*.¹ Но если подобныя выраженія остались въ юстиніановомъ правѣ, то ими обозначается приданое только какъ дареніе въ обширномъ смыслѣ этого слова. Юридическій характеръ и особенности приданого на-

¹ L. 9 § 1, L. 49 pr. D. de j. dot., L. 31 pr. C. eod., L. 7 C. de dot. prom., L. 20 pr. C. de donat. ante nupt.—Schilling, III стр. 821.

столько выяснились въ новомъ римскомъ правѣ, что уже по ученію классическихъ юристовъ приданое не можетъ быть разсматриваемо, какъ дареніе. Главные доводы въ пользу этого слѣдующіе: 1) Приданое приносимое женою не будетъ дареніемъ отъ жены мужу потому, что если юридически жена не обязана дать мужу приданое ¹, то нравственно обязана къ тому и предполагается, что мужъ беретъ жену, имѣя въ виду ея приданое ². Приданое не будетъ дареніемъ мужу потому, что оно дается для помощи мужу въ несеніи тяжестей брака, *oneris matrimonii*. Доходы съ приданого идутъ на содержаніе жены и общее хозяйство ³. 3) Со стороны восходящихъ родственниковъ, дающихъ приданое, послѣднее не будетъ также дареніемъ, такъ какъ эти родственники силою закона обязаны къ установленію приданого ⁴. 4) Приданое наконецъ не будетъ дареніемъ и тогда когда, оно устанавливается третьими лицами, потому что оно дается ими *ob causam*, для несенія тяжестей брака, слѣдовательно не вполне безвозмездно. ⁵ По этимъ соображеніямъ въ римскихъ источникахъ установленіе приданого разсматривается даже какъ возмездная сдѣлка, и какъ приданое, такъ и *donatio ante*

¹ L. 20 pr. C. de donat. ante nupt.: sine dote autem nuptiae possunt celebrari.

² «Pietatis causa», L. 32 § 2 D. de cond. indeb.—Non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset, L. 2 и L. 61 § 1 D. de j. dot., L. 5 § 5 D. de doli m. except.—Savigny, стр. 54.—Windscheid, § 492 п. 4.

³ L. 76 in f. D. de j. dot... nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.—L. 21 § 1 D. de don int. vir.: si uxor viro dotem promiserit et dotis usuras, sine dubio dicendum est, peti usuras posse, quia non est ista donatio quum pro oneribus matrimonii petantur.

⁴ Windscheid, § 493.

⁵ Срав. L. 19 § 5, 6 D. de donat.: Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem.—Denique Pegasus putabat, si tibi centum spondero hac conditione, si jurasses, te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est.

и *propter nuptias* противопоставляются чистому даренію,¹ и обсуждаются по инымъ правиламъ.²

Юристы прошлаго и предпрошлаго вѣковъ относятъ установленіе приданого къ *donationes necessariae*.³ По новымъ законодательствамъ приданое также разсматривается, какъ самостоятельная, совершенно отличная отъ даренія сдѣлка. Такъ австрійское законодательство видитъ въ установленіи приданого оневозную сдѣлку. „Подъ приданымъ“, говоритъ оно, „разумѣется то имущество, которое жена или постороннее лице передаютъ мужу для облегченія тяжестей, соединенныхъ съ брачнымъ союзомъ“ (§ 1218).⁴ Прусское право установленіе приданого какъ со стороны обязанныхъ къ тому лицъ, такъ и со стороны лицъ постороннихъ предписываетъ разсматривать, какъ возмездный договоръ, *lästiger Vertrag* (I, 11 § 1047 и 1048). При этомъ не требуется даже, чтобы во время установленія приданого лице, получающее его, было уже обручено или по крайней мѣрѣ сдѣлало выборъ.⁵ Но отъ приданого отличаются даренія сдѣланныя только по случаю брака, по чистой щедрости, не изъ желанія споспѣшествовать заключенію брака: такія даренія по прусскому

¹ L. 19 D. de O. et. A. (44,7): Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse.—L. 20 C. de donat. ante nupt. (5,3) и L. 20 § 1 C. de collat. (6,20).

² Срав. напр. L. 20 pr. C. de donat. ante nupt., L. 31 pr. C. de j. dot., L. 69 § 6 D. eod.—Schilling. стр. 822 въ к.

³ Leysen, sp. 434 n. 14—16.

⁴ Комментаторъ австрійскаго законодательства Кирхштеттеръ все таки думаетъ, что приданое есть дареніе, потому что всегда составляетъ обогащеніе для мужа, который и безъ приданого обязанъ содержать жену, во судебная практика отвергаетъ такой взглядъ. Kirchstetter, Comment. стр. 536 п. 3 а.

⁵ Koch, Kommentar, I стр. 920.

праву будутъ дареніями въ тѣсномъ смыслѣ этого слова (I. 11 § 1048).

Во французскомъ кодексѣ приданое представляется намъ также сдѣлкою совершенно отличною отъ даренія. Но замѣчательно, что многіе французскіе юристы, даже признающіе, что исполненіе естественной обязанности не составляетъ даренія, напр. Демоломбъ,¹ приданое хотятъ непременно разсматривать какъ даръ. Главный доводъ этихъ юристовъ состоитъ въ томъ, что установленіе приданого въ кодексѣ не разъ называется дареніемъ, а дареніе по кодексу есть техническій терминъ, подъ которымъ разумѣется особый контрактъ. Но затѣмъ тѣже юристы признаютъ, что установленіе приданого есть „donation à titre onereux.“ Кодексъ опредѣляетъ приданое какъ имущество, которое жена приноситъ мужу для облегченія тяжестей брака, а потому по его постановленіямъ общія положенія о дареніяхъ являются непримѣнимыми къ приданому.² Практической интересъ въ рѣшеніи этого вопроса во французскомъ правѣ состоитъ въ томъ, что для установленія приданого не предписано никакой особой формы, юристы же, подводя установленіе приданого подъ понятіе даренія, требуютъ здѣсь публичнаго акта. Пристрастность юристовъ къ подобному рѣшенію вопроса очевидна уже потому, что они не различаютъ установленія приданого родителями и посторонними лицами. Отецъ и мать по праву, дѣйствовавшему до кодекса, непосредственно по закону обязаны были дать приданое, поэтому послѣднее никакъ не могло считаться дареніемъ. Кодексъ не уничтожилъ этой обязанности, онъ только запретилъ дочерямъ требовать отъ

¹ III, № 43. Срав. Laurent, XII, № 356.

² Напр. о возвращеніи дара, отсутствіи обязательства очистки и т. д.

родителей приданого судомъ, слѣдовательно прежняя обязанность родителей осталась, правда, не какъ законная, но какъ нравственная и естественная. Вотъ почему причисленіе приданого къ дареніямъ со стороны такихъ юристовъ, какъ Демоломбъ, не находить никакого оправданія. Въ заключеніе должно замѣтить, что до изданія кодекса юриспруденція единогласно разсматривала установленіе приданого, какъ возмездный контрактъ, не имѣющій ничего общаго съ дареніемъ, и взглядъ старой юриспруденціи не переставалъ и не перестаетъ высказываться въ новой судебной практикѣ, которая въ большинствѣ случаевъ отвергаетъ новую доктрину.¹

Обращаясь къ нашему законодательству мы также не можемъ не замѣтить особенностей приданого. „Выдѣлъ дочерей и родственницъ по случаю замужества“, говоритъ законъ (с. 1001), „совершается назначеніемъ имъ приданого.“ Такимъ образомъ приданое отличается отъ даренія уже тѣмъ, что это выдѣлъ, и потому то, что мы сказали выше о выдѣлѣ, относится и къ приданому. Приданое, какъ и выдѣлъ, является въ сводѣ предвареннымъ наслѣдствомъ. Это какъ нельзя яснѣе доказывается с. 1002, постановляющей, что изъ замужнихъ дочерей почитаются тѣ только отдѣленными, которыя въ подписанныхъ ими рядныхъ записяхъ за себя и за наслѣдниковъ своихъ добровольно отреклись отъ дальнѣйшаго участія въ наслѣдствѣ. Далѣе, назначеніе приданого издавна считалось у насъ обязанностью со стороны родителей и другихъ родственниковъ. Женщина первоначально не имѣла у насъ права наслѣдства, она имѣла только право на приданое. Такимъ образомъ приданое нельзя было

¹ Демоломбъ, III, № 43.

считать дареніемъ уже потому, что оно давалось непосредственно въ силу сознанія обязанности къ его установленію. Эта обязанность по отношенію къ родителямъ косвенно признается самимъ еводомъ, который возлагаетъ на родителей обязанность пещься объ отдачѣ дочерей въ замужество (с. 174). Разумѣется все, что мы сказали о приданомъ, отпосится только къ установленному родственниками приданому. Всякое другое будетъ у насъ чистымъ дареніемъ, такъ какъ мы не имѣемъ въ законѣ ни одного указанія, въ силу котораго мы могли бы разсматривать назначеніе приданого, какъ возмездную сдѣлку вообще.

Такимъ образомъ сдѣлки, заключающія въ себѣ исполненіе какой нибудь обязанности, въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже нравственной, обыкновенно какъ даренія не разсматриваются. Слѣдуетъ только замѣтить, что одно чувство благодарности не исключаетъ присутствія *animus donandi*, такъ какъ это чувство обязываетъ насъ только къ личному уваженію, а не къ имущественнымъ жертвамъ. Поэтому даръ, мотивомъ котораго будетъ чувство благодарности къ одаряемому, не перестаетъ быть даромъ и какъ таковой разсматривается всѣми законодательствами ¹.

III. Намѣреніе подарить составляетъ основу (*causa*) всякаго даренія. Поэтому для того, чтобы дареніе было признано существующимъ, должно его доказать. Доказанъ *animus donandi* долженъ быть непременно, самъ собою онъ никогда не предполагается. Всякое дареніе соединено съ чистою потерей изъ собственнаго имущества: *qui donat*, говорятъ

¹ Такія даренія называются благотворительными, ремуераторными.

римскіе юристы, *perdere videtur* ¹. Очевидно поэтому, что вообще немислимо установить такого рода предположеніе, въ силу котораго лице за отсутствіемъ другихъ данныхъ предполагалось бы совершающимъ сдѣлку въ прямой ущербъ для себя: вѣрнѣе будетъ предполагать въ этомъ случаѣ что либо другое ². Однако изъ принципа, что дареніе никогда не предполагается, издавна дѣлали исключенія. *Боцеръ* перечисляетъ тѣ исключенія, которыя дѣлали въ его время, а именно намѣреніе подарить предполагалось, когда одно лице давало другому что либо, зная, что оно къ этому не обязано ³; когда дающій богатъ и благороденъ, принимающій же бѣденъ, или когда дается какая либо бездѣлица ⁴; если даны были деньги для уплаты чьего либо долга, или для постройки ⁵; наконецъ тогда, когда дающій находился въ родствѣ съ получающимъ ⁶. Впрочемъ въ послѣднемъ случаѣ самъ *Боцеръ* допускаетъ указанное предположеніе только при маловажности передаваемого имущества. Эти исключенія не остались совершенно чуждыми и новымъ законодательствамъ, именно они до нѣкоторой степени повторяются Баварскимъ и Прусскимъ правомъ. Баварскій кодексъ

¹ L. 7 D. de donat.

² L. 25 D. de Probat: qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat. *Leyser*, spec. 433 m I. *Kreitmayr*, Comment. ad § V.

³ Arg. L. 29 pr. § 1 D. de donat.; L. 82. D. de R. l. — L. 50 D. de cond. indeb.: Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repetet, repetere non potest. Это исключеніе объясняютъ тѣмъ, что неясныя сдѣлки должны изъясняться во вредъ кредитору, L. 39 D. de pactis.

⁴ *Vocerus*. De donationibus, I: In accipiendis vel dandis muneribus tria sunt maxime attendenda, persona scilicet dantis, et accipientis qualitas, quantitas muneris et donationis tempus, etc.

⁵ L. 13 § ult. D. de don. int. vir. et ux. (24, 1).

⁶ *Vocerus*, l. c.—Срав. *Kreitmayr*, l. c.

(§ 5) постановляетъ, что вслѣдствіе одной передачи дареніе никогда не предполагается, если къ этому не привзойдетъ другихъ признаковъ, ясно указывающихъ на присутствіе *animus donandi*, напр. когда умышленно будетъ уплачено *indebitum*. Прусское А. Л. Р. также признаетъ, что дареніе по общему правилу не предполагается, но оно допускаетъ и исключенія, въ нижеслѣдующихъ случаяхъ. Когда дающій по отношенію къ получающему былъ лично, хотя и не въ силу закона, обязанъ сдѣлать благодѣяніе, въ частности когда даютъ что либо восходящіе, нисходящіе, братья, сестры и наконецъ супруги. 2) Когда дается что либо бѣдному на пропитаніе или благотворительнымъ учрежденіямъ. 3) Когда дано что либо при такихъ обстоятельствахъ, которыя исключаютъ всякое другое намѣреніе со стороны дающаго ¹. На бесполезность всѣхъ этихъ исключеній, весьма основательно указываетъ Кохъ ². Онъ считаетъ ихъ не юридическими и не нужными. Кто хочетъ вытребовать то, что получено отъ него въ видѣ дара, долженъ доказать основаніе, по которому онъ желаетъ возвратить себѣ данное, долженъ доказать, что онъ далъ въ заемъ или въ наемъ, на сохраненіе и т. д. Если онъ докажетъ это, то предположеніе даренія мѣста не имѣетъ; если же онъ не докажетъ, то и безъ всякихъ предположеній данное вытребовано быть не можетъ, такъ какъ здѣсь истецъ не доказалъ своего иска.

¹ А. Л. Р. I, 11 § 1040—1045.

² Koch, R. de Forder. III.

5. СОГЛАШЕНИЕ СТОРОНЪ.

Уменьшенія имущества одного лица и обогащенія вслѣдствіе того другаго еще мало для того, чтобы сдѣлку можно было считать дареніемъ: обогащеніе должно быть принято тѣмъ лицомъ, которому оно дѣлается. Намѣренію подарить со стороны одного лица должно соотвѣтствовать желаніе получить даръ со стороны другаго. Такимъ образомъ дареніе для своей дѣйствительности требуетъ соглашенія двухъ волей, а потому можетъ быть названо договоромъ.

Характеръ даренія, какъ договора, высказался прежде всего въ римскомъ правѣ. Цѣлый рядъ мѣстъ изъ римскихъ источниковъ говоритъ намъ о томъ, что противъ воли лица благодаренія оказано быть не можетъ и что дареніе немислимо безъ его принятія (*acceptatio*)¹. Въ кодексахъ дареніе прямо называется контрактомъ², а въ Дигестахъ на соглашеніе сторонъ указывается, какъ на существенное условіе даренія³. Однако нѣкоторые юристы, напр. Мейер-

¹ L. 19 § 2 D. de donat. (39, 5): Non potest liberalitas nolenti acquiri. L. 69 D. de reg. jur.: Invito beneficium non datur. Cic. Top. c. 8 in f.: neque donationem sine acceptione intelligi posse.

² L. 7 C. De his, quae vi met. ve (II, 19): si donationis, vel transactionis, vel stipulationis, vel cujuscunque alterius contractus obligationis confectum instrumentum etc.—L. 14 pr. § 1. C. de sacr. eccl. (I, 2): L. 17 C. de fide instrum. (IV, 21) etc.—Schilling, § 349 n. xx.

³ L. 55 D. de O. et A. (44, 7): In omnibus rebus, quae dominium transferrunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive qualibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducitur ad effectum id, quod inchoatur, non potest.—L. 18 pr. D. de reb. cred. (12, 1): Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederam, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse.

фельдъ ¹ и Савиньи ², подвергаютъ сомнѣнію необходимость соглашенія сторонъ при дареніи. Дареніе по ихъ взгляду можетъ и не быть договоромъ. Мѣста изъ источниковъ, по ихъ мнѣнію, указываютъ намъ, что дареніе не можетъ имѣть силы только противъ воли одаряемаго, но не при одномъ его молчаніи и незнаніи. Далѣе соглашеніе сторонъ при дареніи требуется тогда только, когда дѣло идетъ о перенесеніи права собственности на вещь посредствомъ даренія или объ общаніи подарить, которое имѣетъ видъ обязательства. Затѣмъ Савиньи указываетъ цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ по его мнѣнію должно видѣть дареніе, хотя принятія, а иногда даже знанія объ обогащеніи здѣсь не требуется. Эти случаи слѣдующіе: освобожденіе должника посредствомъ дурнаго веденія процесса или посредствомъ судебного признанія; дареніе вещи рабу или находящемуся подъ отеческою властью сыну, которые подаренное приобрѣтаютъ господину или отцу; намѣренное отчужденіе вещи за низкую цѣну съ тѣмъ, чтобы одарить покупателя, если покупатель объ этомъ не знаетъ; намѣренная уплата *indebitum*, которую получатель принимаетъ за уплату дѣйствительнаго долга ³, и главнымъ образомъ уплата долга за другое лице. Савиньи останавливается преимущественно на послѣднемъ случаѣ, такъ какъ онъ наиболѣе рельефенъ. По римскому праву *solutione et invito et ignorantes liberari possumus* ⁴, поэтому уплата чужаго долга немедленно погашаетъ его и для

¹ System, § 160.

² Schenkungen, стр. 37 и слѣд.

³ Savigny, стр. 146 и слѣд.

⁴ L. 23 D. de solut. (46, 3). Тоже римское право постановляетъ и о перенятіи чужаго долга, L. 8 D. de novat. (46, 2): —liberat autem me is qui quod debeo promittit etiamsi nolim.

должника является обогащение даже противъ его воли. Отрицать въ этомъ случаѣ существованіе даренія, говорить Савиньи, немыслимо, потому что это дало бы возможность всегда обходить законныя ограниченія дареній. Во избѣжаніе послѣдней римское право на уплату долга однимъ супругомъ за другаго, а также на переводъ долга съ одного супруга на другаго распространяетъ правила о запрещеніи дареній между супругами.

Аргументы Савиньи однако отвергнуты большинствомъ нѣмецкихъ цивилистовъ, которые видятъ въ римскихъ источникахъ слишкомъ ясное указаніе на необходимость соглашенія сторонъ, какъ существенное условіе всякаго даренія¹. Большинство тѣхъ случаевъ, которые приводитъ Савиньи, какъ примѣры дареній, не требующихъ для своей дѣйствительности согласія одаряемаго, вовсе исключается изъ числа дареній и къ нимъ не прилагаются положенія закона специально установленныя для дареній, напр. положенія объ инсинуаціи, возвратѣ дара за неблагодарность и по другимъ причинамъ. Напримѣръ, можно ли говорить объ инсинуаціи, когда дареніе, по словамъ Савиньи, совершается въ видѣ намѣренно дурнаго веденія процесса, или въ видѣ судебного признанія? Требовать для дѣйствительности подобнаго даренія инсинуаціи, значитъ требовать, чтобы инсинуація предшествовала каждому процессу, такъ какъ при каждомъ процессѣ подобное дареніе возможно. Неумѣстно въ этомъ случаѣ и требованіе подареннаго (?) назадъ, такъ какъ тогда по заявленію

¹ Puchta, Instit. II § 205 p.; Vorlesungen, I. стр. 157.—Böcking, I, § 106 п. 12.—Vangerow, I § 121 Anm. № III. — Windscheid § 365 п. 5. — Schilling, § 349 п. кк. — Срав. Unger, II стр. 195—197.

частнаго лица должно будетъ уничтожить вступившій въ законную силу судебный приговоръ. Точно также не можетъ быть рѣчи о неблагодарности, когда уплаченъ чужой долгъ. Подобная уплата можетъ быть неумѣстной навязчивостью, иногда даже прямымъ оскорбленіемъ для должника. Но и независимо отъ этого, можно ли говорить о благодарности за дѣйствіе, котораго мы быть можетъ вовсе не желали? Правила объ инсинуаціи дареній сюда равнымъ образомъ не прилагаются¹, а запрещеніе подобнаго рода сдѣлокъ между супругами весьма легко объясняется желаніемъ предотвратить возможность обойти законъ, не позволяющій дареній между супругами². Такимъ образомъ въ указанныхъ выше случаяхъ мы не можемъ видѣть дареній, хотя нельзя не видѣть здѣсь особаго рода косвенныхъ либералитетовъ, благодареній. Если бы помимо или противъ воли лица въ указанныхъ случаяхъ нельзя было сдѣлать какого бы то ни было благодаренія, то лице платящее чужой долгъ или намѣренно дающее что либо недолжное могло бы вытребовать данное обратно посредствомъ *actio negotiorum gestorum* или посредствомъ *condictio indebiti*, но дѣло въ томъ, что требовать въ подобныхъ случаяхъ возвращенія даннаго обратно по римскимъ источникамъ не дозволяется³. Это представляется намъ несомнѣнною непослѣдовательностью со стороны римскаго права⁴. Этой непослѣдовательности чужды законодательства главныхъ германскихъ государствъ — Баваріи, Пруссіи и Австріи.

¹ Weicke Rechtslexicon, стр. 672 и слѣд.

² Vangerow, § 123, III.

³ См. цитаты у Шиллинга, § 349, п. кк.

⁴ Здѣсь дѣло необходимо и безъ противоречія. Какъ напимѣръ согласить положеніе: *non potest liberalitas nolenti acquiri*, съ другимъ — *solutione et invito liberari possumus?*

Баварскій кодексъ въ числѣ условій даренія говоритъ о волѣ подарить со стороны дарителя и о согласіи на даръ со стороны одареннаго. Принятіе, акцептація, есть существенное предположеніе совершившагося даренія. При уплатѣ чужаго долга изъ желанія облагодѣтельствовать должника согласіе послѣдняго также необходимо, но оно предполагается до тѣхъ поръ, пока не будетъ доказано противное (Cod. Maxim. III, § 5—6). На основаніи указанныхъ выше положеній составитель и комментаторъ кодекса называетъ дареніе договоромъ и подчиняетъ его общимъ положеніямъ о договорахъ¹. Прусское и Австрійское законодательства прямо опредѣляютъ дареніе, какъ договоръ (A. L. R. I, 11 § 1037; O. G. V. § 938). Далѣе Прусское право говоритъ о необходимости принятія при „всякомъ“ дареніи, какъ вообще при всякомъ договорѣ (§ 1058). Австрійскій кодексъ не говоритъ прямо о необходимости принятія дара, такъ какъ это вытекаетъ само собою изъ договорнаго характера даренія, но даетъ слѣдующее болѣе специальное постановленіе: „не считается дарителемъ тотъ, кто отказывается отъ какого либо права, не передавая его надлежащимъ образомъ другому лицу или не опуская его обязанному съ согласія сего послѣдняго“ (§ 939). Поэтому по прусскому и австрійскому праву, если будетъ совершено благодѣяніе безъ вѣдома облагодѣтельствованнаго лица, напримѣръ будетъ уплаченъ его долгъ, или на его землѣ будетъ выстроенъ въ его пользу домъ, или домъ будетъ исправленъ съ желаніемъ подарить издержки, предполагаемый даритель посредствомъ *actio negotiorum gestorum* можетъ предъявить требованіе о возвращеніи ему сдѣланныхъ издер-

¹ Kreitmayr, ad § 5. Онъ ссылается и на *communis opinio* юри-
товъ.

жекъ. Этотъ искъ отвѣтчикъ можетъ предупредить тѣмъ, что словесно или дѣйствіями выразить свое согласіе на даръ, приметъ даръ. Если же одаряемый не принимаетъ дара, то даритель можетъ вытребовать его; если же онъ не желаетъ вытребовать его, то получившее даръ лице можетъ вынудить дарителя взять издержанную имъ сумму, представивъ послѣднюю въ судъ¹.

Саксонское законодательство строго держится римскаго взгляда въ томъ видѣ, какъ его представляетъ Савиньи. Оно опредѣляетъ дареніе только какъ юридическую сдѣлку, а въ § 1054 прямо предполагаетъ возможность дареній, не основанныхъ на договорѣ. Даренія этого рода не нуждаются и въ акцептаци. Это значитъ впрочемъ только то, что даренія эти тотчасъ получаютъ силу и уплатившій *animo donandi* чужой долгъ не имѣетъ противъ должника *actio negotiorum contraria*, даже тогда, когда должникъ не признаетъ этой уплаты или противится ей. Но будетъ ли въ послѣднемъ случаѣ дареніе со всѣми его послѣдствіями, объ этомъ комментаторъ кодекса умалчиваетъ². Намъ кажется, что здѣсь таже непоследовательность, которую мы видѣли въ римскомъ правѣ.

Во французскомъ кодексѣ дареніе не называется договоромъ, оно называется просто актомъ. Въ прозѣтѣ кодекса ст. 894 начиналась такъ: *la donation est un contract, par lequel etc.* При обсужденіи этой статьи первый консулъ замѣтилъ, что слово контрактъ возлагаетъ на обѣ договаривающіяся стороны взаимныя обязанности, а потому это выраженіе неприложимо къ даренію. Среди послѣдовавшихъ

¹ Koch, Kommentar, I стр. 914 и 923.—Unger, II, § 95 п. 29.

² Siebenhaar, Kommentar ad § 1054.

затѣмъ преній по совершенно постороннему предмету и была сдѣлана поправка въ проэктированной статьѣ: слово *contract* замѣнено было словомъ *acte*. Замѣчаніе перваго консула, какъ ни ставили его высоко юристы имперіи, въ сущности не выдерживаетъ никакой критики. Изъ словъ перваго консула можно предположить, что односторонній контрактъ не есть контрактъ, а между тѣмъ статью 1103-й прямо признаются односторонніе контракты. Контрактъ или договоръ по ст. 1103 будетъ одностороннимъ, когда одно или нѣсколько лицъ обязываются передъ другимъ однимъ или другими нѣсколькими лицами, между тѣмъ какъ сіи послѣдніе не принимаютъ на себя никакого обязательства въ отношеніи къ первымъ. Подъ это опредѣленіе французскіе юристы подводятъ и дареніе, которое единогласно признаютъ за договоръ, не смотря на сомнѣнія, возбужденныя при обсужденіи кодекса¹. Къ этому побуждаетъ ихъ и абсолютное требованіе кодексомъ принятія даренія для дѣйствительности послѣдняго (§ 894 и 932). До принятія дареніе не производитъ никакихъ послѣдствій (*aucun effet*). Впрочемъ дареніе считалось большинствомъ юристовъ за договоръ и до изданія кодекса².

