

роли душеприказчика, и не могло быть признано ни самостоятельнымъ, ни безотчетнымъ, то, по наукѣ гражданского права, такому душеприказчику и не можетъ принадлежать право распоряженія. Проф. Гомслытенъ въ своей переработанной монографіи о душеприказчикахъ, изданной въ 1894 г., въ его «юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ», такъ говоритъ по этому вопросу: «право распоряженія» и «въ предѣлахъ завѣщательной воли», — понятія, исключаютъ другъ друга: право распоряженія состоитъ ни въ чемъ иномъ, какъ въ правѣ лица располагать судьбою вещи по произволу: отчуждать, закладывать и т. д. Эта то произвольность и составляетъ существенный элементъ права распоряженія; отнимите его и поставьте «въ предѣлы воли завѣщателя», — все право распоряженія разрушится, останется одно исполненіе надъ вещью дѣйствій, предписанныхъ завѣщателемъ..... «Когда же говорятъ, что такому то лицу принадлежитъ право распоряженія, то всегда предполагается само это право, а не право осуществленія его», (стр. 132 и 133). Отсюда право распоряженія душеприказчика, «предоставленное ему завѣщателемъ», безъ права на безотчетность его въ своихъ дѣйствіяхъ по исполненію духовнаго завѣщанія немыслимо: это причина и слѣдствіе. Поэтому-то Гордонъ, этотъ крайній сторонникъ широкаго развитія института душеприказчества, увлекшись теорію послѣдняго, какъ договорнаго представительства умершаго завѣщателя (по словамъ проф. Шершеневича въ его «наукѣ граждан. права въ Россіи», — стр. 164