Что касается до нашего права, то и въ немъ дареніе представляется намъ договоромъ. „Даръ“, говоритъ ст. 974, „принятый тѣмъ, кому онъ назначенъ, къ дарителю не возвращается.“ Такимъ образомъ до принятія дареніе не вступаетъ въ силу, не можетъ быть сочтено совершившимся. Для совершенія даренія требуется обоюдное согласіе дарителя и

¹ Troplong, № 58 и слѣд.—Demolombe, I. № 20 и слѣд.—Laurent, XI стр. 124.

² Такого мнѣнія были Рикардъ, Потье и Дома, противнаго мнѣнія были Фурголь. Laurent, I. с.—Pothier, № 1.

одареннаго, принятіе послѣднимъ дѣлаемаго первымъ предложенія, а необходимость обоюднаго согласія участвующихъ въ слѣлкѣ лицъ есть несомнѣнный признакъ договора¹. Дареніе считается договоромъ и нашею судебною практикою, которая считаетъ совершенно правильнымъ примѣненіе къ дареніямъ общихъ положеній, установленныхъ закономъ для договоровъ вообще². Въ частности, если мы спросимъ: насколько по нашему праву будетъ дареніемъ уплата чужаго долга безъ согласія должника, то на этотъ вопросъ мы должны отвѣтить, что подобная уплата не только не будетъ дареніемъ, но по общему правилу не будетъ имѣть никакой силы. Положеніе римскаго права *solutione et invito et ignorantes liberari possumus* не имѣетъ ничего общаго съ природою обязательствъ, напротивъ того прямо противорѣчитъ ей. Обязательство порождаетъ юридическія отношенія только между заключившими его лицами и всякое вмѣшательство третьяго лица въ эти отношенія представляется неумѣстнымъ. Поэтому для того, чтобы постороннее лицо могло погасить уплатою чужой долгъ безъ вѣдома и согласія должника нужно специальное постановленіе закона. Безъ этого, согласно съ природою обязательствъ, уплата чужаго долга будетъ имѣть силу тогда только, когда она дѣлается отъ имени должника и съ его согласія, одновременнаго съ уплатой или послѣдующаго. Французское и итальянское

¹ Срав. с. 1528 гражд. зак.

² Рѣш. Кассац. Сен. 1870 г. № 1552 и 1871 г. № 928. Сборникъ рѣш. сената, I № 337. Въ послѣднемъ рѣшеніи не признанъ за дарственную запись актъ, въ которомъ три лица рѣшили между собою дать вознагражденіе четвертому. Этотъ актъ охарактеризованъ какъ домашнее предположеніе составившихъ его трехъ лицъ, такъ какъ участіе четвертаго лица въ этомъ актѣ (или принятіе имъ предположеннаго дара) ничѣмъ не обнаружилось. — *Побѣдоносцевъ*, Вотчинныя права, стр. 323 и слѣд.

законодательства постановляютъ, что долгъ гогашается независимо отъ согласія должника уплатою со стороны третьяго лица, если уплата эта будетъ безкорыстною и уплачивающій не имѣетъ намѣренія вступить въ права вѣрителя. Нашему законодательству подобное постановленіе неизвѣстно, поэтому у насъ уплата чужаго долга безъ согласія должника не устанавливаетъ между послѣднимъ и плательщикомъ ни отношеній дара, ни отношеній долговыхъ; если погашенный долгъ не могъ быть или просто не переданъ плательщику вѣрителемъ. Такимъ образомъ плательщикъ получаетъ здѣсь только право требовать своей уплаты отъ вѣрителя обратно, какъ уплаты, не имѣющей юридическаго основанія. Такъ смотритъ на дѣло и наша судебная практика ¹.

Такимъ образомъ дареніе по постановленіямъ важнѣйшихъ новыхъ законодательствъ есть договоръ и къ нему прилагаются общія правила о договорахъ. Поэтому напримѣръ, до принятія даренія, т. е. до взаимнаго соглашенія между сторонами, даритель не связанъ своимъ предложеніемъ и можетъ взять его назадъ. Далѣе, заблужденіе при дареніи играетъ такую же роль, какъ и при другихъ договорахъ, именно дареніе можетъ быть объявлено недѣйствительнымъ, когда заблужденіе, влиявшее на волю сторонъ въ дареніи, окажется существеннымъ. Существеннымъ же при дареніи заблужденіе будетъ главнымъ образомъ тогда, когда оно касается лица одареннаго или существа самой сдѣлки, совершаемой сторонами. Когда заблужденіе касается лица одареннаго, то оно существенно, такъ какъ главнымъ побужденіемъ къ даренію бываетъ именно личность одаряемаго. Напротивъ того лич-

¹ Рѣш. Кассач. Сен. 1870 г. № 1607.

ность дарителя имѣетъ весьма мало значенія, такъ какъ по общему правилу отъ даренія рѣдко отказываются и все заставляетъ думать, что одаренный принялъ бы дареніе и тогда, когда бы зналъ, кто настоящій даритель¹. Само собою разумѣется, что дареніе недѣйствительно и тогда, когда одно лице даетъ что либо съ цѣлью подарить, другое же принимаетъ это какъ заемъ, или наоборотъ одно лице даетъ въ заемъ или ссуду, а другое принимаетъ это, какъ дареніе. Уже римское право² объявляло здѣсь дареніе недѣйствительнымъ, и совершенно вѣрно, потому что здѣсь нѣтъ соглашенія сторонъ, самаго существеннаго условія договора.

III. МѢСТО ДАРЕНІЯ ВЪ СИСТЕМѢ ПРАВА.

ДАРЕНІЕ, КАКЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ПО ДОГОВОРУ.

1. *Взгляды на мѣсто даренія въ системѣ права, существующіе въ литературѣ. Германскія законодательства.*

Вопросъ о мѣстѣ даренія въ системѣ права есть вопросъ спорный, который даже въ настоящее время рѣшается неодинаково. Въ литературѣ высказалось главнымъ образомъ три

¹ L. 25 D. de donat. (39,5). Случай здѣсь слѣдующій: А хочетъ подарить С и приказываетъ своему должнику В слѣдующее ему (А) уплатить С. В даетъ требуемое С, но выдаетъ себя за дарителя. Дареніе тѣмъ не менше будетъ дѣйствительнымъ.

² L. 36 D. de acqu. rer. dom. (41,1) и L. 18 pr. D. de reb. cred. (12,1) Относительно того, что въ приведенномъ примѣрѣ не будетъ даренія, эти мѣста согласны между собою, но они даютъ различныя рѣшенія относительно того, будетъ ли здѣсь дѣйствительнымъ по крайней мѣрѣ заемъ. Относительно этого противорѣчія см. Savigny, стр. 158 и слѣд., Weiske, стр. 677 и слѣд.

взгляда, изъ которыхъ два отразились и въ законодательствахъ. Первый взглядъ основывается на мѣстѣ, которое занимаетъ дареніе въ институціяхъ Юстиніана. Въ этихъ институціяхъ дареніе помѣщено между способами пріобрѣтенія собственности, какъ одинъ изъ этихъ способовъ. Второй взглядъ даетъ даренію мѣсто между обязательствами; третій, господствующій, разсматриваетъ дареніе не какъ специфическую сдѣлку, а какъ „общій характеръ, который могутъ принимать на себя всевозможныя сдѣлки“, поэтому мѣсто даренія согласно съ этимъ взглядомъ будетъ въ общей части гражданскаго права¹.

Первый взглядъ не имѣетъ теперь никакого основанія. По Юстиніанову праву и новымъ законодательствамъ дареніе можетъ быть и безъ передачи вещи въ собственность, предметомъ даренія далѣе можетъ быть право на чужую вещь, затѣмъ какъ дареніе разсматривается и освобожденіе отъ долга (*liberatio*): все это несогласно съ взглядомъ на дареніе какъ на способъ пріобрѣтенія собственности. Поэтому о подобномъ взглядѣ въ настоящее время не можетъ быть и рѣчи.

Взглядомъ господствующимъ въ настоящее время является третій изъ перечисленныхъ нами выше. Первый помѣстилъ дареніе въ общей части гражданскаго права Пухта въ своихъ институціяхъ. Затѣмъ его примѣру послѣдовали Савиньи, Синтенисъ, Вангеровъ, Арндтсъ, Келлеръ, Бринцъ, Унгеръ

¹ Одинокое стоитъ четвертый взглядъ, Мейерфельда, который хочетъ преобразовать всю систему гражданскаго права. Первую часть гражданскаго права онъ думаетъ составить изъ вещныхъ, обязательственныхъ правъ и приданого, и называетъ ее имущественнымъ правомъ между живыми. Въ этой части онъ думаетъ излагать формальныя и матеріальныя основанія пріобрѣтенія и потери правъ. Между основаніями послѣдняго рода онъ ставитъ даренія, куплю, мѣну, приданое и т. д.

и другіе. Основаніемъ этого взгляда служить то обстоятельство, что дареніе можетъ быть совершено въ видѣ всевозможныхъ сдѣлокъ. Оно можетъ явиться въ формѣ традиции, въ видѣ установленія и уступки обязательства, уплаты по обязательству, въ формѣ перенятія чужаго долга и т. д., и во всѣхъ этихъ случаяхъ оно обещается по тѣмъ положеніямъ, которымъ подчиняется сдѣлка, форму которой принимаетъ на себя дареніе. Дареніе посредствомъ передачи вещи обещается по положеніямъ о собственности; дареніе, которымъ устанавливается обязательство (обѣщаніе подарить), по положеніямъ обязательственного права. Дареніе есть только характерный придатокъ, привходящій къ указаннымъ выше сдѣлкамъ и влекущій за собою для нихъ нѣкоторыя ограниченія. Всѣ указанныя сдѣлки, по словамъ Геринга, являются дареніями не по своей юридической природѣ, а только по экономическому результату.

Противъ господствующаго взгляда высказался въ послѣднее время *Виндшейдъ*, который принялъ на себя защиту теперь почти вытѣсненнаго изъ литературы, но господствовавшего до сочиненій Пухты и Савиньи взгляда, что мѣсто даренія въ обязательствахъ. Возраженія Виндшейда противъ господствующаго взгляда настолько мѣткі, что мы не можемъ не привести ихъ почти буквально.

Прежде всего Виндшейдъ не понимаетъ, почему дареніе считается не за самостоятельную сдѣлку, а только за „общій характеръ, который могутъ принимать различныя сдѣлки“. Въ этомъ случаѣ, говоритъ онъ, должно дать мѣсто въ общей части и приданому, потому что объ установленіи приданого можно сказать тоже, что и о дареніи: приданое можетъ быть установлено въ формѣ всевозможныхъ сдѣлокъ. Виндшейдъ предлагаетъ взять для сравненія и куплю. Развѣ

нельзя продать также хорошо, какъ вещь, право на чужую вещь, обязательство, освобожденіе отъ долга? Противъ этого нельзя возразить, что продажа есть обѣщаніе передать имущество, а не самая передача имущества. Продажа сама по себѣ есть ни то, ни другое. Продажа есть объявленіе продавца, что за известный денежный эквивалентъ, онъ выдѣляетъ что либо изъ своего имущества и переноситъ его въ имущество покупателя. Если этого объявленія довольно для того, чтобы послѣдовало желаемое передвиженіе имущества то продажа будетъ дѣйствительно передачею имущества; если же одного объявленія недостаточно, то изъ продажи вытекаетъ для продавца обязанность исполнить все то, что необходимо для реализованія указанной выше перемѣны въ имуществѣ. Такъ, напримѣръ, для продажи реального сервитута по римскому праву достаточно одного объявленія продавца; на оборотъ, при продажѣ тѣлесной вещи этого объявленія недостаточно: собственность по римскому праву сама собою къ покупателю не переходитъ и продавецъ обязанъ здѣсь къ такому дѣйствію, которое влечетъ за собою переходъ собственности, именно къ передачѣ. Тоже должно сказать и о дареніи. И дареніе заключаетъ въ себѣ объявленіе о передачѣ имущества, только не за какой либо эквивалентъ, и осуществленіе этой передачи происходитъ по тѣмъ же правиламъ, какъ и при куплѣ продажѣ. Поэтому дареніе представляется намъ такимъ же „общимъ характеромъ“ различныхъ юридическихъ сдѣлокъ, какъ и купля, иными словами оно вовсе не есть общій характеръ, а такая же специфическая сдѣлка, какъ и купля. Называя дареніе „общимъ характеромъ“, который могутъ принимать „различныя сдѣлки“, замѣчаетъ Виндшейдъ, кажется смотря на дѣло въ обратномъ видѣ. Эти „различныя сдѣлки“, которыя могутъ принимать харак-

теръ даренія, не суть нѣчто существующее реально. Перенесеніе собственности, установленіе обязательства, освобожденіе отъ него, какъ таковыя, въ жизни не встрѣчаются. Въ дѣйствительности мы знаемъ только перенесенія собственности и т. д. по тому или другому основанію, съ тѣмъ или другимъ характеромъ. Характеръ здѣсь—это то, что даетъ абстрактному акту реальность и однимъ изъ такихъ, дающихъ реальность, характеровъ является и дареніе. На основаніи всѣхъ этихъ соображеній Виндшейдъ высказывается за господствовавшій до Пухты и Савиньи взглядъ, по которому дареніе относили къ обязательствамъ. Дареніе есть обязательство; всякое дареніе, не одно обѣщаніе подарить. Изъ каждаго даренія можетъ возникнуть обязательство, именно, какъ скоро результатъ объявленія о дареніи не соотвѣтствуетъ содержанію этого объявленія. Когда же между ними будетъ соотвѣтствіе, изъ даренія можетъ не возникнуть обязанности, но въ этомъ случаѣ можетъ не возникнуть обязанности и при продажѣ. Должно замѣтить только одно, что дареніе имѣетъ юридическій интересъ не столько потому, что изъ него вытекаютъ обязанности, сколько по другимъ болѣе важнымъ основаніямъ, а именно вслѣдствіе установленныхъ закономъ ограниченій. Но это обстоятельство не измѣняетъ дѣла. Если бы, спрашиваетъ Виндшейдъ, относительно займа кромѣ S. C. *Macedonianum* было еще два или три законныхъ ограниченія, могло ли бы это служить поводомъ къ изытію ученія о займѣ изъ обязательственного права¹⁾?

Доводы Виндшейда настолько сильны, что можно и не приводить другихъ въ пользу защищаемого имъ мнѣнія. Взглядъ

¹⁾ Windscheid § 365 n. 18.

на дареніе, какъ на обязательственный договоръ, есть единственно вѣрный. Этотъ взглядъ, уже какъ взглядъ практической, принимается большинствомъ законодательствъ и повсюду юристами практиками.

Германскія законодательства все ставятъ дареніе въ ряду обязательствъ по договору. Прусское право, какъ мы видѣли уже выше, опредѣляетъ дареніе, какъ обязательство подарить. Изъ этого опредѣленія даренія можно было бы вывести, что къ обязательствамъ изъ договора по прусскому праву относятся только одинъ видъ дареній, дареніе посредствомъ установленія обязательства (*obligando*); другіе же виды даренія — дареніе, соединенное съ немедленнымъ перенесеніемъ собственности (*dando*), и состоящее въ прощеніи долга (*liberando*) обязательствами по договору не будутъ. Такой выводъ однако будетъ поспѣшенъ, потому что опредѣленіе даренія въ Прусскомъ законодательствѣ невѣрно и несоотвѣтствуетъ дѣйствительному понятію этого института, которое проявляется въ цѣломъ рядѣ статей прусскаго земскаго права. Такъ подъ рубрикой „*Von Schenkungen*“ говорится не только объ обѣщаніи подарить, но и о дарѣ совершенномъ посредствомъ передачи; на примѣръ §§ 1052 и 1053 говорятъ о дарѣ обѣщанномъ и дарѣ данномъ (*versprochene oder gegebene Geschenk*); тоже говорятъ и §§ 1040, 1065 и 1149. О прощеніи долга говорится въ § 393 титула 16 книги первой прусскаго земскаго права, и это прощеніе долга прусскіе юристы разсматриваютъ, какъ дареніе *liberando*, и прилагаютъ къ нему общія постановленія о дареніи¹. Такимъ образомъ, вопреки опредѣленію даренія въ прусскомъ правѣ, какъ обѣщанія подарить, на самомъ дѣлѣ

¹ Koch, Comment. стр. 914 n. 1.

дареніе, какъ обязательство по договору, обнимаетъ собою всѣ три вида дарственнаго обогащенія одного лица другимъ: dando, obligando, liberando. Австрійское право также ставитъ дареніе въ число обязательствъ по договору и въ своемъ опредѣленіи даренія обнимаетъ по крайней мѣрѣ двѣ главныхъ формы послѣдняго: obligando и dando. § 938 О. Г. В. опредѣляетъ дареніе, какъ договоръ, которымъ предоставляется кому либо вещь безвозмездно. Очевидно это предоставление, Ueberlassung, можетъ произойти двоякимъ образомъ: или по договору даритель обязывается предоставить вещь или онъ передаетъ ее въ самый моментъ совершенія договора. На послѣднюю форму даренія указываетъ и § 943 австрійскаго кодекса¹. Наконецъ вопросъ о томъ, будетъ ли дареніемъ опущеніе долга, разрѣшается утвердительно въ § 939, который стоитъ подъ тою же рубрикой даренія, какъ обязательства изъ договора. На этомъ основаніи нѣкоторые австрійскіе юристы, напр. Штубенраухъ, считаютъ дареніе всегда обязательствомъ по договору, въ какой бы формѣ оно ни было совершено. Противъ этого мнѣнія возражаетъ Унгеръ², который твердо держится взгляда Савиньи. Унгеръ не хочетъ допустить, чтобы даренія, соединенныя съ немедленнымъ переходомъ собственности, можно было бы разсматривать, какъ обязательства по договору. Но припомнимъ доводы Виншейда и въ особенности его сравненіе даренія съ продажей. Время исполненія договора не можетъ измѣнить существа послѣдняго и какъ продажа, такъ и дареніе, останутся обязательствами по договору все равно, будутъ ли они приведены въ испол-

¹ Aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage erwächst dem Geschenknemer kein Klagerecht.

² II, стр. 201.

неніе послѣ совершенія договора или въ самый моментъ его заключенія. На безразличіе времени исполненія даренія для существа послѣдняго прямо указывалъ восточно-галиційскій кодексъ, изъ котораго былъ выработанъ нѣнѣшній австрійскій. Галиційскій кодексъ опредѣляетъ дареніе, какъ договоръ, „посредствомъ котораго переносится безвозмездно вещь или право, безъ различія, послѣдуетъ ли передача ихъ тотчасъ или впослѣдствіи“¹. Такимъ образомъ два важнѣйшихъ законодательныхъ сборника Германіи признаютъ дареніе за обязательство по договору. Но одинъ изъ этихъ сборниковъ составленъ въ прошломъ вѣкѣ, другой въ началѣ нынѣшняго. Можно было бы думать, что законодательные сборники и проекты, вышедшіе послѣ того, какъ Пухта и Савиньи установили новый взглядъ на дареніе, должны были бы принять этотъ взглядъ, въ виду почти общаго признанія его въ наукѣ. Однако новый взглядъ принять однимъ баварскимъ проектомъ². Напротивъ того гессенскій проектъ³ и новый саксонскій кодексъ⁴ остались вѣрны прежнему взгляду. Особенно многозначительна вѣрность прежнему взгляду со стороны саксонскаго законодательства. Послѣднее составлено вполне по научной системѣ, оно имѣетъ хорошо обработанную общую часть и все таки помѣщаетъ дареніе не въ разрядъ юридическихъ сдѣлокъ вообще, а въ разрядъ обязательствъ по договору. Правда, мы видѣли, что саксонское законодательство допускаетъ даренія и не основанныя на договорѣ, но для насъ важно то, что основанныя на договорѣ, а потому, по мѣсту даренія въ системѣ законодательства, обяза-

¹ Unger, I. c.

² Приказъ объ опубликованіи проекта, 28 ноября 1860 года.

³ Приказъ объ опубликованіи 16 августа 1853 г.

⁴ Указъ объ обнародованіи 2 января 1863 года.

тельствами по договору, считаются и здѣсь съ одной стороны даренія, совершаемыя передачею даримаго предмета, съ другой состояща въ общаніи извѣстной уплаты и въ опущеніи долга (§ 1054).

Изъ предшествовавшаго изложенія мы видѣли между прочимъ, что дареніе разсматривается, какъ обязательство по договору, и тогда, когда оно соединено съ непосредственнымъ переходомъ права собственности на даримый предметъ. Этотъ результатъ для насъ важенъ въ особенности потому, что мы обращаемся теперь къ французскому и къ нашему праву, гдѣ дареніе по общему правилу всегда влечетъ за собою немедленный переходъ къ одаряемому права собственности на вещь, и гдѣ поэтому въ особенности можетъ быть подвергнута сомнѣнію характеръ даренія, какъ обязательства по договору.

2. *Французское и русское законодательство. Немедленный переходъ къ одаренному права на вещь, какъ существенное условіе даренія по этимъ законодательствамъ.*

а. *Французское законодательство.*

Французскій кодексъ разсматриваетъ даренія, какъ одинъ изъ способовъ пріобрѣтенія собственности. Право собственности, по с. 711, пріобрѣтается и переносится посредствомъ наслѣдства, дареній, завѣщанія и обязательствъ. Въ этомъ порядкѣ кодексъ и излагаетъ названные нами институты. Если мы отнесемъ критически къ этой системѣ кодекса, то прежде всего намъ бросится въ глаза то обстоятельство, что указанные институты считаются способами пріобрѣтенія „собственности“. Въ особенности какимъ образомъ могутъ считаться способами пріобрѣтенія собственности обязательства? Очевидно, что положеніе

статьи 711 кодекса, если понимать его буквально, не выдерживает никакой критики. Явилось же это положение вследствие того, что при составлении кодекса въ порядкѣ размѣщенія юридическихъ институтовъ принята была система римскихъ институцій, и система кодекса есть ничто иное, какъ слѣпокъ съ нея. Въ частности мѣсто, которое занимаетъ въ этой системѣ дареніе, оправдывается до нѣкоторой степени и теперь, но только со стороны практическаго удобства, не со стороны теоріи и науки. Даренія излагаются въ кодексѣ совмѣстно съ завѣщаніями, и это оправдывается тѣмъ, что какъ при тѣхъ, такъ и при другихъ французскіе законодатели принимаютъ на себя защиту интересовъ законныхъ наследниковъ. Отсюда является цѣлый рядъ одинаковыхъ ограниченій для дареній и завѣщаній, и рядъ общихъ обоимъ институтамъ положеній о части имущества, подлежащей свободному распоряженію владѣльца, и о сокращеніи превышающихъ законную мѣру дарственныхъ и завѣщательныхъ распоряженій¹. Кромѣ этого практическаго удобства въ изложеніи, другаго оправданія мѣсто даренія въ системѣ, принятой кодексомъ, не находятъ.

Мы видѣли, что французскіе юристы разсматриваютъ дареніе, какъ обязательственный договоръ, и это мнѣніе господствовало еще задолго до изданія кодекса. Дома, Рикаръ. Потье признавали и опредѣляли дареніе, какъ договоръ или „контрактъ“. Новѣйшіе французскіе юристы держатся того же мнѣнія, не смотря на обозначеніе даренія въ кодексѣ словомъ „актъ“². Контрактомъ же кодексъ называетъ обяза-

¹ Demolombe, I, № 8.

² Demolombe, I, № 19 и слѣд. Laurent, XI, № 99. Troplong № 57 и слѣд. Справ. Grenier, I № 76 и слѣд., Zachariae, IV § 645.

тельственный договоръ, соглашеніе, въ силу котораго одно или нѣсколько лицъ обязываются относительно другихъ лицъ, одного или нѣсколькихъ, что либо дать, сдѣлать или не дѣлать (а. 1101). Чистое дареніе, т. е. такое, которымъ не возлагается на одареннаго никакихъ особенныхъ обязанностей. согласно съ статьею 1103 кодекса, разсматривается, какъ односторонній контрактъ, всякое другое, какъ двусторонній, на основаніи статьи 1102. Затѣмъ дареніе ставится въ ряду безмездныхъ контрактовъ, которыми въ с. 1105 называются такіе, гдѣ одна изъ сторонъ доставляетъ другой выгоду безъ всякаго возмездія.

Мы переходимъ теперь къ одной отличительной чертѣ даренія по французскому праву, которая повидимому противрѣчитъ характеру даренія, какъ обязательственнаго договора. Этою отличительною чертою во французскомъ правѣ является связанный съ дареніемъ немедленный переходъ дара въ собственность получающаго. Дареніе, по опредѣленію кодекса, есть актъ, посредствомъ котораго даритель немедленно и безвозвратно отказывается (*se depouille*) отъ вещи въ пользу одареннаго. Это свойство даренія, технически называемое *dessaisissement*, стоитъ въ связи съ освященнымъ французскимъ обычнымъ правиломъ: *donner et retenir ne vaut*. Это правило не означаетъ, что дареніе можетъ быть только безусловное, что можетъ быть подарена только вещь, и что даръ долженъ сопровождаться немедленною передачею вещи одаряемому. Оно означаетъ только, что съ момента совершенія дара даритель становится чуждымъ къ даримому праву и результатъ даренія, обогащеніе одареннаго, перестаетъ зависѣть отъ его воли. А затѣмъ дареніе можетъ быть и условное, лишь бы исполненіе условія не зависѣло отъ воли дарителя: здѣсь право, конечно подъ условіемъ, немедленно пе-

переходить на одареннаго и существованіе даренія перестаетъ зависѣть отъ дарителя. Дареніе можетъ быть и срочнымъ. право и здѣсь тотчасъ же переходитъ къ одаренному и только пользованіе этимъ правомъ откладывается на нѣкоторое время, напримѣръ когда я дарю лошадь, но обѣщаюся передать ее только черезъ мѣсяць. Дареніе можетъ быть и въ такомъ видѣ, что даритель передаетъ одаренному одно право собственности на вещь, удерживая за собою пожизненное пользованіе ею. Здѣсь дѣло идетъ о двухъ совершенно отдѣльныхъ правахъ на вещь — о правѣ собственности и правѣ пользованія, и одно изъ этихъ правъ, именно первое, въ самый моментъ даренія поступаетъ къ одаренному, и существованіе этого права не зависитъ уже отъ воли дарителя. Наконецъ предметомъ даренія можетъ быть какъ вещь тѣлесная, такъ и вещь безтѣлесная, напр. право по обязательству¹. Если я имѣю на другое лице вексель или заемное письмо, то я могу подарить его какъ должнику, такъ и третьему лицу, потому что передавая имъ мое право по обязательству, я становлюсь внѣ всякаго отношенія къ нему и осуществленіе этого права съ момента даренія нисколько уже не зависитъ отъ моей воли. Точно также предметомъ даренія можетъ быть право на чужую вещь, насколько это совмѣстно съ его существомъ (напр. вещный сервитутъ можно подарить только собственнику извѣстнаго недвижимаго имущества), личное право пользованія (безмездный наемъ) и т. д. Все это положенія, которыя безспорно принимаются какъ всеми французскими юристами, такъ

¹ Отсюда видно, что сдѣланное нами опредѣленіе dessaisissement, какъ немедленнаго перехода права собственности на получающаго даръ, будетъ неточнымъ, и мы удерживаемъ его потому только, что немедленный переходъ права собственности къ одаряемому есть все таки главный случай даренія во французскомъ правѣ.

и практикой. Но спрашивается, насколько совмѣстимо съ указаннымъ выше правиломъ „donner et retenir ne vaut“ одно обѣщаніе подарить?

Вопросъ этотъ на практикѣ представляется въ слѣдующемъ видѣ. Безспорно, какъ мы видѣли, можно подарить вещь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы одаренный получилъ ее впервые по истеченіи извѣстнаго времени. Такое дареніе вполнѣ дѣйствительно, потому что откладывается только пользование вещью. право же собственности на нее переходитъ къ одаренному тотчасъ; слѣдовательно даритель, дая право собственности, не удерживаетъ его. Существенное условіе для дѣйствительности такого даренія, это немедленный переходъ къ одаренному права собственности на вещь, остающуюся въ рукахъ дарителя. Но этотъ переходъ мыслимъ тогда только, когда даримая вещь опредѣлена индивидуально; когда слѣдовательно ее можно найти въ имуществѣ дарителя, словомъ когда будетъ индивидуально опредѣленный предметъ. Какъ же быть, если будетъ подарена сумма денегъ подъ условіемъ выдачи ея по истеченіи извѣстнаго времени? Переходитъ ли здѣсь право собственности на обѣщанную сумму? Очевидно нѣтъ. Тѣмъ болѣе, что этой суммы можетъ и не быть налице. Въ такомъ случаѣ можетъ ли быть признано подобное дареніе дѣйствительнымъ, или нѣтъ? Относительно отвѣта на этотъ вопросъ, по выраженію Лорана, во французской литературѣ и практикѣ господствуетъ полная анархія. Изъ всѣхъ французскихъ (и бельгійскихъ) юристовъ Лоранъ наиболѣе подробно останавливается на разрѣшеніи предложеннаго выше вопроса и мы воспользуемся его доводами въ пользу единственно правильного отвѣта на этотъ вопросъ¹.

¹ Laurent, XII, № 418—422.

Отвѣтъ съ перваго взгляда кажется легокъ. Я дарю тысячу франковъ съ тѣмъ, чтобы одаренный получилъ ихъ черезъ столько то времени или послѣ моей смерти. Здѣсь одаренный получаетъ въ моментъ даренія право на тысячу франковъ въ имуществѣ дарителя, это право дѣлается его собственнымъ, онъ можетъ имъ распоряжаться, передаетъ его наслѣдникамъ и даритель произвольно не можетъ лишить его этого права. Такимъ образомъ право переходитъ здѣсь къ одаряемому немедленно и безвозвратно; въ данномъ случаѣ, слѣдовательно, дареніе должно считать дѣйствительнымъ. Такого взгляда и держится большинство новыхъ французскихъ юристовъ¹. Не смотря однако на кажущуюся логичность подобнаго отвѣта, не смотря на то, что повидимому онъ вполне согласуется съ признаками даренія, указанными въ кодексѣ, его никоимъ образомъ нельзя признать вѣрнымъ. Условіе даренія, технически называемое *dessaisissement*, вошло въ кодексъ непосредственно изъ стараго обычнаго права, поэтому самый правильный способъ толкованія этого условія есть историческій. На этомъ основаніи для правильнаго пониманія разсматриваемаго условія даренія должно обратиться къ тому, какъ понимали до изданія кодекса правило *donner et retener ne vaut*. Существенное значеніе этого правила, какъ мы видѣли, состоитъ въ томъ, что въ моментъ совершенія даренія результатъ его, обогащеніе одаряемаго, становится въ волю дарителя. Согласно съ этимъ и въ кодексѣ съ одной стороны признается недѣйствительнымъ дареніе совершенное подъ усло-

¹ Demolombe, III № 387 и слѣд.—Troplong, № 1200 и слѣд.—Zachariae, IV § 646. Того же взгляда держатся цитированные у Демоломба Merlin, Delvincourt, Duranton, Marcadé, Demante, Labbé и другіе.

віємъ, если исполненіе условія зависитъ отъ воли дарителя (а. 944), а съ другой—не считается дѣйствительнымъ дареніе будущаго, не наличнаго имущества, такъ какъ въ волѣ дарителя пріобрѣсти его или непріобрѣсти, на примѣръ дареніе дохода съ сада, который даритель намѣревается купить (а. 943). Принимая указанное выше значеніе правила *donner et retenir ne vaut*, мы не можемъ не признать, что съ нимъ несовмѣстимо дареніе денежной суммы безъ немедленной уплаты ея. Здѣсь остается въ волѣ дарителя лишить дареніе всякой силы, такъ какъ, сохраняя полное право распоряжаться своимъ имуществомъ, онъ можетъ расточить его и во времени осуществленія даренія оказаться несостоятельнымъ. Съ другой стороны, если обѣщанная сумма превышаетъ стоимость имущества дарителя въ моментъ даренія, то дареніе должно быть признано недѣйствительнымъ уже потому, что оно простирается на будущее имущество дарителя.—При какихъ же условіяхъ будетъ дѣйствительнымъ дареніе денежной суммы съ отсрочкою уплаты? Очевидно, что дареніе будетъ здѣсь дѣйствительнымъ тогда, когда даритель потеряетъ возможность растративать свое имущество, насколько имъ покрывается обѣщанная сумма денегъ, иными словами, когда уплата этой суммы будетъ реально обезпечена извѣстнымъ имуществомъ дарителя, когда эта уплата будетъ поставлена внѣ всякой зависимости отъ воли дарителя. Такого взгляда и держатся лучшіе французскіе юристы, писавшіе до изданія кодекса. Потье требуетъ для дѣйствительности разсматриваемаго вида даренія *une clause de dessaisissement, par laquelle le donateur se dessaisit envers le donataire de ses biens jusqu'à due concurrence, en les chargeant de cette dette pour moi*. Рикаръ считаетъ дареніе денежной ренты, пользованіе которою начинается впервые со смертью дарителя, дѣйствительнымъ, но требуетъ,

чтобы съ момента даренія эта рента была бы обезпечена имуществомъ дарителя. Наконецъ комментаторъ обычаевъ города Парижа считаетъ дареніе денежной суммы, уплата которой должна послѣдовать впервые послѣ смерти дарителя, дареніемъ между живыми тогда только, когда въ самомъ актѣ даренія устанавливается ипотека на имущество, которымъ даритель обладаетъ во время совершенія даренія ¹.

Судебная практика до изданія кодекса твердо держалась взгляда, высказываемаго современными ей юристами. Этотъ взглядъ былъ принятъ и новыми французскими юристами и, что для насъ особенно важно, его раздѣляетъ одинъ изъ составителей кодекса—Гренье ². Въ пользу этого взгляда мы имѣемъ также цѣлый рядъ рѣшеній новыхъ французскихъ судовъ. Въ послѣднее время, какъ я уже сказалъ, преобладаетъ противоположный взглядъ, но этотъ взглядъ нашель себѣ энергическій отпоръ со стороны названнаго выше бельгійскаго цивилиста Лорана, который съ успѣхомъ устраняетъ всѣ возраженія противниковъ.

Главное возраженіе, которое дѣлаютъ противъ теоріи старыхъ юристовъ, состоитъ въ томъ, что ипотекою можно обезпечить такое только право, которое само по себѣ дѣйствительно, недѣйствительное право отъ обезпеченія его ипотекой силы получить не можетъ. „Это возраженіе“, говоритъ Лоранъ, „упускаетъ изъ виду ту особую причину, которая дѣлаетъ дареніе недѣйствительнымъ. Дареніе недѣйствительно въ данномъ случаѣ только потому, что оно несогласно съ прави-

¹ Laurent, l. c.

² Grenier, I № 7 и 7 bis. Того же мнѣнія Толье, Вазейль и Тесье, см. Demolombe, III № 391; также Арнольдъ въ Revue de legislat. 1851 г. р. 356 и слѣд.

ломъ *donner et retenir ne vaut*. Оно удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ юридическихъ сдѣлокъ и если устранить возможность воздѣйствія дарителя на результатъ даренія, то оно будетъ имѣть полную силу". Единственный недостатокъ разсматриваемаго вида даренія — необезпеченность одареннаго въ полученіи обѣщанной суммы: ипотека устранить этотъ недостатокъ, она препятствуетъ дарителю сдѣлать дареніе бесполезнымъ, а потому послѣднее этимъ путемъ становится вполне дѣйствительнымъ. Говорятъ, далѣе, что ипотека, какъ побочное средство обезпеченія, не можетъ оказать никакого вліянія на ту сдѣлку, которую она обезпечиваетъ: она обезпечиваетъ только исполненіе сдѣлки, не ея юридическую силу. Но противъ этого возраженія мы можемъ привести примѣръ, который доказываетъ противное. Что такое транскрипція во французскомъ правѣ, какъ не мѣра обезпеченія для пріобрѣтателя недвижимой собственности? Собственность на недвижимое имущество переходитъ и безъ транскрипціи, въ силу одного договора, напримѣръ, при обязательствѣ передать вещь въ собственность (*obligation de livrer la chose*, art. 1138, 1583). Но каковъ результатъ такого перехода собственности на вещь? Отчуждившій вещь сохраняетъ возможность обременять ее долгами, обложить ипотеками, и эти ипотеки сохраняютъ свою полную силу противъ пріобрѣтателя. Спрашивается, какое же право собственности, по словамъ закона, получаетъ пріобрѣтатель, если отчуждатель изъ этого права можетъ сдѣлать одну тѣнь? Очевидно ограниченное право, но это право дѣлается полнымъ вслѣдствіе присоединенія къ акту пріобрѣтенія транскрипціи. Такимъ образомъ одинъ актъ обезпеченія можетъ вліять на самое существо права. Пойдемъ далѣе. Дареніе, какъ мы видѣли, также переноситъ на одареннаго право собственности въ моментъ сво-

его совершения, слѣдовательно при дареніи недвижимаго имущества до транскрипці даритель можетъ сдѣлать дареніе ничтожнымъ, обременивъ подаренную вещь долгами. Такимъ образомъ дареніе недвижимаго имущества до транскрипці не удовлетворяетъ вполнѣ условію *dessaisissement*. На этомъ основаніи законодатель обязываетъ дарителя имуществомъ, на которыя можетъ быть установлена ипотека, къ транскрипці ихъ (а. 939), и юристы считаютъ дареніе до транскрипці не вступившимъ въ силу, такъ какъ по волѣ дарителя оно можетъ остаться безъ дѣйствія ¹. Но если къ такому заключенію приходятъ юристы, признающіе обѣщаніе подарить денежную сумму вполнѣ дѣйствительнымъ, то спрашивается, почему эти юристы не допускаютъ такого же значенія обезпеченія и при указанномъ обѣщаніи? Если законодатель для дѣйствительности дареній вещей извѣстнаго рода требуетъ обезпеченія ихъ транскрипціей, то почему не думать, что при дареніи вещей другаго рода, именно денежной суммы съ отстрочкою уплаты, будетъ вполнѣ сообразно съ волею законодателя требовать обезпеченія даренія ипотекой, въ виду того, что обезпеченія обоихъ родовъ преслѣдуютъ здѣсь одну и ту же цѣль, и даютъ одинъ и тотъ же результатъ.

Такимъ образомъ мы не можемъ признать возраженій, дѣлаемыхъ господствующей теоріей. Главная ошибка этой теоріи состоитъ въ томъ, что при обсужденіи даренія она упускаетъ изъ виду его особенности, и выходитъ потому только отъ общихъ началъ. Одаренный, говоритъ она, дѣлается кредиторомъ, право кредитора безвозвратное, поэтому нельзя говорить, что въ волѣ дарителя уничтожить дареніе, лишить его

¹ Troplong, art. 939.

силы. Но основываться на такихъ общихъ разсужденіяхъ нельзя, такъ какъ тогда легко стать въ прямое противорѣчіе съ правиломъ *donner et retenir ne vaut*. Это правило явилось во французскомъ обычномъ правѣ, по объясненію писателей, къ выгодѣ дарителя и его наслѣдниковъ. По словамъ Лорьера это правило введено для того, чтобы дарители, зная, что дареніе влечетъ за собою немедленную потерю, были воздержнѣе при дарственныхъ распоряженіяхъ своимъ имуществомъ. Другой писатель, Аргу, высказываетъ мнѣніе, что этимъ правиломъ ограждались и права наслѣдниковъ. Обычай по общему правилу не ограничивали лицъ въ распоряженіи имуществомъ посредствомъ дареній, въ противоположность къ распоряженіямъ по завѣщанію, имѣя въ виду, что интересы наслѣдниковъ достаточно обезпечены личными интересами самого дарителя, который знаетъ о немедленной и безвозвратной потерѣ, наступающей для него вслѣдствіе даренія. Сознаніе этой потери удержитъ лице отъ даренія, а потому ограждаетъ и интересы его наслѣдниковъ¹. Таковъ смыслъ разсматриваемаго нами правила и очевидно, что этотъ смыслъ нарушается, какъ скоро дарителю остается какая либо возможность сдѣлать дареніе бесполезнымъ, а что такая возможность остается дарителю денежной суммы съ отсрочкою уплаты, это не подлежитъ сомнѣнію. Правило *donner et retenir ne vaut*, по словамъ самаго ревностнаго защитника оспариваемаго нами мнѣнія, Демоломба, хотя и не воспроизведено буквально кодексомъ, но тѣмъ не менѣе принято имъ во всей его первоначальной строгости и значеніи². Какъ же объяснить себѣ то обстоятельство, что въ другомъ мѣстѣ

¹ Demolombe, I № 25.

² Тамъ же, № 26.

своего труда Демоломбъ, чтобы устранить возраженія противъ защищаемаго имъ взгляда, косвенно отвергаетъ за этимъ правиломъ его значеніе, какъ мѣры для обезпеченія наслѣдниковъ и самого дарителя отъ легкомысленнаго распорядженія имуществомъ путемъ дареній ¹?

Несостоятельность господствующаго мнѣнія высказывается и въ томъ, что многіе юристы принимаютъ его только съ извѣстными ограниченіями, признавая тѣмъ самымъ косвенно основательность противоположнаго мнѣнія. Такъ одни юристы, чтобы устранить противорѣчіе господствующаго мнѣнія съ с. 943 кодекса, признаютъ дареніе денежной суммы съ отсрочкою уплаты дѣйствительнымъ лишь на столько, насколько оно не превышаетъ цѣнности наличнаго имущества дарителя въ моментъ даренія ². Другіе признаютъ указанное дареніе недѣйствительнымъ и тогда, когда уплата отсрочена до смерти дарителя, и имущество, оставленное послѣднимъ, будетъ состоять изъ такихъ вещей, которыхъ даритель не имѣлъ въ моментъ совершенія даренія ³. Третьи дареніе денежной суммы могутъ представить себѣ только въ такомъ видѣ, что къ одаренному переходитъ право собственности на находящуюся у дарителя денежную сумму, но даритель удерживаетъ за собою узурфруктъ, при чемъ онъ не обязанъ ни къ какому обезпеченію относительно одареннаго согласно съ с. 601 кодекса. По своимъ результатамъ это мнѣніе сходится съ первымъ ⁴. Есть еще одно мнѣніе, которое при каждомъ дареніи денежной суммы съ отсрочкою уплаты по день смерти дарителя совѣтуетъ разли-

¹ Тамъ же, III № 393.

² Ba yle—Mouillard въ примѣчаніяхъ къ Grenier. I № 7 bis, n. a.

³ Coin—Delisle, цитированный у Michaux, № 107.

⁴ Справ. Demolombe, III, № 388.

чать: желалъ ли даритель просто подарить обязательство съ отсрочкою уплаты, или же онъ хотѣлъ сдѣлать дареніе подъ условіемъ, если оставить послѣ себя имущество, достаточное для его покрытія. Въ послѣднемъ случаѣ дареніе считается недѣйствительнымъ¹. Изъ приведенныхъ мнѣній мы видимъ, что и юристы, допускающіе дареніе денежной суммы съ отсрочкою уплаты, признаютъ до нѣкоторой степени основательность доводовъ противоположнаго мнѣнія и стараются примирить его съ господствующимъ.

Наконецъ несостоятельность господствующаго взгляда высказывается между прочимъ въ томъ, что представители его несогласны между собою относительно послѣдствій даренія денежной суммы съ отсрочкою уплаты. Это разногласіе, замѣчаетъ Лоранъ, доказываетъ, что писатели не вполне убѣждены въ вѣрности своего принципа. Такъ, если даритель умретъ несостоятельнымъ, то одни говорятъ, что одаренный получаетъ удовлетвореніе послѣ всѣхъ другихъ кредиторовъ, другіе даютъ ему преимущество передъ всѣми послѣдующими кредиторами, третьи уравниваютъ одареннаго съ кредиторами дарителя вообще. Далѣе, спрашивается, какой будетъ результатъ конкуренціи двухъ лицъ, которымъ даритель въ разное время подарилъ извѣстную денежную сумму съ уплатою по смерти? Даритель умираетъ несостоятельнымъ, какъ распредѣлить его имущество между одаренными? Кассационный судъ рѣшилъ, что прежде всего удовлетворяется тотъ, кому дареніе сдѣлано ранѣе, Демоломбъ же, основываясь на общихъ началахъ, рѣшаетъ, что такъ какъ оба одаренныхъ вѣрители, то они должны получить равное удовлетвореніе. Мнѣніе Де-

¹ Маркаде, цитир. у Michaux, № 112.

молomba, замѣчаетъ Лоранъ, вполне логично, но оно показываетъ какъ опасно руководствоваться одними общими началами, такъ какъ мнѣніе Демоломба противорѣчитъ спеціальнымъ постановленіямъ закона. Именно, по с. 923 кодекса, въ случаѣ если едѣланныя даренія превышаютъ ту часть имущества, которую даритель можетъ распоряжаться, то прежде всего уничтожается послѣднее по времени дареніе, затѣмъ предпослѣднее и т. д., пока не будетъ возстановлена наслѣдникамъ часть имущества дарителя, которую послѣдній не могъ распорядиться дарственнымъ образомъ. Это положеніе кодекса по аналогіи вполне приложимо и къ разсматриваемому случаю¹.

На основаніи всего сказаннаго выше мы приходимъ къ тому заключенію, что по французскому праву дареніе предполагаетъ немедленную и невозвратную потерю для дарителя извѣстнаго имущественнаго права. Эта потеря должна состоять по общему правилу въ исчезновеніи для дарителя какого либо права на вещь одаряемаго или наоборотъ въ возникновеніи для одаряемаго права на вещь, находящуюся въ имуществѣ дарителя (права вещнаго или абсолютнаго). Мы видѣли, что обѣщаніе подарить дѣйствительно тогда только, когда оно сопровождается ипотекой, т. е. установленіемъ вещнаго права. Наконецъ дареніемъ считается и опущеніе долга, такъ какъ оно также безвозвратно, какъ установленіе вещнаго права, и по отношенію къ дарителю одинаково съ нимъ по результату. Возвращаясь теперь къ вопросу о мѣстѣ даренія въ системѣ права, мы находимъ, что указанное новое свойство даренія во французскомъ правѣ, вполне совмѣстимо съ характеромъ даренія, какъ обязательства. Подтверженіе этому

¹ Laurent, XII, № 422.

мы находимъ въ самомъ кодексѣ. Мы видѣли, что контрактъ кодексъ называетъ соглашеніе, по которому кто либо обязывается что либо дать, сдѣлать или не дѣлать. Обязательство же что либо дать соединено по французскому праву съ немедленнымъ переходомъ собственности на вещь къ кредитору, какъ скоро состоится соглашеніе (а. 1138). На этомъ основаніи купля во французскомъ правѣ считается обязательствомъ по договору, хотя покупатель дѣлается собственникомъ продаваемой вещи въ самый моментъ соглашенія о продажѣ. Съ этимъ исчезаетъ послѣднее препятствіе къ признанію даренія за обязательство по договору, такъ какъ относительно перехода собственности дареніе во французскомъ правѣ ничѣмъ не отличается отъ продажи. Такимъ образомъ французскіе юристы выяснили настоящій характеръ даренія по французскому праву и пришли относительно мѣста его въ системѣ права къ тому же результату, какъ германскія законодательства и отчасти германская наука.

б. Русское законодательство.

І. Обращаясь къ нашему законодательству, мы можемъ сдѣлать нѣсколько заключеній о характерѣ даренія и нѣкоторыхъ его особенностяхъ по нашему праву уже изъ того мѣста, которое оно занимаетъ въ нашемъ законодательномъ сборникѣ. Одно бѣглое сравненіе системы 1-й части X тома свода законовъ съ системою французскаго кодекса убѣждаетъ насъ, что послѣдняя послужила образцомъ при составленіи нашего свода законовъ гражданскихъ. Нашъ сводъ, какъ и французскій кодексъ, излагаетъ сначала отношенія семейственнаго права, затѣмъ положенія объ имуществахъ вообще, далѣе

обращается къ праву собственности неограниченному и ограниченному и наконецъ заключаетъ въ себѣ главу. „О способахъ приобрѣтенія правъ на имущества“. Эта глава соотвѣтствуетъ главѣ французскаго кодекса, въ которой содержатся общія положенія „о различныхъ способахъ приобрѣтенія собственности“. Общее между этими главами состоитъ въ томъ, что въ нихъ устанавливается система, которой слѣдуетъ наше и французское законодательство при дальнѣйшемъ изложеніи институтовъ гражданскаго права. Въ нашемъ сводѣ эту систему устанавливаетъ примѣчаніе 1 къ с. 699, во французскомъ кодексѣ art. 711. Сравненіе этихъ статей весьма любопытно и потому мы приводимъ ихъ параллельно.

Art. 711 C. civ.: Собственность на имущества приобрѣтается и переносится (1) наслѣдствомъ, (2) дареніемъ между живыми или по завѣщанію и (3) при посредствѣ обязательствъ.

Прим. 1 къ с. 699: Способы приобрѣтенія (правъ на имущество) излагаются подробно въ слѣдующихъ двухъ книгахъ; они суть: 1) способы дарственные и безмездные, а именно: пожалованіе, выдѣлъ имущества дѣтямъ отъ родителей, даръ, духовное завѣщаніе; 2) наслѣдство; 3) способы обоюдные, каковы суть мѣна и купля; 4) договоры и обязательства.

Изъ сравненія этихъ статей легко придти къ тому заключенію, что статья французскаго кодекса послужила прототипомъ примѣчанія къ нашей 699 статьѣ, только въ послѣднемъ мы замѣчаемъ нѣкоторыя измѣненія и дополненія. Эти измѣненія и дополненія состоятъ въ слѣдующемъ. 1) Къ дарственнымъ способамъ отнесены кромѣ дареній (куда относится и пожалованіе) и завѣщаній еще выдѣлъ и приданое. 2) Изъ договоровъ и обязательствъ выдѣлены мѣна и купля. Наконецъ все примѣчаніе говоритъ о способахъ приобрѣтенія правъ на

имущество, не права собственности, что несомненно составляет улучшение редакціи сравнительно съ статьей французскаго кодекса. Это измѣненіе понятно само собою, но спрашивается, чѣмъ объяснить себѣ первыя два измѣненія?

Первое объясняется весьма просто. Выдѣлъ занимаетъ въ системѣ нашего права тоже мѣсто, какое занимаетъ во французскомъ кодексѣ весьма близкій институтъ *partage fait par père, mère ou autres ascendans entre leur descendans*. Положенія о раздѣлѣ восходящими имущества между нисходящими помѣщены въ кодексѣ непосредственно послѣ дареній и тоже мѣсто занимаютъ у насъ законоположенія о выдѣлѣ. Что же касается до приданого, то у насъ оно занимаетъ другое мѣсто, чѣмъ въ кодексѣ, но потому, что наше право не знаетъ брачныхъ контрактовъ, въ раздѣлѣ о которыхъ помѣщаетъ кодексъ законоположенія о приданомъ. Кромѣ того нашъ законъ взглянулъ на приданое, какъ на выдѣлъ лицъ женскаго пола, а потому и ставитъ его непосредственно послѣ выдѣла. Что же касается до втораго измѣненія, то причина его была слѣдующая. Составители свода замѣтили двойственность въ обязательствахъ по французскому кодексу. Одни обязательства, *obligations de livrer la chose*, въ моментъ своего заключенія переносятъ на кредитора вещное право, другія — устанавливаютъ для него право только личное. Составители свода увидѣли въ нашемъ правѣ обязательства обоихъ этихъ видовъ и притомъ съ тѣми же послѣдствіями, которыя соединяются съ ними во французскомъ правѣ. Они нашли, что мѣна и купля уже въ моментъ своего совершенія, также какъ и во французскомъ правѣ, переносятъ право собственности, или лучше сказать вообще вещное право. Затѣмъ извѣстно всякому, кто знакомъ съ „Основаніями Россійскаго права, извлеченными изъ существующихъ законовъ Россійской Имперіи“.

что составители свода при кодификаціи нашего законодательства имѣли передъ глазами принципы римскаго права, и сообразно съ этими принципами имъ показалось страннымъ причислить къ обязательствамъ сдѣлки, которыми непосредственно переносится вещное право. Слѣдствіемъ этого было то, что купля продажа въ томъ видѣ, какъ она представляется намъ въ римскомъ правѣ, подъ именемъ договора запродажи отнесена къ обязательствамъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ наряду съ обязательствами установленъ особый разрядъ обоюдныхъ способовъ приобрѣтенія, куда отнесена мѣна и купля продажа, какъ понимаетъ ее наше право. Сдѣланный нами выводъ относительно причины образованія особыхъ обоюдныхъ способовъ приобрѣтенія имущества въ нашемъ правѣ могъ бы показаться произвольнымъ, если бы его буквально не подтверждали слова Сперанскаго о куплѣ по нашему праву. „Купчая крѣпость говоритъ Сперанскій, никогда не считалась обязательствомъ: это *traditio symbolica*. Она производитъ не искъ (*actio*), и процессъ по ней не принадлежитъ къ исковымъ процессамъ, но къ вотчиннымъ или крѣпостнымъ (*vindicatio*)“. Нечего и говорить, что подъ купчею крѣпостью Сперанскій разумѣетъ здѣсь не извѣстный формальный документъ, какъ таковой, а сдѣлку, непосредственно переносящую вещное право, такъ какъ купчей крѣпости онъ противопоставляетъ договоръ о продажѣ. Слова Сперанскаго имѣютъ для насъ большое значеніе и потому, что выясняютъ намъ взглядъ составителей свода на обязательства, какъ на сдѣлки, порождающія только личное право, право на дѣйствіе извѣстнаго лица, на искъ, что и послужило основаніемъ къ выдѣленію мѣны и купли изъ системы обязательствъ.

Такимъ образомъ изъ сравненія системы юридическихъ институтовъ въ нашемъ правѣ съ системою ихъ во француз-

скомъ кодексѣ мы видимъ, что если способы пріобрѣтенія, называемыя въ нашемъ законѣ безмездными, и соединены вмѣстѣ какъ кажется по чисто внѣшнимъ основаніямъ, то способы обоюдные выдѣлены изъ ряда обязательствъ въ особый отдѣлъ совершенно сознательно, какъ сдѣлки особаго рода, непосредственно переносящія на пріобрѣтателя вещное право. Къ тому же выводу, какой мы сдѣлали относительно обоюдныхъ способовъ пріобрѣтенія, но только въ болѣе общей формѣ, мы придемъ разсматривая систему гражданскихъ институтовъ въ нашемъ сводѣ и внѣ всякой связи съ системой французскаго кодекса. Мы видѣли, что нашъ законодатель принялъ за образецъ систему французскаго кодекса, но послѣдовалъ ей не безусловно, а со многими отступленіями и измѣненіями. Поэтому на систему нашего свода мы можемъ смотрѣть, какъ на нѣчто вполне сознательное и можемъ взять ее за исходную точку для нашихъ выводовъ, независимо отъ ея источника.

Обращаясь къ объясненію системы нашего права, на которую указываетъ примѣчаніе къ с. 699, мы опустимъ въ нашемъ изложеніи наслѣдованіе и завѣщаніе, какъ способы пріобрѣтенія правъ на имущество. Первое, уже по своему существу, вполне оправдываетъ свое особое мѣсто въ системѣ права, завѣщаніе же находится съ другими способами, перечисленными подъ тою же рубрикою дарственныхъ способовъ пріобрѣтенія, въ чисто внѣшней связи, оправдываемой однако по отношенію къ дареніямъ тѣмъ, что даренія на случай смерти нашъ законъ предписываетъ разсматривать, какъ завѣщанія. Мы обратимъ вниманіе главнымъ образомъ на остальные способы пріобрѣтенія имущества, которые мы можемъ назвать способами пріобрѣтенія между живыми, и остановимся преимущественно на отношеніи способовъ безмездныхъ и обо-

юдныхъ къ договорамъ и обязательствамъ, такъ какъ на этомъ отношеніи мы и оснѣваемъ свои выводы.

Возьмемъ прежде всего способы безмездные и спросимъ: что отличаетъ ихъ отъ способовъ обоюдныхъ и отъ договоровъ и обязательствъ? Отъ купли и мѣны ихъ отличаетъ безмездность, но отъ договоровъ и обязательствъ она ихъ не отличаетъ. Мы видѣли, что есть цѣлый рядъ безмездныхъ обязательствъ, каковы договоры ссуды, поклажи, довѣренности. Съ другой стороны купля и мѣна отличается отъ способовъ пріобрѣтенія безмездныхъ обоюдностью, т. е. пріобрѣтеніемъ правъ на имущество со стороны каждаго участника сдѣлки, иначе сказать возмездностью, между тѣмъ какъ возмездность не можетъ служить отличительною чертою купли и мѣны отъ договоровъ и обязательствъ. Такимъ образомъ мы видимъ, что способы пріобрѣтенія, обозначенныя въ прим. къ с. 699 подъ №№ 2 и 3 различаются между собою, какъ способы безмездныя и возмездныя, но затѣмъ качества, соединяемыя съ этими способами въ указанномъ примѣчаніи, не доставляютъ намъ данныхъ для отличія ихъ отъ договоровъ и обязательствъ. Этого отличія мы должны слѣдовательно искать въ существѣ способовъ № 4, въ ихъ характеристикѣ какъ договоровъ и обязательствъ. Такимъ образомъ способы №№ 2 и 3 отличаются отъ способовъ № 4 тѣмъ, что они или не договоры, или не обязательства. въ томъ смыслѣ, какъ понимаетъ послѣдній нашъ законъ. Можетъ быть, слѣдовательно, что безмездные и обоюдные способы пріобрѣтенія не суть договоры, то есть это не юридическія сдѣлки, совершаемыя съ общаго согласія участниковъ. Нѣкоторые безмездные способы пріобрѣтенія дѣйствительно могутъ не быть договорами, напр. выдѣлъ и приданое. Нашъ законъ (с. 994) говоритъ, что родители и восходящіе родственники властны выдѣлять

дѣтей своихъ и потомковъ, назначая имъ часть изъ своего имущества. Выдѣлъ представляется такимъ образомъ одностороннимъ актомъ, посредствомъ котораго восходящіе родственники, предоставляя дѣтямъ при своей жизни право на извѣстную часть своего имущества, могутъ устранить ихъ отъ участія въ раздѣлѣ того имущества, которое оставятъ послѣ своей смерти¹. Согласія дѣтей не требуется. Переходъ къ нимъ права на выдѣленное имущество, а также другія послѣдствія выдѣла наступаютъ независимо отъ ихъ согласія. Тоже можно сказать и о приданомъ, но уже съ оговоркою. Именно право на имущество переходитъ здѣсь помимо воли выдѣляемой, но отъ наслѣдства она устраняется тогда только, когда сама отречется отъ него (с. 1002 и 1003). Такимъ образомъ при установленіи приданого проявляется уже договорное начало. Родители или другіе родственники передаютъ дочери или родственницѣ извѣстное имущество, а эти въ свою очередь отрекаются за себя и за своихъ наслѣдниковъ отъ участія въ наслѣдствѣ выдѣляющаго. Вслѣдствіе этого и бываетъ, что актъ установленія приданого (рядная) можетъ имѣть видъ договорнаго акта, подписываемаго какъ устанавливающимъ приданое, такъ и получающей его (с. 1002). Наконецъ обращаясь къ даренію, мы уже видѣли, что оно представляется всегда договоромъ такъ какъ по постановленіямъ нашего права оно не имѣетъ силы пока не будетъ принято одареннымъ.

¹ Эшельманъ, О приобрѣтеніи права собственности на землю, стр. 131, считаетъ выдѣлъ договоромъ на томъ основаніи, что выдѣленный по смерти выдѣлившаго можетъ требовать дополненія своей доли, если предварительно не отрелся отъ этого права въ актѣ выдѣла. Но такого дополненія можетъ требовать только тотъ, кто не получилъ надлежащей части въ родовомъ имуществѣ. Во всѣхъ другихъ случаяхъ рѣчи о дополненіи доли быть не можетъ, а потому излишне и отреченіе.

Договорами будутъ также мѣна и купля. Можетъ возникнуть сомнѣнiе относительно купли недвижимыхъ имуществъ, такъ какъ актъ купли продажи этихъ имуществъ, купчая крѣпость, имѣетъ видъ вовсе не договорнаго акта. Въ этомъ актѣ продавецъ объявляетъ, что онъ продалъ такому то такое то имущество, получилъ за него такую то цѣну и одинъ подписываетъ этотъ актъ. Но это доказываетъ только, что купчая крѣпость по своей формѣ не соотвѣтствуетъ существу той сдѣлки, которую она должна представлять. Слѣдуетъ замѣтить, что подобнаго рода акты весьма обыкновенны въ нашемъ правѣ и на существованiе ихъ указываетъ самъ законодатель. Такъ въ с. 568 говорится: обязательства или содержатся въ самыхъ тѣхъ договорахъ, изъ коихъ они происходятъ, таковы суть договоры найма, подряда, поставки и тому подобныя, или составляются въ видѣ отдѣльномъ по предшествовавшему договору письменному или словесному, таковы суть закладныя, заемныя письма и тому подобныя. Что эта статья говоритъ о закладныхъ и заемныхъ письмахъ, тоже должно сказать о купчей. Какъ заемное письмо, въ которомъ должникъ признаетъ, что онъ получилъ известную сумму денегъ, можетъ быть уничтожено въ случаѣ, если дѣйствительнаго полученiя денегъ не было, также и купчая крѣпость. За этими обоими актами кроются такимъ образомъ извѣстныя обоюдныя соглашенiя, не соотвѣтствующiя содержанию указанныхъ актовъ. По этимъ соглашенiямъ заимодавецъ обѣщаетъ дать известную сумму, что обѣщаетъ и покупатель, хотя обѣщанiяхъ этого рода въ самыхъ актахъ не говорится. Поэтому, если сумма обѣщанная заимодавцемъ или продавцемъ, не будетъ уплочена лицу, дѣлающему заемъ, или покупателю, то можетъ быть оспоренъ актъ какъ займа, такъ и купли. Такимъ образомъ за актами обоюго рода скрывается

известное взаимное соглашение заключающихъ сдѣлку сторонъ, то есть договоръ¹. Относительно купли однако можно полагать, что за купчею кроется не самостоятельный договоръ купли продажи, какъ за заемнымъ письмомъ кроется дѣйствительный договоръ займа, а просто договоръ запродажи. Противъ этого можно возразить, что договоръ, который покрывается купчей, во многомъ отличенъ отъ договора запродажи. По договору запродажи одно лице обязуется продать известное имущество, а другое обязуется купить его за опредѣленную цѣну. Напротивъ того по договору купли продажи одно лице *продаетъ* имущество (въ купчей пишется, что оно уже продало), а другое покупаетъ его за известную цѣну. Договоръ запродажи по отношенію къ куплѣ продажѣ есть не болѣе, какъ договоръ о заключеніи договора, *pactum de pacto contrahendo*. Договоръ купли продажи составляетъ ту цѣль, которую стороны имѣютъ въ виду при запродажѣ, но при этомъ не является исполненіемъ запродажи. Различіе этихъ договоровъ особенно ясно высказывается въ ихъ послѣдствіяхъ. Цѣль запродажи—совершеніе купли, но это совершеніе не можетъ быть предметомъ иска, такъ какъ оно требуетъ особаго договора, а каждый договоръ долженъ быть основанъ на непринужденномъ, свободномъ произволѣ и согласіи (срав. с. 700). Судъ будетъ безсиленъ признать такой искъ. Все, что могутъ сдѣлать стороны для своего обезпеченія при запродажѣ, это—установить различныя косвенныя мѣры, которыя могли бы служить побужденіемъ къ добровольному совершенію купли или продажи. Согласно съ этимъ искъ, вытекающій изъ договора запродажи, имѣетъ своимъ

¹ *Побьдоносцева*, Вѣщн. права, стр. 298: купчая есть укрѣпленіе, но вмѣстѣ и договоръ.

предметомъ одно взысканіе убытковъ съ уклоняющейся стороны или мѣры обезпеченія, установленныя сторонами въ этомъ договорѣ. Имущества или права, на пріобрѣтеніе которыхъ была разсчитана запродажа, этотъ искъ не касается. Между стороною, желающею пріобрѣсти или отчудить это имущество или право, и самимъ имуществомъ стоитъ воля другаго лица, безъ участія которой данное пріобрѣтеніе или отчужденіе невозможны. Другое дѣло при куплѣ продажѣ. Какъ скоро этотъ договоръ заключенъ, стороны становятся въ прямое отношеніе къ составляющему его предметъ имуществу и могутъ искать непосредственно: пріобрѣтатель—передачи проданнаго предмета, а отчудитель уплаты обѣщаннаго эквивалента (срав. с. 1513, 1514, 1519, 1521). Такимъ образомъ купля продажа составляетъ особый договоръ, отличный отъ запродажи какъ по своему содержанію, такъ и по послѣдствіямъ. Такого взгляда держится и наша судебная практика, разсматривающая запродажу, какъ договоръ о заключеніи договора¹.

Изъ предшествовавшаго изложенія мы видѣли, что купля продажа есть договоръ, не смотря на односторонній характеръ купчей крѣпости. Не подлежитъ сомнѣнію, что и мѣна будетъ договоромъ и наконецъ договоромъ будетъ, какъ мы

¹ Рѣш. Гражд. Кассац. Сен. 1867 г. № 72, 1869 г. № 462, 1870 г. № 1529, 1871 г. № 517 и друг. Рѣшеніемъ Кассац. Сен. 1868 г. № 850 запродажа прямо разсматривается, какъ предварительное соглашеніе на послѣдующее совершеніе акта купли продажи. Запродажа, по мнѣнію Сената, не есть актъ окончательный и при совершеніи окончательнаго акта, каковымъ является договоръ купли продажи, могутъ послѣдовать другія соглашенія, существенно разнящіяся съ тѣми, которыя были выражены сторонами въ предварительной запродажной сдѣлкѣ. Такимъ образомъ запродажа и купля продажа, это два различныхъ договора, которые имѣютъ каждый свое особое содержаніе.

уже видѣли, дареніе¹. Такимъ образомъ договорный характеръ не будетъ отличительнымъ признакомъ способовъ пріобрѣтенія, которыя нашъ законъ характеризуетъ, какъ договоры и обязательства, остается принять, что характеристическая черта этихъ способовъ заключается въ томъ, что они представляются обязательствами. Если мы говоримъ здѣсь объ обязательствахъ, то конечно въ томъ смыслѣ, какъ понимали ихъ составители Свода, называя ими особый классъ способовъ пріобрѣтенія имущества. Мы уже видѣли, что Сперанскій считаетъ обязательствами такія (договорныя) сдѣлки, которыми можетъ быть установлено только личное право, право на искъ, не право на вещь. Поэтому если способы пріобрѣтенія № 4 нашъ законъ характеризуетъ, какъ обязательства, и если въ этомъ, какъ мы видѣли, заключается единственная отличительная черта этихъ способовъ отъ способовъ безмездныхъ и обоюдныхъ, то мы должны признать, что договорами и обязательствами устанавливается только чисто личное право въ противоположность къ двумъ другимъ классамъ способовъ пріобрѣтенія, которыми можетъ быть установлено непосредственно и право на вещь². Сравнивая этотъ выводъ

¹ Дарственная запись совершается у насъ по образцу купчей крѣпости (прим. къ прилож. къ с. 1420 прим. 2), въ видѣ односторонняго акта, но это не мѣшаетъ разсматривать дареніе, какъ договоръ, какъ купчая крѣпость не измѣняетъ договорнаго характера купли продажи.

² Въ прим. къ с. 699 подъ именемъ договоровъ и обязательствъ не разумѣются двѣ различнаго рода сдѣлки. Напротивъ того, называя четвертый классъ способовъ пріобрѣтенія договорами и обязательствами, мы не можемъ раздѣлять эти понятія, такъ какъ по смыслу нашего закона они должны выражать одинъ родъ сдѣлокъ, который мы называемъ обязательствами по договору. Такое значеніе термина „договоры и обязательства“ по нашему закону видно изъ того, что вмѣсто этого термина книга четвертая нашихъ гражданскихъ законовъ озаглавлена такъ: «О обязательствахъ по договорамъ»—и содержитъ въ себѣ положенія именно о четвертомъ классѣ

съ сдѣланнымъ нами выше, при сравненіи системы нашего права съ системою французскаго кодекса, мы находимъ, что тотъ выводъ, который мы сдѣлали тогда относительно обоюдныхъ способовъ приобрѣтенія, распространяется и на способы приобрѣтенія безмездные. Для окончательнаго подтвержденія этого вывода намъ слѣдуетъ провѣрить его на отдѣльныхъ видахъ безмездныхъ и обоюдныхъ способовъ приобрѣтенія. Но прежде всего намъ слѣдуетъ еще разъ уяснить себѣ характеристическую черту этихъ способовъ.

Сдѣлокъ, имѣющихъ своимъ результатомъ переходъ собственности¹ отъ одного лица къ другому, весьма много, и нѣкоторыя изъ нихъ причисляются нашимъ законамъ къ обязательствамъ. Но приобрѣтеніе собственности сдѣлками послѣдняго рода во многомъ отличается отъ приобрѣтенія способами, не причисляемыми нашимъ правомъ къ обязательствамъ. Именно, при всѣхъ сдѣлкахъ, имѣющихъ результатомъ перенесеніе права собственности, должно различать моментъ самаго совершенія сдѣлки и моментъ перехода имущества въ фактическое

способовъ приобрѣтенія имущества. При всемъ томъ выраженіе «договоры и обязательства» является не случайнымъ въ нашемъ законѣ и употребляется имъ въ указанномъ выше смыслѣ, какъ юридическій терминъ, напр. въ статьяхъ 569, 570, 571, 573, 593. Понятіе договора отдѣляется отъ понятія обязательства главнымъ образомъ въ одномъ только мѣстѣ нашихъ гражданскихъ законовъ, именно когда подъ рубрикою обязательствъ по договорамъ законъ говоритъ прежде всего о составленіи, совершеніи, исполненіи и прекращеніи *договоровъ вообще*, противопоставляя здѣсь обязательствамъ по договорамъ договоры вообще (с 1528 и слѣд.).

¹ Мы говоримъ здѣсь о переходѣ собственности, потому что это главный случай, о которомъ только и говоритъ нашъ законъ. Кромѣ того вопросъ о переходѣ собственности въ силу одного договора болѣе споренъ, чѣмъ переходъ всякаго другаго вещнаго права. Правъ на чужую вещь, напр. сервитуты и ипотека, уже по римскому праву возникали непосредственно въ силу договора.

обладаніе пріобрѣтателя. Обязательства, какъ понимаетъ ихъ наше право, если имѣютъ своимъ результатомъ переходъ собственности, то этотъ результатъ является въ моментъ фактическаго перехода имущества къ пріобрѣтателю; до этого момента кредиторъ не получаетъ никакого вещнаго права на имущество. Напримѣръ при договорѣ поставки кредиторъ въ моментъ совершенія договора получаетъ только личное право требовать доставленія извѣстнаго имущества, въ моментъ же передачи ему этого имущества онъ получаетъ на него право собственности. Другое дѣло при способахъ пріобрѣтенія обоюдныхъ и безмездныхъ. Если бы мы стали утверждать, что и при нихъ право собственности переходитъ впервые съ поступленіемъ имущества въ фактическое обладаніе пріобрѣтателя, тогда переходъ собственности на пріобрѣтателя не составлялъ бы характеристической черты этихъ способовъ: это были бы сдѣлки, устанавлиющія только личное право, которое вслѣдствіе передачи имущества обращалось бы въ право вещное. Поэтому мы утверждаемъ, что въ способахъ обоюдныхъ и безмездныхъ право собственности переходитъ на пріобрѣтателя въ самый моментъ совершенія сдѣлки, независимо отъ фактическаго поступленія имущества во власть пріобрѣтателя. Постараемся доказать наше положеніе.

Начнемъ съ купли. Говоря о куплѣ мы рассмотримъ отдѣльно куплю движимаго и недвижимаго имущества, и въ обоихъ случаяхъ будемъ различать моментъ совершенія купли отъ момента перехода проданнаго имущества во власть пріобрѣтателя, момента, который при движимыхъ вещахъ называется передачею, при недвижимыхъ вводомъ во владѣніе. Что переходъ права собственности на движимое имущество совершается независимо отъ передачи этого имущества покупателю вполне ясно изъ статьи 1513, которая постановляетъ слѣдующее: „Если про-

давецъ взялъ съ покупщика задатокъ или всѣ деньги, а потомъ проданныхъ вещей отдавать не будетъ, видя въ цѣнѣхъ возвышеніе, то къ такой отдачѣ принуждается судомъ и притомъ по условленной цѣнѣ, а не по возвысившейся¹. О задаткѣхъ и ушложенныхъ деньгахъ говорится здѣсь потому, что при безформенности купли движимости (ср. с. 710) они составляютъ наиболѣе вѣрный признакъ заключеннаго договора купли, но не должно подлежать сомнѣнію, что равную силу имѣеть и письменный документъ². Такимъ образомъ по с. 1513 какъ скоро между сторонами состоится соглашеніе о куплѣ продажѣ движимости, покупатель получаетъ абсолютное право на купленную вещь и продавецъ принуждается къ выдачѣ ея судомъ. Съ другой стороны по с. 1514 съ этого момента принуждается и покупатель къ принятію купленныхъ вещей, какъ собственникъ ихъ, такъ какъ никто не обязанъ противъ своей воли держать у себя чужія вещи и можетъ потребовать отъ собственника взятія ихъ³. Слѣдуетъ при этомъ замѣтить, что указанная статья не говоритъ ни о полученныхъ деньгахъ, ни о задаткѣхъ, что подтверждаетъ высказанное нами выше мнѣніе о несущественности ихъ для заключенія купли продажи движимости. Такимъ образомъ покупатель получаетъ право на купленную вещь независимо отъ ея передачи, въ силу одно-

¹ Рѣш. С.-Петербург. Суд. Палаты, Судебный Вѣстникъ 1873 г. № 145.— Рѣшенія кассац. сен. 1872 г. № 689 и 697.

² Такъ по прим. 1 къ с. 728 право на полученіе пяти съ половиною процентнаго дохода передается посредствомъ актовъ и обязательствъ, совершаемыхъ крѣпостнымъ или явочнымъ порядкомъ. Подъ именемъ явочнаго акта мы можемъ разумѣть и совершенный нотаріальнымъ порядкомъ актъ о продажѣ, и такого акта, какъ видно по смыслу с. 728, будетъ вполне достаточно для перехода права на полученіе ренты. Никакого задатка или улаты части цѣны здѣсь не требуется.—Ср. прим. къ с. 993.

³ Рѣш. кассац. сен. 1867 г. № 72.

го договора купли продажи. Это подтверждается и статьею 1510, которая говорит о передачѣ *проданнаго* имущества и представляет передачу только какъ фактическій переходъ имущества въ руки покупателя. Такому взгляду на передачу какъ будто противорѣчитъ примѣчаніе (по Продолж. 1871 г.) къ приведенной 1510 статьѣ; въ которомъ говорится о переходѣ *права* золотопромышленника на золотой приискъ. Мѣсто этого примѣчанія заставляетъ какъ будто предполагать, что передача имѣетъ значеніе и для перехода права, но легко убѣдиться въ противномъ, обратившись къ с. 26 особаго приложения къ VII тому Св. Зак. (по Продолженію 1871 г.), къ которой отсылаетъ указанное примѣчаніе. Статья эта не ставитъ перехода права золотопромышленника въ какую бы то ни было связь съ фактической его передачею, напротивъ того прямо постановляетъ, что переходъ этого права совершается явочными и нотаріальными актами.

Купля продажа недвижимости совершается при посредствѣ крѣпостныхъ актовъ, купчихъ крѣпостей и данныхъ (при продажѣ съ публичнаго торга). Эти акты въ с. 925 называются укрѣпленіями, для перехода недвижимыхъ имуществъ закономъ установленными. Слѣдовательно переходъ права собственности на недвижимое имущество происходитъ въ тотъ моментъ, какъ означенные акты получаютъ силу ¹. Получаютъ же силу эти акты слѣдующимъ образомъ: 1) съ передачею акта продавцомъ покупателю, когда самымъ яснымъ образомъ выражается соглашеніе сторонъ о продажѣ имущества, и 2) съ протеченіемъ семидневнаго срока со времени выдачи

¹ Срав. с. 363 уст. о пошл. (т. V); При *переходахъ* имуществъ отъ одного лица *съ полною* къ другому *собственностью*, или вообще при перемѣнѣ крѣпостнаго владѣнія, *съ актовъ, утверждающихъ право сего владѣнія*, взимаются въ казну особая пошлины, подъ именемъ крѣпостныхъ.

акта отъ крѣпостныхъ дѣлъ. Въ теченіи семи дней съ этого момента, если не послѣдуетъ передачи акта, каждая сторона можетъ произвольно отказаться отъ продажи и одностороннимъ заявленіемъ уничтожить актъ (с. 825). По истеченіи же семидневнаго срока крѣпостной актъ можетъ быть уничтоженъ только по суду, слѣдовательно сдѣлка, укрѣпляемая имъ, считается совершившеюся, и можетъ быть объявлена недействительною только по опредѣленію суда. Нашъ законъ прямо высказываетъ это по отношенію къ куплѣ. Купчая крѣпость по с. 1424 по истеченіи семи дней со дня ея выдачи отъ крѣпостныхъ дѣлъ можетъ быть уничтожена только по суду и только вслѣдствіе неполученія продавцомъ продажной цѣны¹. Такимъ образомъ по истеченіи семидневнаго срока выданная отъ крѣпостныхъ дѣлъ купчая крѣпость получаетъ полную силу, даже если не будетъ передана покупателю². Купля продажа считается совершившеюся, но продавцу въ обезпеченіе своего права на продажную цѣну предоставляется искать судомъ объ уничтоженіи купли продажи, если покупатель не платитъ условленной суммы. Во всемъ указанномъ выше частности могутъ быть спорны, можетъ быть споренъ вопросъ о томъ, когда купля продажа считается совершившеюся, но для насъ важно то, что въ моментъ совершенія

¹ Срав. Сборн. рѣшеній сената II, № 1023. Рѣш. кассац. сената 1869 № 208. Рѣш. Харьков. Судеб. Палаты, Судеб. Вѣстникъ 1868 г. № 91.

² Этому съ перваго взгляда противорѣчитъ с. 1509, постановляющая, что пріобрѣтатель имѣнія съ публичнаго торга получаетъ на него право собственности не ранѣе полученія имъ данной или купчей. Но слѣдуетъ замѣтить, что актъ выдается здѣсь покупателю не прежнимъ собственникомъ имѣнія, а непосредственно учрежденіемъ крѣпостныхъ дѣлъ (с. 1508). Слѣдовательно пріобрѣтатель имѣнія съ публичнаго торга дѣлается его собственникомъ въ моментъ выдачи акта отъ крѣпостныхъ дѣлъ. Моментъ передачи данной пріобрѣтателю совпадаетъ здѣсь съ выдачею акта отъ крѣпостныхъ дѣлъ.

купи продажи на покупателя переходит право на продаваемое недвижимое имущество. Мы убѣдимся въ этомъ еще болѣе, когда разсмотримъ значеніе ввода во владѣніе по нашему праву. Вводъ во владѣніе относится у насъ, также какъ и акты, къ способамъ укрѣпленія правъ, но нигдѣ законъ не говоритъ о немъ, какъ о способѣ укрѣпленія, необходимомъ для перехода права на недвижимое имущество. Законъ соединяетъ съ вводомъ во владѣніе только нѣкоторыя спеціальныя послѣдствія, и допускаетъ вводъ только на основаніи актовъ, установленныхъ для перехода права на недвижимыя имущества (с. 925). Правда, безъ ввода во владѣніе у насъ немислимы теперь ни залогъ, ни отчужденіе приобрѣтеннаго имущества, такъ что безъ ввода какъ будто полное право собственности не переходитъ, но это обстоятельство имѣетъ чисто формальныя причины, въ противномъ случаѣ мы должны будемъ признать, что въ случаѣ приобрѣтающей давности право собственности на давностнаго владѣльца переходитъ не въ силу истеченія давностнаго срока, а вслѣдствіе послѣдовавшаго за тѣмъ по просьбѣ владѣльца ввода во владѣніе. Затѣмъ въ самомъ законѣ одна статья (1509) признаетъ переходъ полного права собственности съ правомъ отчужденія на приобрѣтателя независимо отъ ввода во владѣніе. Вводъ во владѣніе является простою формальностью, необходимою лишь для осуществленія полного права собственности. Такъ смотритъ на вводъ во владѣніе жизнь, такъ смотритъ на него и судебная практика. Въ жизни вводъ во владѣніе приобрѣтеннымъ имуществомъ не дѣлается иногда цѣлые десятки лѣтъ, пока не явится необходимость отчудить это имущество. Практика же считаетъ вводъ во владѣніе только дополнительнымъ обрядомъ приведенія въ дѣйствіе актовъ укрѣпленія, обрядомъ оглашенія общественною властью пере-

хода правъ собственности на недвижимое имущество¹. Представленныхъ доказательствъ намъ кажется достаточно, чтобы убѣдиться, что право собственности на покупателя какъ движимости, такъ и недвижимости, переходитъ въ моментъ совершения купли продажи, а не въ моментъ передачи или ввода во владѣніе. Таковъ взглядъ и нашей судебной практики, которая въ этомъ отношеніи единодушна.

Что мы сказали выше о куплѣ, должно сказать и о мѣнѣ, такъ какъ мѣну мы всегда можемъ представить себѣ какъ два договора купли продажи.

Переходимъ къ даренію. Выводъ, который мы сдѣлали относительно купли продажи, подтверждается и для даренія. Передача и вводъ во владѣніе играютъ при дареніи ту же роль, какъ при куплѣ продажѣ. Передача движимаго имущества при дареніи предполагаетъ уже, что право на это имущество перешло къ одаренному. Въ этомъ смыслѣ с. 993 говорить о передачѣ *подареннаго*, не даримаго имущества. Передача предполагаетъ уже совершившійся даръ и переходъ права на одареннаго. Что же касается до даренія недвижимыхъ имуществъ, то дарственные записи нашъ законъ причисляетъ къ укрѣпленіямъ, необходимымъ для перехода правъ на недвижимыя имущества, наравнѣ съ купчими крѣпостями

¹ Сборн. рѣш. Сен. II № 873. — Рѣш. кассац. Сен. 1868 г. № 6. — Рѣш. Одесск. Суд. Пал. Суд. Вѣстникъ 1867 г. № 142. — Преобладающее значеніе актовъ при вопросѣ о переходѣ права собственности въ случаѣ купли продажи доказывается и тѣмъ, что въ случаѣ двойной продажи имѣнія въ разныя руки преимущество получаетъ купчая, ранѣе совершенная, с. 1509. Не безъ значенія и с. 1395, по которой если продавецъ, измѣнивъ государству, убѣжить за границу, то учиненная имъ продажа недвижимаго имѣнія тогда токмо считается дѣйствительною, когда на оную вполнѣ совершено надлежащимъ порядкомъ купчій актъ. Для дѣйствительности продажи, и вмѣстѣ съ тѣмъ для перехода права собственности на имущество не требуется здѣсь ни ввода во владѣніе, ни даже передачи купчей покупателю.

(с. 925). Принимая затѣмъ во вниманіе общій характеръ ввѣда во владѣніе по нашему праву и положенія о крѣпостныхъ актахъ, съ которыми мы познакомились, говоря о куплѣ, намъ не остается прибавить ничего болѣе къ сдѣланнымъ относительно послѣдней выводамъ. Впрочемъ въ постановленіяхъ нашего права о дареніяхъ есть одна статья, которая какъ будто придаетъ вводу во владѣніе особенно важное значеніе и заставляеть думать, что онъ необходимъ для совершенія дара и перехода права на одаряемаго. Именно въ концѣ с. 991 говорится, что „вводъ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ по дарственной записи долженъ слѣдовать немедленно по совершеніи акта, и ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть отсроченъ до смерти дарителя.“ Принять, что это положеніе относится ко всѣмъ дарственнымъ записямъ, значило бы дѣйствительно признать за вводомъ во владѣніе при дареніи важную роль, но это значило бы также стать въ противорѣчіе съ тѣмъ значеніемъ, которое вводъ во владѣніе имѣеть вообще по нашему праву. Вводъ во владѣніе, какъ мы видѣли, является неизбѣжною формальностью только для залога и отчужденія имущества, поэтому мы не можемъ представить себѣ, чтобы дареніе, если одаренный замедлитъ вводомъ во владѣніе и даритель умретъ до ввода, могло быть объявлено несостоявшимся, недѣйствительнымъ. Въ виду этого положеніе о немедленномъ вводѣ во владѣніе, находящееся въ концѣ с. 991, мы должны относить къ тѣмъ только дарственнымъ записямъ, о которыхъ говоритъ начало этой статьи ¹. Къ этому уполномочиваетъ насъ уже то обстоятельство, что положеніе о немедленномъ вводѣ во владѣ-

¹ Рѣш. Касс. Сен. 1873 г. по д. Мандрыкиной. Сборн. рѣш. Касс. Сен. за 1873 г. Боровиковскаго и Книрима.

не стоит не въ видѣ особой статьи, а связано съ другимъ, чисто специальнымъ постановленіемъ, которое говоритъ объ одной особой формѣ дарственной записи. При этой формѣ дарственной записи вводъ во владѣніе дѣйствительно долженъ получить особое значеніе и притомъ значеніе естественное, вполне оправдываемое обстоятельствами. Сдѣлано завѣщаніе, по которому то или другое имущество должно перейти къ извѣстному лицу еще при жизни завѣщателя. Подобное завѣщаніе законъ объявляетъ дарственной записью, но при томъ лишь предположеніи, что даръ дѣйствительно совершился, что право на даримое имущество безповоротно перешло къ одаренному, а для этого недостаточно одного написанія завѣщанія. Завѣщаніе есть актъ односторонній, оно можетъ быть односторонне уничтожено и распоряженіе о предоставленіи лицу имущества при жизни завѣщателя, какъ распоряженіе, помѣщенное въ завѣщаніи, можетъ быть уничтожено или измѣнено завѣщателемъ. Одно объявленіе завѣщателя о немедленномъ безповоротномъ укрѣпленіи имущества за извѣстнымъ лицомъ не имѣетъ значенія, какъ не имѣетъ значенія и обѣщаніе завѣщателя не уничтожать своего завѣщанія и не измѣнять разъ сдѣланныхъ имъ распоряженій (с. 1030). Такимъ образомъ завѣщаніе можетъ получить видъ дарственной записи, т. е. акта, свидѣтельствующаго о переходѣ права на одареннаго, тогда только, когда для завѣщателя исчезнетъ возможность измѣнить свою волю, когда имущество дѣйствительно будетъ укрѣплено за лицомъ безповоротно. Предположимъ, что завѣщатель въ завѣщаніи даритъ своему племяннику извѣстное имущество, но до времени держитъ завѣщаніе въ тайнѣ: никто не станетъ утверждать, что если по какому либо случаю завѣщаніе это при жизни написавшаго попадетъ въ руки племянника, послѣдній получитъ возможность отыс-

кивать на основаніи его свое право на даримое имущество. Такимъ образомъ несомнѣнно, что въ силу одного завѣщанія право на даримое имущество къ одаряемому не переходитъ, и подобное завѣщаніе не служитъ признакомъ совершенія дара. Моментомъ совершенія дара можно бы считать передачу завѣщанія одаряемому или передачу имущества въ его фактическое обладаніе, но, принявъ это, мы стали бы въ противорѣчіе съ положеніями нашего закона о переходѣ правъ на недвижимыя имущества въ силу сдѣлокъ между живыми. Права на недвижимое имущество въ силу сдѣлокъ между живыми переходятъ у насъ путемъ формальныхъ актовъ, между тѣмъ передача духовнаго завѣщанія и фактическое овладѣніе даримымъ имуществомъ не могутъ удовлетворить требованіямъ закона о формализмѣ при переходѣ правъ на недвижимость. Понятно, какое значеніе получаетъ въ разсматриваемомъ случаѣ ввѣдъ во владѣніе, при указанномъ нами стремленіи закона къ формализму. И если ввѣдъ во владѣніе тамъ, гдѣ есть формальный, крѣпостной актъ, устанавлиющій право на недвижимое имущество, является излишнею формальностью, то въ приведенномъ случаѣ, когда переходъ права происходитъ безъ крѣпостныхъ актовъ, онъ является необходимымъ по духу нашего закона. Ввѣдъ во владѣніе долженъ быть здѣсь сдѣланъ немедленно по совершеніи акта и ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть отложенъ до смерти дарителя. Объявляя въ разсматриваемомъ нами случаѣ завѣщаніе дарственной записью, законодатель хочетъ соединить съ нимъ и существенное послѣдствіе дарственной записи — переходъ права на одаряемаго. Поэтому, чтобы завѣщаніе получило значеніе дарственной записи со всѣми ея послѣдствіями, законодатель и желаетъ немедленнаго ввода во владѣніе подареннымъ въ завѣщаніи имуществомъ. Однако не-

медленный вводъ является только желаніемъ законодателя, необходимо же одно, чтобы вводъ былъ сдѣланъ до смерти дарителя, потому что только въ этомъ случаѣ, какъ мы видѣли, безвозвратное укрѣпленіе совершится при жизни дарителя¹. Такимъ образомъ относительно даренія, какъ и относительно купли, мы приходимъ къ тому заключенію, что право, составляющее предметъ даренія, переходитъ въ моментъ совершенія дара, независимо отъ передачи имущества одаренному и отъ ввода послѣдняго во владѣніе этимъ имуществомъ. Этотъ выводъ подтверждаетъ и с. 974, которая говоритъ, что даръ, принятый тѣмъ, кому онъ назначенъ, къ дарителю не возвращается. Для безвозвратнаго перехода права на одареннаго требуется такимъ образомъ только заключеніе дара, какъ договора (если законъ требуетъ для этого извѣстной формы, то конечно въ этой формѣ), о передачѣ и вводѣ во владѣніе не говорится ни слова.

Нѣтъ основанія отрицать добытые нами результаты и для выдѣла и приданаго. Выдѣлъ и приданое, какъ говоритъ нашъ законъ (с. 994 и 1001), совершается назначеніемъ

¹ На необходимость здѣсь ввода, какъ *формальной* передачи во владѣніе, указано въ Сборн. рѣш. Сената № 590.—К. П. Побѣдоносцевъ (Вотчин. права, 2 изд. стр. 326), излагая постановленіе с. 991 о вводѣ во владѣніе, замѣчаетъ слѣдующее: Правило это не слѣдуетъ однако понимать въ такомъ смыслѣ, будто бы даръ въ такомъ только случаѣ совершается и имѣетъ свойство дара, когда совершается въ дѣйствительности немедленная передача имѣнія: законъ имѣетъ въ виду не *фактъ передачи*, а *содержаніе* воли дарственной, и намѣреніе, выраженное въ актѣ. Событіе передачи можетъ быть отдалено или ускорено случаемъ и обстоятельствами: отъ этого свойство дара не измѣняется, если воля была подлинно дарственная. Передача имѣнія можетъ быть даже отсрочена по волѣ дарителя, условіями акта;—законъ не допускаетъ только одной отсрочки — до смерти дарителя; въ такомъ случаѣ актъ становится завѣщательнымъ. Такимъ образомъ даръ не будетъ недѣйствительнымъ, если случайно вводъ во владѣніе замедлится и до смерти дарителя.

восходящими родственниками части из своего имущества нисходящимъ. Такимъ образомъ восходящiе не общають дать извѣстное имущество, а непосредственно даютъ его и потому въ частности отдѣльныя и рядныя записи на недвижимыя имущества относятся также къ актамъ укрѣпленiя, установленнымъ для перехода правъ на недвижимость. Хотя этого законъ прямо не говоритъ, но это вытекаетъ изъ общаго характера крѣпостной формы, въ которую должны быть облечены рядныя и отдѣльныя записи на недвижимыя имущества. Кроме того относительно рядныхъ нашъ законъ постановляетъ, что они должны совершаться по образцу купчихъ крѣпостей (прим. къ прилож. къ с. 1420), а мы видѣли, что купчая крѣпость есть актъ, свидѣтельствующiй о состоявшемся уже переходѣ права на имущество. Затѣмъ вводъ во владѣнiе и передача не могутъ имѣть здѣсь другаго значенiя, чѣмъ мы видѣли выше, тѣмъ болѣе, что въ постановленiяхъ о выдѣлѣ и приданомъ нашъ законъ о нихъ не говоритъ ни слова ¹.

II. Въ окончательномъ результатѣ мы имѣли, что въ способахъ приобрѣтенiя безмездныхъ и обоюдныхъ право собствен-

1. Изъ числа безмездныхъ способовъ приобрѣтенiя мы не упоминали о пожалованiи, но пожалованiе въ сущности ничто иное какъ даренiе, только къ нему, благодаря личности дарителя, не прилагается ни одно изъ ограниченiй, установленныхъ для даренiя. Затѣмъ относительно интересующаго насъ вопроса положенiя о пожалованiи тѣ же, какъ и при даренiи. Законъ высказывается здѣсь даже яснѣе. Такъ, если жалуется индивидуальное опредѣленное имущество, то право собственности переходитъ на жалуемаго со времени изданiя указа о пожалованiи (с. 934 и 936). Вступить въ фактическое обладанiе пожалованнымъ имуществомъ безъ формальной сдачи его нельзя, но право на это имущество переходитъ къ наследникамъ жалуемаго и тогда, когда послѣднiй умретъ до сдачи (с. 935). Такимъ образомъ право на жалуемое имущество не зависитъ отъ передачи его, а возникаетъ непосредственно въ моментъ совершившагося пожалованiя, въ моментъ изданiя указа о немъ.

ности, а затѣмъ, мы можемъ сказать, и вообще вещное право переходитъ на пріобрѣтателя непосредственно въ моментъ совершенія отчуждательной сдѣлки. Этотъ выводъ извѣстенъ нашей судебной практикѣ, но въ нашей юридической литературѣ онъ весьма споренъ. Такъ *Мейеръ* держится римскаго взгляда на куплю продажу и признаетъ переходъ собственности только въ моментъ передачи имущества покупателю. Наоборотъ нашъ почтенный ученый *К. П. Побѣдоносцевъ*, по крайней мѣрѣ относительно купли продажи недвижимыхъ имуществъ, стоитъ за противоположный взглядъ. „По идеѣ нашего закона, говоритъ онъ, продажа есть *déjà fait*, коимъ одна сторона передаетъ другой вещь за опредѣленную цѣну. Выраженіемъ этого дѣйствія служитъ купчая крѣпость“ (не вводитъ во владѣніе). Здѣсь продажа „переноситъ собственность и вмѣстѣ съ тѣмъ производитъ обязательство“. Право собственности, по мнѣнію *К. П. Побѣдоносцева*, переходитъ непосредственно съ передачею купчей покупателю¹. Тоже мнѣ-

¹ Вотчинныя права, стр. 281, 297. Съ последнею частію мнѣнія *К. П. Побѣдоносцева* мы однако согласиться не можемъ. По мнѣнію уважаемаго ученаго „ни къ совершенію купчей, ни къ *выдачѣ* ея невозможно принудить владѣльца имѣнія, когда онъ по доброй волѣ и по соглашенію съ другою стороною не учинитъ сего“ (тамъ же, стр. 295 и 296), взглядъ раздѣляемый и старою сенатскою практикою. Намъ кажется, что подобный взглядъ не согласуется съ вытекающимъ изъ постановленій нашего закона правомъ покупателя и продавца односторонне отказаться отъ договора купли продажи только въ теченіи семидневнаго срока со времени выдачи купчей отъ крѣпостныхъ дѣлъ. По истеченіи этого срока нашъ законъ говоритъ только о правѣ продавца уничтожить купчую крѣпость за неполученіемъ продажной цѣны и не иначе какъ по суду. Уже изъ того, что купчая можетъ быть уничтожена въ этомъ случаѣ только по суду, видно, что актъ этотъ получилъ силу въ моментъ истеченія семидневнаго срока: продажа считается съ этого времени совершившеюся, но только подлежащею еще оспариванію по особому основанію. Всѣ же оспариваемые акты и сдѣлки, какъ извѣстно, суть акты и сдѣлки сами по себѣ дѣйствительныя. Наше мнѣніе подтвер-

ніе, но безусловно высказываетъ почтенный ученый относительно даренія. „По нашему законодательству, говоритъ онъ, дареніе разумѣется, какъ безмездное отчужденіе имущества при жизни между живыми; съ даромъ у насъ соединяется немедленный переходъ имущества“. „Дареніе совершается въ минуту соглашенія воли дающаго съ волею принимающаго, и эта минута у насъ совпадаетъ съ совершеніемъ дарственнаго акта. Если бы даръ по нашимъ законамъ былъ просто договоромъ, если бы даромъ можно было признать обѣщаніе дать или сдѣлать, съ исполненіемъ въ будущемъ, то можно было бы минуту пріянія отдѣлить отъ минуты дара, но у насъ традиція; переходъ имущества соединяется съ совершеніемъ дара...“¹. Энгельманъ высказывается не вполне ясно. Онъ обобщаетъ пріобрѣтеніе собственности куплею, полученіемъ дара, приданого, выдѣломъ и т. д., и о продажѣ говоритъ слѣдующее: „Разсматривая пріобрѣтеніе права собственности на проданное имущество относительно договаривающихся лицъ, мы должны заключить, что, по отношенію къ продавцу, покупательъ пріобрѣтаетъ *право полной собственности* совершеніемъ договора; поэтому продавецъ, по заключеніи договора, не имѣетъ на имѣніе рѣшительно никакихъ уже правъ. Права покупателя неполны относительно

дится еще болѣе, когда мы спросимъ: какъ быть, если покупательъ уплатилъ всѣ деньги или купилъ въ кредитъ, а продавецъ не выдастъ ему купчей? Здѣсь покупательъ волею неволею долженъ самъ просить объ уничтоженіи купчей, и такимъ образомъ въ окончательномъ результатѣ отъ односторонней воли продавца будетъ зависѣть уничтоженіе купчей во всякомъ случаѣ, а это противорѣчитъ указанному выше постановленію нашего закона. Наконецъ, если передача купчей не можетъ быть вынуждена, то какое будетъ различіе между запродажею и продажею? Неужели только то, что при первой невынуждаемымъ является самое *совершеніе* купчей, а при второй *ея передача*?

¹ Тамъ же, стр. 323, 327.

лицъ, не участвовавшихъ въ договорѣ, т. е. тѣхъ, права которыхъ могли быть нарушены договоромъ, но они полны относительно продавца¹. Такимъ образомъ на покупателя право полной собственности переходитъ въ моментъ совершенія договора, неполнота же его правъ относительно третьихъ лицъ имѣетъ своимъ основаніемъ извѣстное правило — *nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet*. Но въ другомъ мѣстѣ Энгельманъ какъ бы противорѣчитъ себѣ. „Договоромъ“, говоритъ онъ, „устанавливается только право искать обращенія въ свою собственность вещи, бывшей предметомъ договорнаго акта; вводомъ же во владѣніе осуществляется дѣйствительное ея приобрѣтеніе въ собственность“. Далѣе: „Имущество укрѣпляется за извѣстнымъ лицомъ не актомъ, а вводомъ во владѣніе, совершеннымъ влѣдствіе акта: окончательно же даже не вводомъ, а истеченіемъ двухъ лѣтъ по совершеніи акта“ (ввода?) Но затѣмъ въ томъ же мѣстѣ объясняется: „Совершеніемъ акта собственникъ отрывается отъ своего права на землю и переноситъ это право на другое лице; вводомъ во владѣніе онъ передаетъ вещь въ физическую власть другаго, который приобрѣлъ дѣйствительное на нее право заключеніемъ договора“². Эти кажущіяся противорѣчія объясняются тѣмъ, что подъ правомъ полной собственности Энгельманъ разумѣетъ такое, которое уже никѣмъ и ни въ какомъ случаѣ оспорено быть не можетъ.

Въ послѣднее время защищаемый нами и принятый отчасти судебной практикой взглядъ подвергнуть критикѣ въ статьѣ „Виндикація“, помѣщенной въ журналѣ гражданскаго и уголовнаго права³. Авторъ статьи приходитъ къ тому

¹ О приобрѣтенія права собственности на землю, стр. 158.

² Тамъ же, стр. 136.

³ Ж. Г. и У. П. за 1874 г. № 3, статья г. Окса.

заключенію, что при отчужденіи движимыхъ вещей въ силу отчудительной сдѣлки пріобрѣтатель получаетъ только личный искъ, право на вещь переходитъ впервые съ передачею имущества. Такимъ образомъ подвергается сомнѣнію переходъ вещнаго права въ силу договора только относительно движимыхъ вещей. Это странно уже потому, что было бы непоследовательностью со стороны законодателя одну и ту же сдѣлку обсуждать совершенно различно, смотря потому будетъ ли она касаться движимыхъ или недвижимыхъ имуществъ. Различіе этихъ имуществъ безспорно важно, но оно не можетъ оказывать на сдѣлку такого вліянія, чтобы руководящія ею принципы измѣнялись смотря по роду имуществъ. Примѣромъ можетъ служить у насъ право залога. Залогъ имуществъ движимыхъ и недвижимыхъ различается по своей формѣ, срокамъ продажи и т. д., но существо его остается одно и то же: обезпеченіе кредитора опредѣленнымъ имуществомъ должника и осуществленіе обезпеченія продажею этого имущества со стороны кредитора въ случаѣ неуплаты долга. Какую роль играетъ при залогѣ вещное обезпеченіе кредитора, ту же роль играетъ немедленный переходъ права собственности при куплѣ, такъ какъ это составляетъ, какъ мы видѣли, главную характеристическую черту этой сдѣлки въ противоположность къ договору запродажи. Если купля продажа движимыхъ вещей въ этомъ отношеніи имѣетъ свои особенности, то эти особенности должны основываться на точныхъ положеніяхъ закона, какъ это мы и видимъ во французскомъ правѣ (с. 1141). Мы разберемъ главные доводы, представляемые авторомъ статьи „Виндикація“ въ пользу своего мнѣнія, и постараемся указать на тѣ возраженія, которыя могутъ быть на нихъ сдѣланы.

Прежде всего г. Оксѣ не находить возможнымъ дѣлать

какіе бы то ни было выводы въ пользу защищаемаго нами мнѣнія изъ примѣчанія 1 къ с. 699. Статья эта, по замѣчанію автора, не имѣетъ цитаты, изъ чего слѣдуетъ заключить, что она не основана на положительномъ источникѣ, а есть не болѣе какъ логическое обобщеніе, сдѣланное редакторами X тома. Логическое же обобщеніе лишено всякихъ практическихъ послѣдствій и всякаго практическаго значенія, если оно не связано въ какихъ либо дальнѣйшихъ выводахъ съ живымъ организмомъ дѣйствующаго права, не проведено болѣе или менѣе послѣдовательно, и если оно чуждо духу законодательства, въ которое введено. Г. Окс соглашается съ тѣмъ, что указанная статья взята изъ французскаго кодекса, въ которомъ перенесеніе права собственности путемъ договора есть также нововведеніе; но преимущество французскаго кодекса по мнѣнію г. Окса то, что въ немъ новое возрѣніе на дѣйствіе договора проводится не только общей формулой, но и болѣе частными нормами. Такъ соответствующая нашему примѣчанію къ с. 699 статья кодекса помѣщена подъ рубрикою „о способахъ, которыми пріобрѣтается собственность“, не просто имущество. Далѣе въ самой этой статьѣ говорится о пріобрѣтеніи и переходѣ именно собственности. Съ своей стороны мы не можемъ считать употребленіе выраженія „собственность“ за преимущество французскаго кодекса, скорѣе это выраженіе здѣсь не на своемъ мѣстѣ. Статьями 711 и 712 кодекса устанавливается система пріобрѣтенія имущественныхъ правъ вообще, въ противномъ случаѣ эти статьи не имѣли бы никакого смысла. Въ самомъ дѣлѣ, какое значеніе имѣетъ указаніе на систему способовъ пріобрѣтенія только права собственности, когда вслѣдъ за тѣмъ по этой системѣ излагаются способы пріобрѣтенія имущественныхъ правъ вообще? Можно

бы думать, что въ с. 711 и 712 кодекса редакторы послѣдняго хотѣли показать *какими* способами приобрѣтается именно собственность, но это было бы совершенно излишнимъ, такъ какъ при отдѣльномъ изложеніи способовъ приобрѣтенія каждый разъ указывается, когда этими способами приобрѣтается собственность и когда другія права. Такимъ образомъ нельзя придавать особаго значенія тому обстоятельству, что во французскомъ кодексѣ говорится о способахъ приобрѣтенія собственности, а въ нашемъ сводѣ о способахъ приобрѣтенія имущества. То и другое выраженіе въ данномъ случаѣ означаютъ одно и тоже, и нельзя противуполагать въ этомъ отношеніи французскій кодексъ нашему своду. Мы сомнѣваемся также, чтобы можно было сказать, что обобщеніе, заключающееся въ прим. 1 къ с. 699, не проведено послѣдовательно въ нашемъ законодательствѣ, такъ какъ по порядку, указанному въ этой статьѣ, излагаются послѣднія двѣ книги нашихъ гражданскихъ законовъ. Такимъ образомъ нашъ сводъ не только указываетъ на систему способовъ приобрѣтенія имущества, но и въ дѣйствительности слѣдуетъ этой системѣ въ своемъ изложеніи. Наконецъ слѣдуетъ замѣтить, что если логическое обобщеніе сознательно вносится въ законодательство, то оно *должно быть* приведено въ связь съ дѣйствующимъ организмомъ права. Логическое обобщеніе есть одно изъ главныхъ орудій науки и прямая цѣль его освѣтить и связать постановленія положительнаго права, возникающія постепенно, дробно и путемъ казуистическимъ. Поэтому если мы съ перваго взгляда не видимъ связи положеній дѣйствующаго права съ внесеннымъ въ него логическимъ обобщеніемъ, то это не значитъ еще, чтобы ея не было, а значитъ, что она отъ насъ ускользаетъ, и мы должны ее отыскивать. Намъ кажется, что эта связь указана нами въ предшествовавшемъ изло-

женіи. Намъ кажется далѣе, что она не находится въ противорѣчіи съ духомъ нашего законодательства. Доказательство тому мы находимъ въ приведенныхъ въ своемъ мѣстѣ статьяхъ нашего закона, и въ той легкости, съ какою взглядъ на приобрѣтеніе права собственности путемъ договора усвоенъ нашей судебной практикой. Дальнѣйшія доказательства справедливости этого взгляда мы увидимъ при разборѣ отдѣльныхъ доводовъ, приводимыхъ авторомъ „Виндикаціи“ въ защиту своего мнѣнія.

Первое основаніе, которое приводитъ въ пользу своего мнѣнія г. Оксъ, составляютъ с. 691 и 693 нашихъ гражданскихъ законовъ. Въ этихъ статьяхъ отыскиваніе права на имущество судомъ называется *тяжбою*, требованіе же удовлетворенія въ случаѣ неисполненія по договорамъ и обязательствамъ называется *искомъ*. Тяжба есть искъ вещный, ею отыскивается вещное право, судопроизводство здѣсь вотчинное, искъ же есть требованіе чисто личное, вытекающее изъ нарушения договоровъ. Купля продажа есть договоръ, поэтому представленное въ судъ требованіе о передачѣ вещи въ силу купли продажи есть требованіе, вытекающее изъ неисполненнаго договора, а слѣдовательно это только искъ, личное требованіе. Такимъ образомъ въ силу одного договора купли продажи возникаетъ только личный искъ. Противъ такого вывода можно однако замѣтить, что если купля продажа на самомъ дѣлѣ и есть договоръ, то нашимъ закономъ она не причисляется къ „договорамъ и обязательствамъ“, о которыхъ и говоритъ с. 693. Мы видѣли¹, что это выраженіе употребляется нашимъ закономъ для обозначенія обязательствъ по

¹ См. выше прим. на стр. 160.

договору, а купля продажа не причисляется закономъ къ послѣднимъ. Такимъ образомъ на основаніи с. 693 мы не можемъ сказать, что изъ купли продажи вытекаетъ только личный искъ, напротивъ того передача проданнаго предмета можетъ быть отыскиваема искомъ вещнымъ, и къ ней продавецъ принуждается судомъ (с. 1513). Изъ купли продажи могутъ возникнуть и личныя требованія, и постольку изъ нея вытекаетъ и личный искъ, но на выдачу проданнаго имущества идетъ и искъ вещный, какъ прямое послѣдствіе совершившагося уже перехода собственности.

Второе основаніе мнѣнія г. Окса составляетъ с. 1949 п. 3 устава торговаго. „Къ имуществу несостоятельнаго“, говорится въ этой статьѣ, „принадлежать также:—3) Договоры, несостоятельнымъ учиненные, но съ той или другой стороны неисполненные“. Здѣсь законъ не дѣлаетъ различія между договорами, слѣдовательно эта статья относится и къ мнѣнью, и къ куплѣ. Отсюда мы должны заключить, что договоры эти сами по себѣ собственности не переносятъ, такъ какъ въ конкурсную массу не включаются имущества, составляющія собственность другаго лица. Объяснимъ примѣромъ. Извѣстное лице продало какую либо вещь, но не передало ее до своей несостоятельности. Договоръ продажи, какъ право на извѣстную цѣну подъ условіемъ передачи вещи, обращается въ конкурсную массу, какъ имущество должника. Затѣмъ, какъ постановляетъ таже 1949 статья, конкурсное управленіе, если находитъ исполненіе договора выгоднымъ, исполняетъ его, въ противномъ случаѣ предоставляетъ другой договорившейся сторонѣ стать въ ряду съ остальными кредиторами. Если это постановленіе разумѣть и о куплѣ, то очевидно, что конкурсное управленіе можетъ не выдать проданной вещи, и такимъ образомъ вещь, которая по нашему взгляду принад-

лежить уже другому лицу, будет причислена къ конкурсной массѣ: къ имуществу должника будетъ причтена чужая вещь. Однако нельзя согласиться и съ этимъ доводомъ г. Окса по той же причинѣ, по которой мы не согласились и съ первымъ. Хотя нашъ законъ и говоритъ въ с. 1949 просто о договорахъ, но и здѣсь онъ разумѣетъ одни обязательства по договорамъ. Это видно изъ того, что вопросъ о переходѣ собственности при куплѣ продажѣ подробно обработанъ въ непосредственно предшествующихъ 1949 статьѣ статьяхъ устава. Въ этихъ статьяхъ говорится объ опредѣленіи точной принадлежности товаровъ, когда товары слѣдуетъ считать принадлежащими къ имуществу несостоятельнаго, и когда нѣтъ. При этомъ законъ разрѣшаетъ различнаго рода комбинаціи, встрѣчающіяся при куплѣ продажѣ товаровъ и въ вопросѣ о принадлежности вещи онъ придаетъ весьма малое значеніе ея передачѣ покупателю. Такъ по с. 1942, когда окажется, что находящіяся въ имуществѣ должника товары куплены въ послѣдніе десять дней передъ открытіемъ несостоятельности и деньги за оныя еще не заплачены, то они возвращаются продавцу, хотя послѣднимъ были уже переданы лицу, оказавшемуся несостоятельнымъ. По с. 1944 если товары, купленные несостоятельнымъ, поступятъ въ его распоряженіе впервые послѣ открытія несостоятельности, то они не причисляются къ его имуществу, развѣ бы высылатель ихъ долженъ былъ несостоятельному такую же сумму, какой тѣ товары стоятъ, или когда несостоятельный еще до открытія несостоятельности принялъ вексель, выданный на него высылателемъ. По с. 1945 (въ концѣ) тотъ кто купилъ у несостоятельнаго данный ему на комиссію товаръ и заплатилъ за него деньги или далъ по условію вексель, имѣетъ право собственности на купленный товаръ, хотя бы онъ былъ еще въ рукахъ несостоятельнаго.

Наконецъ по с. 1949 если у несостоятельнаго окажутся въ наличности товары, данные ему на комиссію единственно для дальнѣйшаго отправления ихъ или для очистки отъ пошлинъ, но эти товары будутъ проданы и за нихъ будутъ получены деньги, то право покупателя остается неприкосновеннымъ¹. Такимъ образомъ положенія о принадлежности вещей въ силу купли продажи опредѣляются нашими торговыми законами не по с. 1949, а особенно, въ предшествующихъ ей статьяхъ, по которымъ значеніе передачи вещи для вопроса о переходѣ собственности незначительно. Поэтому выводъ г. Окса, что купля продажа подчиняется опредѣленію пункта 3 с. 1949 торг. уст., не оправдывается. Можно было бы возразить, что указанныя постановленія закона о куплѣ продажъ относятся только къ куплѣ продажъ товаровъ. Это вѣрно, но отсюда нельзя выводить, чтобы купля продажа другихъ вещей обсуждалась по с. 1949. Торговый уставъ разумѣется имѣетъ въ виду главнымъ образомъ одни торговыя сдѣлки, а потому, если говорить о куплѣ продажъ, то главнымъ образомъ о куплѣ продажъ товаровъ. Послѣдствія купли продажи другихъ вещей при молчаніи закона слѣдуетъ опредѣлять по законамъ общимъ, насколько положенія торговаго устава представляются непримѣнимыми.

Третье основаніе оспариваемаго нами мнѣнія составляютъ с. 993 и 1510 Гражд. Законовъ. Эти статьи указываютъ

¹ Безъ сомнѣнія положенія о переходѣ права собственности по торговому уставу не совпадаютъ съ таковыми же положеніями въ гражданскихъ законахъ. Это зависитъ отъ особенностей торговаго оборота и мы приводимъ положенія торговаго устава для того только, чтобы показать, что и по этому уставу передача несущественна для перехода права собственности, а потому представляемое г. Оксомъ возраженіе нисколько не подкрѣпляетъ его взгляда.

на передачу, какъ на моментъ, съ котораго вещь поступаетъ въ распоряженіе пріобрѣтателя. Распоряженіе же, какъ видно изъ с. 420, есть существенная составная часть собственности: отсюда, заключаетъ авторъ статьи „Виндикація“, право собственности возникаетъ впервые въ моментъ передачи вещи пріобрѣтателю. Г. Оксъ однако сознается самъ, что подъ поступленіемъ въ распоряженіе можно разумѣть здѣсь одно пріобрѣтеніе фактической возможности проявлять свою власть надъ вещью, но, замѣчаетъ онъ, нѣтъ основанія понимать юридическіе термины, употребляемые закономъ, не въ томъ смыслѣ, какъ ихъ опредѣляетъ самъ законъ. Законъ же опредѣляетъ распоряженіе, какъ существенную часть собственности въ с. 420, 541 и 542. Дѣло однако въ томъ, что цитированныя статьи говорятъ о власти и о правѣ распоряжаться вещью, о правѣ распоряженія, а не о поступленіи въ распоряженіе, о которомъ говорятъ с. 993 и 1510.

Дальнѣйшіе доводы г. Окса относятся специально къ мѣнѣ и куплѣ. „Мѣна, движимыхъ имуществъ“, говоритъ с. 1380, „можетъ быть произведена и безъ письменнаго укрѣпленія, одною взаимною передачею“. Отсюда противное мнѣніе вывести, что право на вещь возникаетъ впервые съ передачею. Но изъ смысла приведенной статьи выходитъ, что мѣна можетъ быть совершена и посредствомъ письменнаго акта, только актъ этотъ не считается необходимымъ. Тотъ же выводъ, какъ относительно мѣны, оспариваемое нами мнѣніе дѣлаетъ и относительно купли на основаніи с. 1511, 1513 1522 законовъ Гражданскихъ.

По с. 1511 покушникъ, въ случаѣ неизвѣстности или неблагонадежности продавца, можетъ при передачѣ потребовать отъ него поручительства въ томъ, что продаваемое имущество ему дѣйствительно принадлежитъ. Законъ говоритъ объ уста-

новленіи поручительства при передачѣ, между тѣмъ, если бы право собственности переходило на покупателя въ моментъ совершенія договора, то интересъ покупателя требовалъ бы установленія поручительства въ самомъ договорѣ. До перехода права собственности, пока покупатель имѣетъ одно личное право, это право не страдаетъ отъ отобранія вещи у продавца, между тѣмъ какъ съ переходомъ права собственности рискъ отобранія вещи, какъ рискъ всякой потери, лежитъ уже на собственникѣ. Поэтому поручительство и представляется здѣсь особенно важнымъ, а такъ какъ поручительство требуется нашимъ закономъ при передачѣ вещи, то это вѣрный признакъ, что право собственности переходитъ на покупателя впервые съ этой передачей. Мы не можемъ однако согласиться, что необходимость поручительства стоитъ въ зависимости отъ перехода риска потери вещи на покупателя. Съ момента приобрѣтенія собственности на покупателя переходитъ рискъ потери вещи отъ случая (*vis major*), но не вслѣдствіе оспариванія вещи. За оспариваніе же вещи покупщику всегда отвѣчаетъ продавецъ какъ до передачи ея, такъ и послѣ, и притомъ все равно, примемъ ли мы переходъ собственности въ моментъ совершенія договора или въ моментъ передачи вещи ¹. Поэтому поручительство въ томъ, что „продаваемое имущество дѣйствительно принадлежитъ покупателю“ одинаково важно въ обоихъ случаяхъ. Такимъ образомъ с. 1511 говоритъ о поручительствѣ во время передачи имѣя въ виду

¹ Продавать по нашему закону можно только то имущество, коимъ владѣлецъ можетъ распоряжаться по праву собственности (с. 1384). Поэтому лице, продавшее непринадлежащее ему имущество, хотя бы при продажѣ оно было убѣждено въ противномъ, можетъ быть привлечено къ отвѣтственности на основаніи с. 574 законовъ Гражд. Въ частности, относительно вещей, оказавшихся краденными, это подтверждается для купли статьею 1512.

самый обыкновенный случай купли-продажи движимости. Если же передача имѣетъ здѣсь какое либо значеніе, то только благодаря своей фактической обстановкѣ¹.

Относительно с. 1513 и слѣд. г. Оксъ говоритъ, что понудительное исполненіе, устанавливаемое этими статьями, по существу своему примѣняется въ отношеніяхъ личныхъ, договорныхъ и чуждо отношеній, обусловливаемыхъ правомъ собственности. Законъ связуетъ здѣсь требованіе проданныхъ вещей посредствомъ понужденія къ исполненію съ условіями договора. Основаніемъ понужденія служатъ здѣсь личныя договорныя отношенія, а потому вещь можетъ быть требуема только отъ продавца, такъ какъ только его лично касаются тѣ условія, при которыхъ допускается понужденіе. Такимъ образомъ искъ о передачѣ вещи будетъ искомъ личнымъ, не виндикаціоннымъ. Такое объясненіе с. 1513 намъ кажется нѣсколько натянутымъ. Говоря о куплѣ-продажѣ законъ естественно имѣетъ въ виду прежде всего отношенія между покупщикомъ и продавцемъ, а потому, обращаясь къ иску о передачѣ вещи, рассматриваетъ его по отношенію къ продавцу. Въ этомъ случаѣ законъ совершенно справедливо поставилъ искъ покупщика въ зависимость отъ условій договора,

¹ При передачѣ движимости происходитъ обыкновенно расчетъ между продавцемъ и покупателемъ. До передачи вещи покупатель рискуетъ только задаткомъ или частью продажной цѣны уплаченною впередъ, такъ какъ остальную часть этой цѣны онъ можетъ удержать въ случаѣ непередачи вещи. Послѣ же передачи вещи рискъ идетъ обыкновенно на всю продажную цѣну, а потому при передачѣ покупатель чувствуетъ болѣе потребности имѣть поручителя, какъ лишняго отвѣтчика въ будущемъ, тѣмъ болѣе, что это послѣдній моментъ, когда продавецъ обязанъ представить такого поручителя. Такимъ образомъ важность поручительства при передачѣ зависитъ отъ чисто житейскихъ соображеній и не стоитъ ни въ какой связи съ вопросомъ о переходѣ собственности на продаваемую вещь.

именно въ зависимость отъ уплаты условленной цѣны, и это нисколько не противорѣчитъ вещному характеру иска покупателя, устанавливая для продавца только право удерживать вещь до полной уплаты продажной цѣны. До уплаты цѣны продавецъ можетъ удерживать проданную вещь, такъ же, какъ добросовѣстный владѣлецъ вещи можетъ удерживать вещь до уплаты сдѣланныхъ имъ на нее издержекъ. Право задержанія продавца будетъ намъ вполне ясно изъ ст. 1522¹.

Статья 1522, на которую также ссылается г. Оксѣ, постановляетъ слѣдующее: „Если покупатель, принявъ движимое имущество отъ продавца, не заплатитъ слѣдующей за оное цѣны, то имущество продается съ публичнаго торга и вырученными деньгами удовлетворяется продавецъ. Если же публичною продажою не выручится сполна цѣна по условію, то недостатокъ взыскивается съ покупателя въ пользу продавца узаконеннымъ порядкомъ“. Статья эта, по словамъ г. Оксѣ, содержитъ правило о вознагражденіи продавца за убытки, нанесенные ему неисполненіемъ договора со стороны покупателя, и способъ опредѣленія сихъ убытковъ. Но статья эта несогласна съ тѣмъ источникомъ, изъ котораго она заимствована (П. С. З. № 5145). Въ послѣднемъ говорится о неплатежѣ цѣны *до принятія* проданныхъ вещей, между тѣмъ какъ ст. 1522 имѣетъ въ виду тотъ случай, когда покупатель уже *принялъ* имущество. Во всемъ остальномъ содержаніе ст. 1522

¹ Искъ о полученіи проданной вещи считается виндикаціоннымъ и касационный Сенатъ. Продавецъ движимой вещи, по рѣшенію Сената (1872 № 897), въ моментъ заключенія купли-продажи лишаетъ себя права собственности на эту вещь и не можетъ распоряжаться ею по собственному произволу. Такимъ образомъ покупатель можетъ отвѣскивать купленную вещь не только отъ продавца, но и отъ третьяго лица, которому продавецъ передалъ вещь послѣ продажи ея истцу.

совершенно согласно съ ея источникомъ. Поэтому, удаливъ выраженіе статьи „принявъ имущество“, мы находимъ, что въ случаѣ неуплаты продажной цѣны продавецъ, какъ собственникъ, можетъ подвергнуть вещь публичной продажѣ и затѣмъ, сколько бы онъ ни выручилъ за вещь денегъ, всѣ эти деньги онъ получаетъ въ свою пользу, какъ собственникъ вещи. Только въ томъ случаѣ, когда онъ не выручитъ всей продажной цѣны, онъ можетъ искать недовырученнаго съ покупателя: публичная продажа опредѣляетъ здѣсь цифру убытка, который можетъ взыскивать продавецъ. Противъ подобнаго толкованія ст. 1522 должно замѣтить, что если редакція этой статьи прямо противоположна ея источнику въ вопросѣ о передачѣ, то это значить по меньшей мѣрѣ, что вопросъ о томъ, была ли передача или нѣтъ, безразличенъ. Въ обоихъ случаяхъ должна бы имѣть примѣненіе та же норма, въ одномъ случаѣ по первоначальному источнику, въ другомъ по статьѣ свода. Затѣмъ мы не можемъ понимать слова „вырученными деньгами удовлетворяется продавецъ“ такъ, какъ будто всѣ вырученныя отъ продажи деньги отдаются продавцу. Въ послѣднемъ случаѣ законъ и говорилъ бы, что деньги отдаются между тѣмъ вмѣсто этого онъ говоритъ, что продавецъ удовлетворяется, т. е. удовлетворяется извѣстное опредѣленное требованіе продавца, а требованіе это идетъ на одну продажную цѣну. Последнее доказываетъ тѣмъ, что съ покупателя взыскивается недовыручка только до суммы продажной цѣны, о взысканіи же какихъ либо убытковъ законъ не говоритъ ни слова. Продажная цѣна разсматривается здѣсь какъ максимумъ того, чего можетъ искать продавецъ, и если законъ считаетъ ее за максимумъ въ случаѣ недовыручки, то ничто не мѣшаетъ принять намъ тоже и на случай перевыручки, хотя повидимому этотъ

случай, какъ весьма рѣдкій, и не имѣется въ виду закономъ. Признать, что по ст. 1522 перевырученная сумма всегда отдается продавцу въ вознагражденіе за проволочку и убытки нельзя, потому что въ случаѣ недовыручки указанная статья не устанавливаетъ для продавца права требовать возмѣщенія даже тѣхъ убытковъ, которые будутъ имъ доказаны. Все это заставляетъ насъ думать, что ст. 1522 имѣетъ совершенно другое значеніе, чѣмъ то, которое придаетъ ей г. Оксъ. Она направлена не на опредѣленіе цифры убытка продавца, а на обезпеченіе его въ полученіи продажной цѣны. Именно этою статьею предоставляется продавцу право на преимущественное удовлетвореніе своего требованія изъ цѣны проданной вещи. Такое право продавца признаетъ и г. Оксъ. вмѣстѣ съ тѣмъ намъ становится понятнымъ и измѣненіе редакціи 1522 ст. сравнительно съ ея источникомъ. До передачи вещи продавецъ можетъ удерживать проданную движимость у себя, въ обезпеченіи же онъ нуждается впервые послѣ передачи вещи, а потому это обезпеченіе устанавливается именно на тотъ случай, когда покупатель будетъ уже имѣть проданную вещь въ своей власти.

Послѣднимъ аргументомъ г. Окса служитъ ст. 1944 Торговаго Устава. Статья эта, съ содержаніемъ которой мы уже отчасти познакомились, постановляетъ, что когда товары, купленные въ другихъ мѣстахъ на счетъ несостоятельнаго, по его заказу, поступили въ его распоряженіе прежде несостоятельности, тогда они считаются имуществомъ его; если же, они придутъ послѣ открытія несостоятельности, то они не входятъ въ составъ конкурсной массы, впрочемъ за исключеніемъ того случая, когда высылатель ихъ долженъ несостоятельному такую же сумму, какой тѣ товары стоятъ, или когда послѣдній, до открытія несостоятельности, принялъ уже

вексель, данный на него высылателемъ въ суммѣ тѣхъ товаровъ. Изъ этой статьи дѣлается выводъ, что не заключеніе договора, а сознательный актъ сторонъ — *передача-принятіе* — переноситъ право собственности отъ продавца къ покупщику. Съ своей стороны мы думаемъ, что приведенная статья въ вопросѣ о собственности придаетъ значеніе не столько *передачѣ-принятію*, сколько существованію у покупателя какого либо долговаго обязательства на продавца, которое можно было бы разсматривать какъ эквивалентъ продажной цѣны. Такое положеніе ст. 1944 вполне согласно съ другими постановленіями нашихъ торговыхъ законовъ о принадлежности имущества несостоятельному. Вмѣстѣ съ тѣмъ эта статья показываетъ намъ насколько положенія Торговаго Устава могутъ быть прилагаемы внѣ отношеній чисто торговаго свойства. Если обобщить положеніе ст. 1944, то слѣдовало бы принять, что переходъ права собственности по договору купли-продажи соединяется не съ заключеніемъ договора и не съ передачею вещи, а съ уплатою проданной цѣны, или съ *существованіемъ между договаривающимися сторонами долговаго обязательства*, по которому продавецъ является должникомъ покупателя въ размѣрѣ продажной цѣны. Такимъ образомъ мы видимъ, что статьи Торговаго Устава не только не подтверждаютъ въ частности мнѣнія, защищаемаго въ статьѣ „Виндикація“, но и вообще не могутъ служить для разрѣшенія вопроса о переходѣ собственности по общимъ гражданскимъ законамъ¹.

III. Изъ всего вышеизложеннаго мы заключаемъ, что какъ купля-продажа, такъ и дареніе въ моментъ своего соверше-

¹ Срав. ст. 1957 Торг. Уст.

нія влекутъ за собою немедленный переходъ собственности на покупателя или одареннаго. Но, само собою разумѣется, право собственности въ моментъ заключенія указанныхъ сдѣлокъ можетъ перейти тогда только, когда продаваемое или даримое имущество въ этотъ моментъ находится уже у продавца или дарителя. Такимъ образомъ существеннымъ условіемъ дѣйствительности купли и даренія является наличность имущества, служащаго предметомъ этихъ сдѣлокъ, а именно существованіе этого имущества и принадлежность его отчуждителя. Въ этомъ смыслѣ ст. 1389 и говоритъ: продавать дозволяется только то имѣніе, которое состоитъ въ дѣйствительномъ владѣніи, или на которое продавецъ имѣетъ право собственности ¹. По аналогіи статья эта вполне примѣнима и къ дареніямъ ².

Купля-продажа и дареніе, соединенныя съ переходомъ собственности на вещь, составляютъ главный типъ этихъ договоровъ, но этотъ типъ не исключительный. Если, имѣя въ виду положенія нашего права, мы говорили преимущественно о переходѣ путемъ продажи и даренія права собственности, то тѣмъ же путемъ могутъ быть установлены и перенесены всѣ другія вещныя права, насколько это сообразно съ ихъ существомъ, и въ частности при дареніи насколько такое перенесеніе согласно съ разобраннымъ въ нашемъ трудѣ понятіемъ этого института ³. Такъ ст. 514 говоритъ о передачѣ или

¹ Этимъ купля-продажа существенно отличается отъ договора поставки. Срав. ст. 1384. — Рѣш. кассац. Сен. 1870 г. № 1381.

² Срав. *Заруднаго*, гражданское уложеніе итальянскаго королевства и русскіе гражданскіе законы, II стр. 67.

³ Такъ реальные сервитуты могутъ быть установлены только для владѣльцевъ сосѣднихъ имѣній. Срав. с. 445, 446. Съ другой стороны не можетъ считаться дареніемъ безсрочное установленіе для кредитора права залога, такъ какъ при этомъ кредиторъ не обогащается, что существенно при дареніи.

уступкѣ владѣнія по договору, дарственной записи или другому какому либо акту. Далѣе ст. 535 говоритъ объ уступкѣ по договору или *иному какому либо законному акту* права пользования. Наконецъ ст. 446 говоритъ объ установленіи права участія частнаго путемъ сдѣлокъ, совершаемыхъ крѣпостнымъ порядкомъ: сдѣлки эти очевидно могутъ имѣть характеръ какъ купчихъ крѣпостей, такъ и дарственныхъ записей ¹. Возможность продажи или даренія права на чужую вещь легко согласовать и съ требованіемъ наличности имущества для дѣйствительности этихъ сдѣлокъ. Каждое вещное право лежитъ непосредственно на вещи, поэтому существованіе этой вещи въ моментъ продажи или даренія вещ-

¹ Приведеннымъ статьямъ противорѣчить какъ будто с. 1386, по которой недействительна продажа имущества, состоящаго въ пользованіи, содержаніи, или временномъ и пожизненномъ владѣніи, на которое право собственности принадлежитъ другому. С. 1386 есть ничто иное, какъ развитіе с. 1384, позволяющей право продажи имущества только его собственнику. Дѣйствительный смыслъ этихъ статей дѣлается понятнымъ тогда только, когда мы примемъ во вниманіе, что наши законоположенія о продажѣ имѣютъ въ виду только продажу имущества въ собственность. Помимо этого примирить указанное противорѣчіе можно было бы тѣмъ, что нашъ законъ позволяетъ путемъ продажи только устанавливать права на чужую вещь и притомъ позволяетъ это только собственнику, всякое же дальнѣйшее перенесеніе этихъ правъ путемъ продажи запрещаетъ. Однако едвали будетъ возможно сдѣлать подобный выводъ въ виду точнаго смысла с. 514 и 535. Пространство права владѣнія и пользования по этимъ статьямъ опредѣляется тѣмъ договоромъ или актомъ, которымъ они устанавливаются. Отсюда мы можемъ заключить, что и право вещноуправомоченнаго отчуждать въ полномъ составѣ или въ части свое владѣніе или пользованіе зависятъ отъ содержанія конституирующаго договора. Самъ законъ позволяетъ передачу права владѣнія пожизненному владѣльцу при установленіи однимъ супругомъ для другаго пожизненнаго владѣнія въ своемъ родовомъ имуществѣ (п. 10. прил. къ с. 116). Такимъ образомъ с. 1384 и 1386 мы можемъ понимать въ томъ только смыслѣ, что недействительна продажа несобственникомъ самого имущества, не продажа принадлежащаго ему на это имущество владѣнія или пользования.

наго права необходимо. Въмѣстѣ съ тѣмъ въ этотъ моментъ продавецъ или даритель должны имѣть на вещь то право, которое они отчуждаютъ. Если путемъ продажи или дара можетъ быть установлено вещное право, то тѣмъ же путемъ и при тѣхъ же предположеніяхъ оно можетъ быть уничтожено. Такъ каждый имѣющій право на чужую вещь можетъ передать его обратно собственнику за извѣстное вознагражденіе или безвозмездно. За подобнымъ отказомъ отъ права на чужую вещь будетъ скрываться продажная или дарственная сдѣлка.

Можетъ ли быть предметомъ даренія всякое имущественное право, не одно вещное? Въ этомъ сомнѣвается К. П. Побѣдоносцевъ. „Хотя въ обыкновенной рѣчи, говоритъ онъ, и слышатся выраженія — я продалъ ему свое право, продалъ искъ, продалъ взысканіе по заемному письму, но на языкѣ юридическомъ эти выраженія не имѣютъ опредѣленнаго смысла. Продажа права еще не осуществившагося, продажа иска или права по договору есть ничто иное какъ условіе и производить личное отношеніе“. Такого рода условія К. П. Побѣдоносцевъ называетъ просто передачею или уступкою. Само собою разумѣется что передачею права невещнаго можетъ быть установлено только личное отношеніе: приобретатель получаетъ отъ отчуждителя право въ томъ только объемѣ, въ какомъ оно было у послѣдняго, тѣмъ не менѣе передача и уступка права могутъ происходить какъ путемъ мѣны и продажи, такъ и путемъ даренія. Если мы вспомнимъ выводъ Виндшейда, что сдѣлками съ общимъ характеромъ являются именно уступка и передача, имѣющія только абстрактное существованіе, то ничто не будетъ намъ препятствовать разсматривать безмездную передачу права, какъ даръ, возмездную, какъ продажу или мѣну. Нашъ законъ и употребляетъ

выраженія уступить и передать только для общаго обозначенія отчуждательныхъ сдѣлокъ, употребляя ихъ и въ томъ случаѣ, когда продажа, мѣна и даръ безспорно возможны ¹. Такимъ образомъ за каждою передачею и уступкою, какъ сдѣлками абстрактными, кроются конкретныя — мѣна, продажа, даръ. Мы склоняемся поэтому на сторону Мейера, по мнѣнiю котораго предметомъ даренiя можетъ быть всякое имущество, способное подлежать отчужденiю. По с. 967 можно дарить свободно всякое благопрiобрѣтенное какъ недвижимое, такъ и движимое имущество. По нашему же закону имуществами считаются и обязательства всякаго рода, а также тяжбы и иски ². Съ другой стороны нельзя не признать, что даренiемъ можетъ быть и добровольный отказъ отъ права по договору въ цѣломъ или части ³. Весь вопросъ состоитъ въ томъ, какъ примирить возможность продажи или дара невещнаго права съ требованiемъ наличности имущества для того, чтобы сдѣлка могла считаться даренiемъ или продажей? Прежде всего наличность имущества не должно понимать здѣсь въ томъ смыслѣ, какъ понимаютъ ее с. 416 — 419 зак. гражд. По приведеннымъ статьямъ вексель, напримеръ, считается имуществомъ не наличнымъ, долговымъ, и потому казалось бы не можетъ быть предметомъ продажи, а между тѣмъ самъ законъ (с. 1957 Торг. Уст.) говоритъ о покупкѣ векселей. Такимъ образомъ наличнымъ имуществомъ въ смыслѣ с. 1589 можетъ быть и имущество долговое, т. е. не одни вещи, но и права. Но, говоря о продажѣ и даренiи правъ, мы не можемъ требовать существованiя извѣст-

¹ Срав. с. 521.

² С. 402, 403, 417, 419. Срав. с. 1949 Торг. Уст.

³ Срав. ст. 1547.

ной тѣлесной вещи, такъ какъ предметомъ сдѣлки будетъ здѣсь не та или другая вещь, а непосредственно самое право. Поэтому, что мы сказали выше о требованіи наличности при передачѣ вещныхъ правъ, прилагается и здѣсь, только не къ извѣстной вещи, а прямо къ извѣстному праву. Такимъ образомъ для того, чтобы быть предметомъ купли или даренія, право ко времени заключенія этихъ сдѣлокъ должно уже существовать и притомъ существовать въ лицѣ отчуждителя. При этомъ условіи предметомъ продажи и даренія можетъ быть всякое право (кромѣ чисто личныхъ). Такъ между прочимъ нашъ законъ говоритъ о куплѣ векселей и передачѣ ихъ въ собственность, о продажѣ рекрутскихъ квитанцій, дареніи ренты и выкупныхъ свидѣтельствъ, о переходѣ права на золотой приискъ (о чемъ законъ говоритъ въ статьяхъ о куплѣ-продажѣ), о передачѣ заемныхъ писемъ, о распоряженіи акціями и предварительными росписками, о передачѣ или уступкѣ права на открывшееся наслѣдство въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской и т. д. ¹

Требованіемъ наличности отъ предмета сдѣлки, для того, чтобы послѣдняя могла быть дареніемъ, устраняется съ одной стороны возможность даренія несуществующаго еще имущества или права, съ другой возможность обѣщанія подарить.

Имущество наличное есть существующее у дарителя въ моментъ сдѣлки. Право, какъ мы видѣли, можетъ быть также рассматриваемо, какъ наличное имущество, когда оно въ моментъ совершенія даренія уже существуетъ въ лицѣ дарителя.

¹ С. 1957 и 557 Т. Уст.—С. 1418 и 728 прим. 3. закон. гражд. — Тамъ же с. 993 прим. и с. 728 прим. 1 и 2. — Тамъ же с. 1510 прим. — Тамъ же с. 2058. — Тамъ же, с. 1256; независимо отъ того наша судебная практика знаетъ дареніе самой улиточной записи. Сборн. рѣш. Сен. II, № 671.

Какъ имущество, такъ и право еще несуществующія у дарителя или въ лицѣ дарителя, а только ожидаемыя, предметомъ дара быть не могутъ. Такъ не будетъ дѣйствительнымъ по нашему праву даръ имущества, которое только впредь можетъ принадлежать дарителю по наслѣдству, далѣе вообще даръ ожидаемаго наслѣдства и наконецъ по нашимъ общимъ законамъ, какъ кажется, даръ отерывшагося, но не приобрѣтеннаго еще наслѣдства¹. Требованію наличности имущества не будетъ однако противорѣчить признаніе дѣйствительнымъ даренія плодовъ будущихъ и на корню, лѣса на срубъ и т. д. Ожидаемые и вообще неснятые плоды, лѣсъ на корню, могутъ быть отдѣльными вещами только въ будущемъ, поэтому о продажѣ или дареніи ихъ въ собственность не можетъ быть рѣчи; здѣсь не можетъ быть рѣчи и ни о какомъ вещномъ правѣ на плоды, такъ какъ наличности имущества здѣсь нѣтъ. Но съ другой стороны здѣсь будетъ вполне дѣйствительное дареніе права, удовлетворяющее условію наличности². Въ числѣ управомочій собственника одно изъ наиболѣе важныхъ, это — пользованіе вещью, право на производительность вещи. Управомочіе это существуетъ въ лицѣ собственника всегда, какъ скоро вещь находится въ его имуществѣ или принадлежитъ ему, и онъ можетъ переносить его въ видѣ вещнаго или личнаго права. Въ томъ и другомъ случаѣ рѣчь будетъ объ установленіи извѣстнаго права на производящую вещь, не на ея произведенія. Равнымъ образомъ будетъ возможно дареніе и пользованія вещью, не приносящею плодовъ, какъ дареніе лицомъ своего права употреблять вещь.

¹ Срав. с. 1389, 709 и 1256.

² Срав. Місiaux, № 91 и слѣд.

Съ другой стороны требованіемъ наличности имущества устраняется, какъ мы сказали, возможность обѣщанія подарить, возможность даренія obligando. Дареніе obligando, насколько оно допускается по иностраннымъ законодательствамъ, считается заключеннымъ въ тотъ моментъ, какъ обѣщаніе подарить будетъ принято одаряемымъ. Съ этого момента рѣчь идетъ уже не о дареніи, а объ обязательствѣ: дѣйствительное исполненіе обѣщаннаго дарителемъ будетъ уже не дареніемъ, а уплатою по обязательству. Какъ дареніе разсматривается самое обѣщаніе подарить. Въ этомъ смыслѣ обѣщаніе подарить недопустимо по нашему праву. Право по обязательству, устанавливаемое дарителемъ непосредственно на себя, не будетъ имуществомъ наличнымъ, такъ какъ оно возникаетъ впервые въ моментъ совершенія даренія, и въ этотъ моментъ впервые получаетъ имущественную цѣнность, такъ какъ послѣдняя зависитъ единственно отъ кредита къ лицу, устанавливающему право, слѣдовательно отъ признанія ея сторонами лицами (въ данномъ случаѣ отъ принятія дара). Результатомъ же даренія по нашему закону долженъ быть переходъ къ одаренному извѣстнаго имущественнаго, слѣдовательно имѣющаго уже цѣнность, права, существовавшаго ранѣе въ лицѣ дарителя самостоятельно или въ сліяніи съ другимъ правомъ, въ видѣ извѣстнаго управомочія¹. Такимъ образомъ по нашему мнѣнію обѣщаніе подарить не будетъ имѣть у насъ обязательной силы. Такой выводъ признается и нашей судебной практикой. На важность наличности имущества для даренія давно уже указала практика кассационнаго Сената².

¹ См. выше.

² Касс. рѣш. 1868 г. № 843, хотя несомнѣнно, что это рѣшеніе заходить слишкомъ далеко, требуя для дѣйствительности даренія передачи

Но вполне категорично по вопросу объ обѣщаніи подарить высказался Московскій Окружной Судъ въ рѣшеніи по дѣлу игуменни Митрофаніи и Солодовникова. „Что касается до предмета даренія, говорится въ рѣшеніи Суда, то по 867 ст. и 980 ст. X т. ч. 1. дарить можно благопріобрѣтенное движимое и недвижимое имущество, приче́мъ къ числу движимыхъ имуществъ по 402 ст. принадлежатъ наличные капиталы, заемныя письма, векселя, закладныя и обязательства всякаго рода. Изъ сей статьи ясно видно, что движимымъ имуществомъ считаются капиталы, долговыя притензіи и права по обязательствамъ на разныхъ лицъ; но имуществомъ какого либо лица никакъ нельзя назвать долговые документы, имъ самимъ выданные или обязательства, имъ на себя принятыя, поэтому предметомъ даренія не можетъ быть ни долговой документъ, ни обязательства дарителя. Это подтверждается теоретическимъ опредѣленіемъ даренія, по которому предметъ даренія есть отчужденіе имущественнаго права, а никто не имѣетъ имущественнаго права на свой долговой документъ и на свое обязательство.“

Если будетъ недѣйствительнымъ безвозмездное установленіе

самаго имущества. Наша практика знаетъ и дареніе обязательства на третье лице, кассац. рѣш. 1871 г. № 217; подобное обязательство будетъ дареніемъ наличнаго имущества. О дареніи въ видѣ обязательства говорить касс. рѣш. 1871 г. № 928. Разсужденія сената, изложенныя въ этомъ рѣшеніи, были бы вполне вѣрны, если бы въ немъ указывалось на необходимость наличности имущества. Последняя однако не считается въ этомъ рѣшеніи существенною, но взамѣвъ того сенатъ остерегся отказать въ кассаціонной жалобѣ на томъ только основаніи, что дѣйствительно всякое обязательство подарить. Какъ кажется, невысказаннымъ мотивомъ было здѣсь то обстоятельство, что дареніе въ данномъ случаѣ могло разсматриваться, какъ условное, приче́мъ всѣ условія со стороны одареннаго были исполнены, между тѣмъ какъ даритель съ своей стороны не исполнилъ обѣщаннаго.

дарителемъ права по обязательству непосредственно на себя, то тѣмъ болѣе не будетъ имѣть силы выдача donationis causa долговаго документа по существу своему предполагающаго возмездность сдѣлки. Заемное письмо, равно какъ и вексель, скрывающіе въ себѣ обѣщаніе подарить, будутъ по нашему мнѣнію недѣйствительными. Безденежное заемное письмо по общему правилу можетъ быть оспорено какъ выдавшимъ его, такъ и его наслѣдниками ¹. Тоже должно сказать о простомъ векселѣ: особенность послѣдняго заключается только въ томъ, что возраженіе о безденежности въ силу формальнаго характера вексельнаго обязательства не будетъ иногда въ силѣ остановить взысканія по векселю, но выдавшій вексель сохраняетъ право вытребовать уплаченное назадъ (с. 652 Торг. Уст.) ². Безденежный переводный вексель будетъ также

¹ С. 2014. — Исключеніе составляютъ крѣпостныя заемныя письма и заемныя письма, выданныя въ губер. Черниговской и Полтавской. С. 2015 и 2016.

² Одно сенатское рѣшеніе (по дѣлу Николасвой и Власопуло) признало, что споръ о безденежности векселя допускается только въ случаѣ несостоятельности векселедателя. Мы не можемъ однако согласиться съ этимъ взглядомъ сената. Мы не можемъ допустить, чтобы разсматриваемое, какъ существенная принадлежность векселя, означеніе, что векселедатель получилъ деньги или валюту, не имѣло бы никакого матеріальнаго значенія. Въ силу формальнаго характера векселя неполученіе валюты въ нѣкоторыхъ случаяхъ не можетъ остановить взысканія по нему, но основаніемъ позднѣйшаго требованія съ векселедержателя можетъ быть всегда. Разумѣется, впрочемъ, что возраженіе можетъ быть сдѣлано и исъвъ поднять только противъ лица, непосредственно обязаннаго дать валюту, иначе сказать, векселедателемъ противъ перваго векселедержателя. Таковъ взглядъ сената въ другихъ его рѣшеніяхъ по близкимъ вопросамъ. Рѣш. кассац. сената 1871 г. № 316, Рѣш. 4 департ. сената по дѣлу Бирюкова, Рѣш. общ. собр. сената по дѣлу Неборонова съ Богдановымъ; рѣш. 4 департ. сената по дѣлу Лазарева съ Шिशковымъ; рѣш. 4 департ. сената по дѣлу Селиверстова съ Жуковымъ, Журн. гражд. и торг. права 1871 г. № 3. — Безденежность векселя, выданнаго дарственно, особенно если вексель простой, можетъ быть доказываема по общему правилу

недѣйствительнымъ, пока онъ не будетъ принятъ плательщикомъ; какъ же скоро онъ принятъ плательщикомъ, то онъ получаетъ значеніе кредитнаго документа между векселедателемъ и плательщикомъ и дареніе подобнаго документа векселеприобрѣтателю будетъ вполне дѣйствительнымъ, какъ бы то было дареніе чужаго векселя. Будетъ дѣйствительнымъ и дареніе собственнаго векселя, дошедшаго къ векселедателю по надписямъ до срока уплаты. Всякая надпись на вексельъ заключаетъ въ себѣ самостоятельное вексельное обязательство, которое имѣетъ въ гражданскомъ оборотѣ цѣнность независимо отъ первоначальнаго обязательства векселедателя первому векселеприобрѣтателю. Въ обоихъ указанныхъ случаяхъ вексельное обязательство по отношенію къ векселедателю имѣетъ значеніе наличнаго имущества и какъ таковое можетъ быть предметомъ даренія ¹.

только свидѣтелями. Между тѣмъ наша кассационная практика (рѣш. 1871 г. № 724) не допускаетъ свидѣтельскихъ показаній въ дѣлѣ о безденежности векселя на основаніи с. 549 Торг. Уст. Намъ кажется однако, что изъ этой статьи нельзя сдѣлать такого абсолютнаго вывода. Представимъ, что въ маклерской запискѣ назначенъ срокъ для уплаты валюты: если споръ о безденежности векселя будетъ поднятъ по истеченіи этого срока, приходится по необходимости обратиться къ свидѣтельскимъ показаніямъ. Изъ с. 549 можно сдѣлать только тотъ выводъ, что, если не установлено ничего особеннаго въ маклерской запискѣ, то *обыкновенно* валюта считается переданною одновременно съ полученіемъ векселя: обыкновенно, но не всегда. Возможность исключеній доказывается статьями 551—553, которыя мы никакъ не можемъ относить къ тому только случаю, когда уплата валюты отсрочена по маклерской запискѣ и умедляется вопреки сдѣланному условію. Можно бы еще возразить, что при нашемъ взглядѣ с. 549 представляетъ излишнее въ виду необходимости обозначенія въ вексельѣ о полученіи валюты. Это было бы такъ, если бы с. 549 относилась ко всѣмъ векселямъ, но относительно переводныхъ векселей с. 550 постановляетъ совершенно другое, и эта противоположность вполне оправдываетъ какъ содержаніе, такъ и мѣсто статьи 549.

¹ Срав. рѣшенія сиб. коммерч. суда въ журн. гражд. и торг. права 1871 г. № 3.

Спрашивается, не будетъ ли дѣйствительнымъ по нашему праву обѣщаніе подарить въ томъ смыслѣ, что лице обязывается сдѣлать дареніе, такъ что самое обѣщаніе это не составляетъ даренія, а становится къ даренію въ тоже отношеніе, какъ запродажа къ куплѣ продажѣ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ вытекаетъ изъ самаго понятія даренія. Дареніе есть благодѣяніе, добровольное дѣйствіе со стороны дарителя, добровольное не въ томъ только смыслѣ, что лице не можетъ быть вынуждено совершить дареніе (какъ лице не можетъ быть вынуждено совершить купчую крѣпость), но и въ томъ, что по поводу даренія не имѣетъ мѣста принужденіе какого бы то ни было рода, ни прямое, ни косвенное. Даритель не можетъ быть вынужденъ ни къ совершенію обѣщаннаго, ни къ уплатѣ убытковъ. Обязанность къ уплатѣ убытковъ есть признакъ того, что данное дѣйствіе юридически вынуждаемо, между тѣмъ дареніе есть благодѣяніе, дѣйствіе невынуждаемое, не основанное на какой либо обязанности. Мы видѣли выше, что дѣйствіе, совершаемое по обязанности, не будетъ уже дареніемъ. Такимъ образомъ единственная форма обѣщанія подарить, совмѣстная съ понятіемъ даренія, есть дареніе *obligando*. Всякая другая форма немыслима уже по самому существу даренія. И въ нашей кассационной практикѣ состоялось рѣшеніе, по которому къ совершенію дарственной записи, составляющему изъявленіе свободной непринужденной воли дарителя, послѣдній не можетъ быть принуждаемъ судебною властью ¹.

Такимъ образомъ обѣщаніе подарить недопустимо по на-

¹ Рѣш. касс. сен. 1869 г. № 451. — Срав. рѣшеніе моск. окр. суда по дѣлу иг. Митрофанія и Солодовникова, Юрид. Вѣстникъ 1875 г. № 7 — 9, стр. 151.

шему праву ни въ какой формѣ. Обязательство подарить не дѣлается дѣйствительнымъ и вслѣдствіе прибавленія къ нему такихъ мѣръ обезпеченія, какъ неустойка или поручительство. Другое дѣло, если дареніе obligando обезпечивается залогомъ. Здѣсь мы не можемъ не допустить такого же исключенія, какое существуетъ во французскомъ правѣ, хотя по другой причинѣ, чѣмъ тамъ. Обѣщаніе подарить, обезпеченное залогомъ, удовлетворяетъ требованію наличности имущества, отсутствіе котораго есть единственное основаніе недопустимости даренія obligando по нашему праву. Подобное обѣщаніе подарить мы можемъ разсматривать, какъ дареніе цѣны (всей или части) вещи, данной въ обезпеченіе, цѣнность же вещи есть присущее ей свойство и право на нее мы можемъ разсматривать какъ одну изъ составныхъ частей собственности, которую собственникъ и выдѣляетъ при залогѣ. Такимъ образомъ обѣщаніе подарить дѣлается дѣйствительнымъ дареніемъ, какъ скоро оно будетъ обезпечено залогомъ. Это не противорѣчитъ тому, что самое установленіе залога не считается дареніемъ. Установленіе залога, какъ мы видѣли, не влечетъ за собою увеличенія имущества залогопринимателя: оно обезпечиваетъ ему только то, на что онъ имѣетъ право и безъ залога. При обѣщаніи же подарить залогомъ впервые представляется вѣрителю объектъ, могущій быть предметомъ даренія — цѣнность закладываемаго имущества. Залогомъ восполняется здѣсь единственный недостатокъ, препятствующій обѣщанію подарить быть дѣйствительнымъ дареніемъ: то же самое, что мы видѣли и во французскомъ правѣ.

Не признаются ли по нашему закону обязательства, имѣющія своимъ предметомъ пожертвованіе? Вопросъ объ этомъ былъ поднятъ на судоговореніи въ дѣлѣ игуменьи Митрофа-

ни съ наследниками Солодовникова ¹. Повѣренныя истицы разрѣшали этотъ вопросъ утвердительно. Подобное разрѣшеніе разсматриваемаго вопроса не удивительно и при несуществованіи въ нашемъ правѣ обязательства подарить. Уже по римскому праву относительно пожертвованій существовали такія правоположенія, которыя не были примѣнимы къ дареніямъ. Довольно припомнить тотъ фактъ, что по римскому праву пожертвованіе получало силу и тогда, когда оно совершалось въ формѣ *pollicitatio*, односторонняго обѣщанія, которое въ другихъ случаяхъ не имѣло обязательной силы. Но въ нашемъ правѣ нѣтъ достаточныхъ указаній, по которымъ мы могли бы признать существованіе для пожертвованій отличныхъ отъ дареній правоположеній. Напротивъ того нашъ законъ, помѣщая пожертвованія въ отдѣлѣ о дареніи, *прямо* высказываетъ, что они не подлежатъ никакимъ особеннымъ правиламъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ указываетъ на добровольный характеръ пожертвованій и на зависимость ихъ отъ личнаго произвола жертвователя (с. 979 и 980). Далѣе какъ въ статьяхъ гражданскихъ законовъ, говорящихъ о пожертвованіи, такъ и въ ихъ источникахъ не говорится объ обязательствѣ къ пожертвованію, напротивъ того при частыхъ перечисленіяхъ имуществъ, могущихъ быть предметомъ пожертвованія, упоминается только объ имуществвахъ наличныхъ — наличныхъ деньгахъ, капиталахъ и разнаго рода движимыхъ и недвижимыхъ вещахъ ². Мало того изъ источниковъ

¹ Отчетъ объ этомъ процессѣ см. *Современныя Извѣстія* 1873 года № 20 и 21.

² С. 980—985 Зак. Гражд. — С. 32 Прим. т. XIV У. о содержанія польстраж. — Первое Пол. Собр. Зак. № 14859 п. 24;—№ 11908 Гл. IV п. 2 № 20701 п. XVIII; № 21606 п. 1; № 21849 п. 2; № 24813 ст. 1; № 276031.— Второе П. С. З. № 2463 п. 21; № 6871 п. 20; № 15002 § 57 и друг.

мы видимъ, что одно обязательство что-либо пожертвовать не считается истиннымъ пожертвованіемъ. По именному указу 30 сентября 1810 года „объ учрежденіяхъ госпиталей и другихъ богоугодныхъ заведеній“¹ считается истиннымъ пожертвованіемъ учрежденіе такихъ только заведеній, кои будутъ обеспечены навсегда въ содержаніи ихъ извѣстнымъ опредѣленнымъ капиталомъ. Нѣсколько ранѣ въ томъ же году² на докладъ министра внутреннихъ дѣлъ объ учрежденіи однимъ помѣщикомъ больницы, въ которой онъ содержалъ больныхъ на свой счетъ, состоялось Высочайшее опредѣленіе: учредителямъ больницъ, о которыхъ начальники губерній представляютъ въ видѣ благотворительнаго подвига, сдѣлать положеніе, которымъ больницы сіи въ содержаніи своемъ были обеспечены на будущія времена.

Повѣренные игумены Митрофаніи въ подтвержденіе своего взгляда ссылаются какъ на статьи дѣйствующаго свода, такъ и на постановленія прошедшаго времени. Изъ послѣднихъ особенно убѣдителенъ по ихъ мнѣнію указъ 14-го іюня 1816 года³, въ § 5 котораго постановлено: „выполненіе добровольныхъ складокъ и пожертвованій обращать на тѣхъ единственно, кто изъявилъ на то волю въ губерніи собственною подпискою или данною отъ себя довѣренностью.“ Это постановленіе однако не содержитъ въ себѣ того, что изъ него хотятъ вывести. Оно не имѣетъ своею цѣлью установить понудительное взысканіе съ лицъ, изъявившихъ желаніе пожертвовать, а принимаетъ на свою защиту интересы лицъ, не подписавшихся на пожертвованіе. Именно разсматриваемое по-

¹ П. С. З. № 24362.

² П. С. З. № 24142.

³ П. С. З. № 26316.

становленіе устраняетъ для дворянскихъ собраній возможность обязать къ пожертвованію всѣхъ живущихъ въ губерніи дворянъ, о чемъ могли возникать сомнѣнія ¹.

Изъ дѣйствующихъ законовъ, въ доказательство существованія обязательствъ къ пожертвованію, указываютъ на слѣдующія статьи свода. 1) На статью 854 т. XI Уст. духовныхъ дѣлъ иностран. исповѣданій, которая говоритъ о дарственныхъ записяхъ на суммы: подъ суммами здѣсь можно разумѣть наличныя деньги и капиталы. 2) С. 472 — 476 т. XIII Учр. обществ. призр.; въ которыхъ упоминается о выдаваемой благотворителемъ роспискѣ, долженствующей заключать и обязательство въ отношеніи устроенія участи сироты. Изъ этихъ статей можно вывести только то, что дареніе порождаетъ иногда обязательство, но нельзя сдѣлать никакого заключенія къ существованію обязательства жертвовать. По указаннымъ выше статьямъ пожертвованіе заключается и осуществляется уже принятіемъ сироты на попеченіе, и росписка, выдаваемая благотворителемъ, прежде всего удостоверяетъ этотъ фактъ; обязательства же, принимаемая на себя благотворителемъ, составляютъ второстепенное, побочное содержаніе росписки. Указанныя выше статьи говорятъ слѣдовательно не объ обѣщаніи пожертвовать, а о пожертвованіи, къ исполненію котораго уже приступлено. 3) С. 32 У. о содерж. подъ стражею (т. XIV Св. Зак.), которая, говоря о составѣ общества Попечительнаго о тюрьмахъ, упоминаетъ

¹ Срав. ст. 42 предварительнаго положенія о земскихъ повинностяхъ (2 мая 1805 г.): „подъ именемъ добровольныхъ дворянскихъ складокъ разумѣются сборы, учреждаемые въ собраніяхъ дворянскихъ самимъ дворянствомъ, по собственному подвигу его и по раскладкѣ, имъ самимъ устанавливаемой, на предметы общепользныя.“ П. С. З. № 21737 п. 42.

о „членахъ, обязывающихся по подпискѣ на ежегодныя приношенія“. Въ этой статьѣ точно также не заключается признанія обязательства подарить. Мы не имѣемъ ни малѣйшаго указанія въ законѣ на то, чтобы члены какъ попечительныхъ обществъ, такъ и другихъ могли быть вынуждаемы къ уплатѣ общанныхъ ими взносовъ, какъ на это справедливо указали повѣренные Солодовникова въ дѣлѣ его съ иг. Митрофаніей. Наша практика допускаетъ исключеніе въ томъ только случаѣ, когда лицо, обязавшееся ко взносамъ, пользовалось за то особыми правами и преимуществами, когда слѣдовательно дареніе представляется договоромъ обоюднымъ ¹.

Такимъ образомъ по нашему праву должно быть признано, что обѣщаніе подарить, въ какой бы формѣ оно ни проявлялось, будетъ недѣйствительнымъ. Этотъ выводъ восполняетъ одинъ весьма важный кажущійся пробѣлъ въ постановленіяхъ нашего законодательства о дареніи. Почти всѣ законодательства устанавливаютъ обыкновенно при совершеніи даренія цѣлый рядъ ограниченій, имѣющихъ въ виду возбудить въ дарителяхъ сознаніе совершаемой ими сдѣлки. Наше законодательство съ перваго взгляда не устанавливаетъ ничего подобнаго (кромѣ ограниченій при дареніи родоваго имущества въ интересѣ законныхъ наслѣдниковъ), но изъ изложеннаго выше мы видимъ, что такое отсутствіе ограниченій только кажущееся. Нашъ законъ становится на ту же почву, какъ законъ французскій. Онъ не стѣсняетъ прямо дарителя въ его дѣйствіяхъ, но угрожаетъ ему немедленною потерю даримаго имущества или права въ пользу одареннаго ², а потому при-

¹ Рѣш. Касс. Сената 1871 г. № 928. Ср. рѣш. Моск. Окр. Суда по дѣлу Солодовникова и иг. Митрофанія, Юрид. Вѣстн. 1875 г. № 7—10, стр. 151.—См. выше стр. 196 прим. 2.

² На дѣйствительность подобной мѣры указываетъ и одна наша пословица (не сули журавля въ небѣ, а дай синицу въ руки). Обѣщать многое въ будущемъ легче, чѣмъ тотчасъ дать бездѣлицу.

знаеть дѣйствительными тѣ только даренія, гдѣ подобная потеря возможна. Этотъ принципъ проводится въ нашемъ законодательствѣ и нашей практикѣ даже строже, чѣмъ во Франціи. Дареніе на случай смерти съ суспенсивнымъ условіемъ разсматривается у насъ, какъ завѣщаніе. Наша практика не признавала дѣйствительнымъ дареніе даже тогда, когда даримое имущество даритель удерживалъ у себя въ пожизненное пользованіе ¹. Правда, нашъ законъ признаеть иногда дареніе и въ такой формѣ, что выгодами съ подареннаго имущества продолжаетъ пользоваться даритель, но подобное дареніе имѣеть мѣсто тогда только, когда самое даримое имущество передано третьему лицу и поставлено внѣ всякаго воздѣйствія дарителя ².

IV. Разсмотрѣвъ содержаніе и формы института даренія по нашему закону, мы должны разрѣшить теперь вопросъ: какое мѣсто въ системѣ права занимаетъ наше дареніе? Если мы припомнимъ положенія иностранныхъ законодательствъ и взглядъ Виндшейда на преобладающій характеръ даренія, то отвѣтъ можетъ быть только одинъ: дареніе будетъ такимъ же обязательствомъ, какъ купля и мѣна. Существенная обязанность дарителя, какъ и продавца состоитъ въ передачѣ вещи или отчуждаемаго права, въ доставленіи пріобрѣтателю возможности осуществить свое пріобрѣтеніе. Если въ дѣйствительности иногда совершеніе даренія не имѣеть своимъ по-

¹ Собрн. Рѣш. Сен. I, № 233.

² С. 1178 и 1179 уст. кред. (XI т. 2 ч. св. зак.) По этимъ статьямъ каждое лице можетъ вносить въ сохранныю казну восп. дома капиталъ въ пользу другаго, и если оно прямо не удерживаетъ за собою права измѣнить назначеніе вклада, то можетъ измѣнить его впервые по смерти того лица, въ чью пользу было сдѣлано первоначальное назначеніе.

слѣдствіемъ возникновеніе какой либо обязанности, напр. когда вещь передана дарителемъ при самомъ совершеніи даренія, то подобные случаи, какъ мы видѣли, встрѣчаются и при куплѣ. Характеру даренія, какъ обязательства, не противорѣчитъ и мѣсто занимаемое дареніемъ въ нашемъ законодательствѣ. Купля и мѣна видѣются нашимъ закономъ также изъ числа обязательствъ, между тѣмъ какъ въ характерѣ ихъ, какъ таковыхъ, нельзя усомниться¹. То обстоятельство, что при дареніи и продажѣ составляющее предметъ ихъ право переходитъ на пріобрѣтателя независимо отъ дѣйствія отчуждителя, не можетъ имѣть особаго вліянія на характеръ этихъ институтовъ. Это обстоятельство измѣняетъ только *значеніе* обязательства продавца и дарителя къ передачѣ вещи, не устраняя его. Вообще по французскому и нашему праву эти договоры отличаются тѣмъ только, что кромѣ обязательства устанавливаютъ еще нѣчто другое, что не препятствуетъ намъ разсматривать ихъ все-таки какъ обязательства. Въ заключеніе прибавимъ, что характеръ даренія, какъ обязательства по договору, принимается у насъ и судебной практикой².

¹ См. выше.

² Рѣшеніе Кас. Сен. 1871 г. № 928, 1870 г. № 1552. — Срав. рѣш. моск. окр. суда по дѣлу иг. Митрофаніи съ Солодовниковымъ. Мы не можемъ согласиться только съ однимъ изъ доводовъ, приведенныхъ въ этомъ рѣшеніи. Въ рѣшеніи говорится, что «хотя дареніе по русскому праву не помѣщено въ разрядъ договоровъ, но классификація законовъ вообще не обязательна, важень общій и буквальный смыслъ закона, а не то мѣсто, которое они занимаютъ въ сводѣ.» По нашему мнѣнію классификація законовъ не можетъ препятствовать наукѣ относить данный институтъ къ другому разряду правъ, а не къ тому, къ которому относить его законъ, напр. относить насъ вопреки закону къ обязательствамъ (см. мой договоръ найма имущества, I стр. 41), но во всякомъ случаѣ она имѣетъ неоспоримо важное значеніе, если только покоится на внутреннемъ основаніи. Въ послѣднемъ случаѣ она можетъ служить опорой для выводовъ са- мой науки, какъ мы и старались показать это въ нашемъ трудѣ.

Къ разряду обязательствъ причисляетъ даренія и сводъ гражд. законовъ для губ. Остзейскихъ, причемъ законъ прямо перечисляетъ главныя формы даренія: передачу собственности и вещныхъ правъ, уступку требованій, освобожденіе отъ обязательства, и т. д. (с. 4468).

Важнѣйшія пособія:

a) Римское и обще-германское право.

Institutiones, de donationibus (2, 7).

Digesta de donationibus (h. t. 39, 5).

de donationibus inter virum et uxorem (24, 1).

Codex de donationibus (8, 54).

de donationibus inter virum et uxorem (5, 16).

Henrici Boceri, de donationibus methodicus tractatus,
1587 г.

Leyseri, Meditationes ad pandectas, VI spec. 433 и
слѣд. 1725 г.

Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen, nach Rö-
mischem Recht, 1835 г.

Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, IV.
1841 г.

Heimbach, Schenkung въ Weiske, Rechtslexikon, IX,
1855 г.

Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des
Römischen Privatrechts, III, 1846 г.

Puchta, Institutionen, Pandekten и Vorlesungen.

Vangerow, Pandekten. — Sintenis, Das practische
gemeine Civilrecht. — Windscheid, Pandekten.

б) Новыя законодательства.

1. Codex Maximilianeus bavaricus civilis, III Theil, VIII Cap.

Kreittmayr, Anmerkungen über den codicem maximilia-
neum bavaricum civilem, 1764 г.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das kgr. Bayern, съ мотивами, 1861 г.

2. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (A. L. R.), I, 11 § 1037 и слѣд.

Idem mit Kommentar von Dr. Koch, 1856 г.

Koch, Das Recht der Forderungen, т. III, 1859 г.

3. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich (O. G. B.), § 938 и слѣд.

Unger, System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts, II. 1859.

Kirchstetter, Commentar zum Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 1868.

4. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, nebst Motiven, IV Abth. art 94 и слѣд.

5. Bürgerliche Gesetzbuch für das Kgr. Sachsen. (S. G. B.), с. 1049 и слѣд.

Siebenhaar, Siegmann und Pöschmann, Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, 1869.

Siebenhaar, Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts, 1871 г.

6. Code civil а. 894 и слѣд.

Pothier, Oeuvres annotées par Bugnet, VIII, 1861 г.

Grenier, Traité des donations etc. augmentée par Bayle-Mouillard, 4 т. 1847 г.

Troplong, Des donations entre-vifs et des testaments, 2 т. 1855 г.

Demolombe, Traité des donations entre vifs et des testaments, 6 т. 1872.

Michaux, Traité pratique des donations etc. 1873 г.

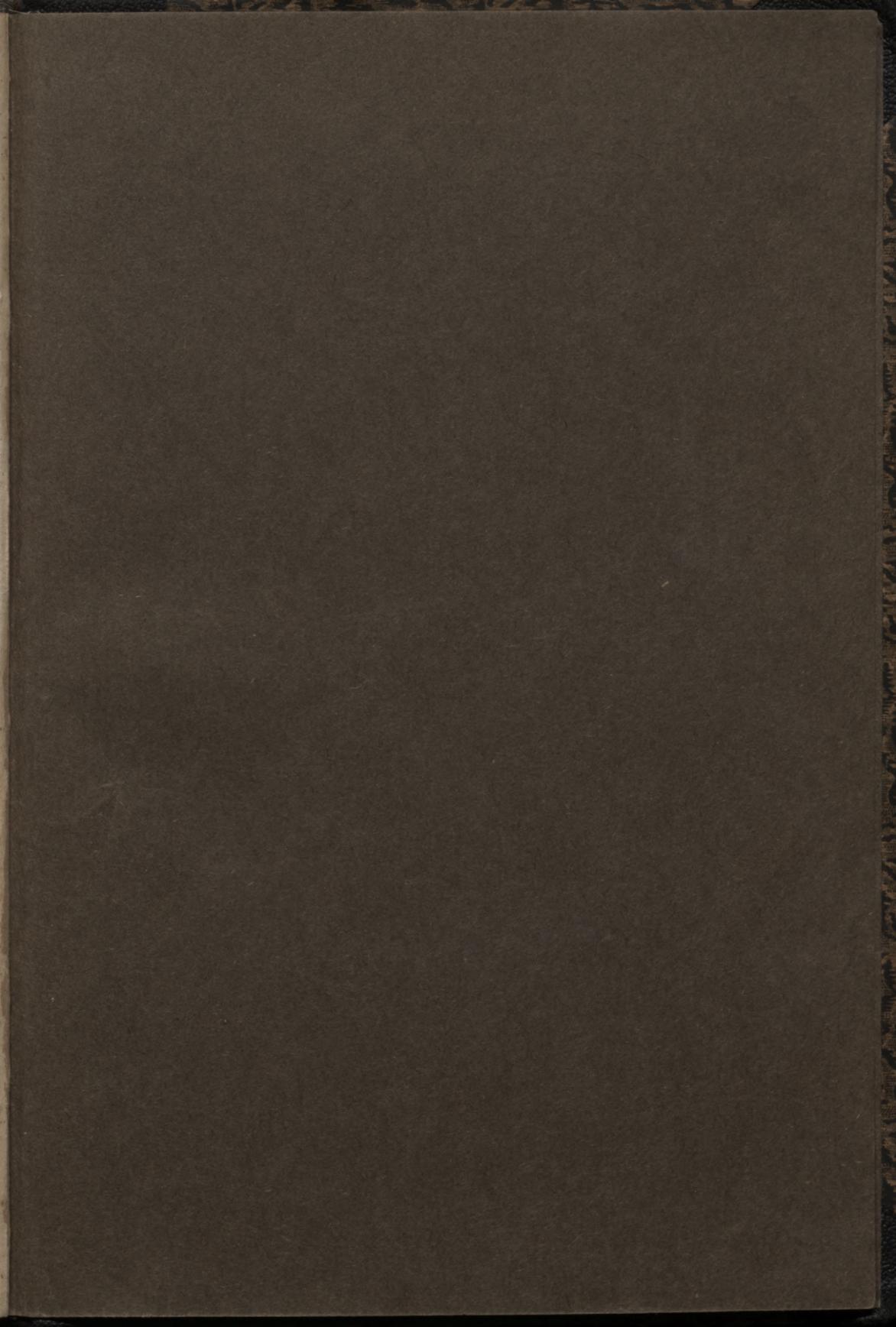
Laurent, Principes de droit civil francais, т. XI и слѣд. 1874 г.

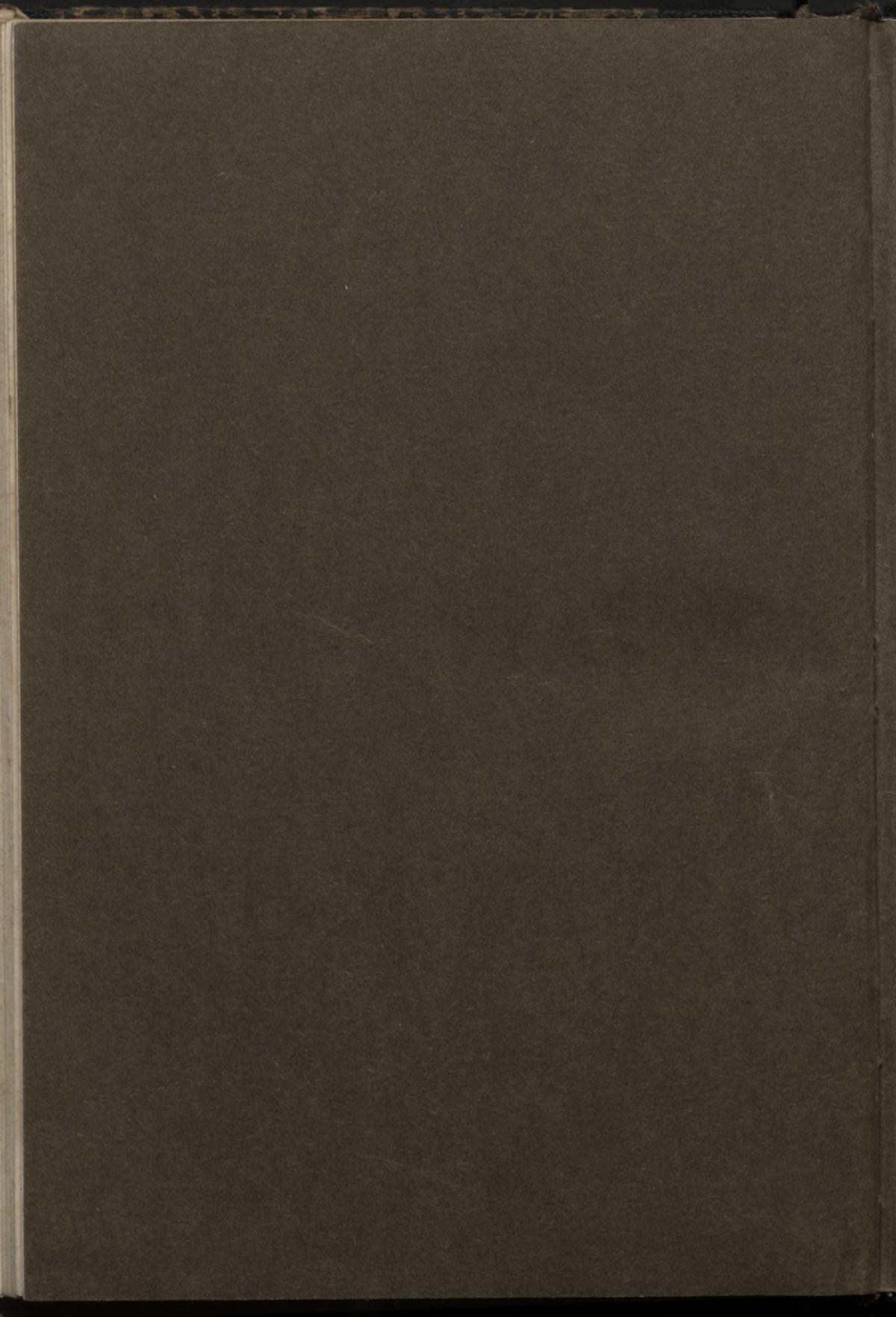
7. Гражданское уложение итальянскаго королевства, въ переводѣ Заруднаго, с. 1050 и слѣд.

ДОБАВЛЕНИЯ и ОПЕЧАТКИ.

<i>Напечатано:</i>		<i>Слѣдуетъ читать:</i>
страница.	строка.	
13	— 2 сн. ра	распе
43	— 12 св. суспенсивнымъ	резолутивнымъ
—	— 14 „ настоящего	настоящаго
66	— 5 сн. age	tage
74	— 5 св. знаетъ	знаеть
78	— 2 „ и	не
—	— сн. assерit.	ассерit,
80	— 2 „ прим.	прим. 3 на стр. 72
103	— 5 св. (при	(при возмездномъ и
104	— 14 св. и	in
—	— 6 „ ъ	въ
109	— 19 св. уплата сдѣланная	уплату сдѣланную
112	— 8 „ Приданое	2) Приданое
—	— 15 „ тогда когда,	тогда, когда
Къ стр. 113 прим. 4: Срав. S. G. V. § 1659.		
124	— 2 св. выразить	выразить
—	— 12 „ не	не
125	— 19 „ aucun	aucun
Къ стр. 127 строка 4: Code civ. а. 1236. Уплачивая безъ воли должника третье лице по французскому праву не можетъ считаться дарителемъ, пока этой уплаты должникъ не приметъ, какъ дара. Подобная уплата не переноситъ на уплатившаго и правъ вѣрителя, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ уплатившій получаетъ противъ должника A. negotiorum gestorum. Gilbert, Code civ. annoté, стр. 543.		
144	— 16 св. недвижимой	недвижимой
6	— устранить	устраняеть
Къ стр. 138 a linea. Немедленный переходъ къ одаренному права собственности на даръ прямо установленъ статьею 938 кодекса, которая говоритъ: La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition. Последнее выраженіе объясняется тѣмъ, что старые французскіе юристы различали два вида пере ачи права: tradition de droit и tradition de fait. Подъ именемъ первой разумѣлся переходъ права въ силу совершенія самой юридической сдѣлки; такого рода переходъ права и устанавливать art. 938. Autre tradition, это—tradition de fait.		
146	6 сн. оспариваемаго	оспариваемаго
155	17 св. безмездныя и возмездныя	безмездныя и возмездныя

1871
1872
1873
1874
1875
1876
1877
1878
1879
1880
1881
1882
1883
1884
1885
1886
1887
1888
1889
1890
1891
1892
1893
1894
1895
1896
1897
1898
1899
1900
1901
1902
1903
1904
1905
1906
1907
1908
1909
1910
1911
1912
1913
1914
1915
1916
1917
1918
1919
1920
1921
1922
1923
1924
1925
1926
1927
1928
1929
1930
1931
1932
1933
1934
1935
1936
1937
1938
1939
1940
1941
1942
1943
1944
1945
1946
1947
1948
1949
1950
1951
1952
1953
1954
1955
1956
1957
1958
1959
1960
1961
1962
1963
1964
1965
1966
1967
1968
1969
1970
1971
1972
1973
1974
1975
1976
1977
1978
1979
1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025
2026
2027
2028
2029
2030
2031
2032
2033
2034
2035
2036
2037
2038
2039
2040
2041
2042
2043
2044
2045
2046
2047
2048
2049
2050
2051
2052
2053
2054
2055
2056
2057
2058
2059
2060
2061
2062
2063
2064
2065
2066
2067
2068
2069
2070
2071
2072
2073
2074
2075
2076
2077
2078
2079
2080
2081
2082
2083
2084
2085
2086
2087
2088
2089
2090
2091
2092
2093
2094
2095
2096
2097
2098
2099
2100





415.144

LATVIJAS UNIVERSITĀTES BIBLIOTĒKA



0509016964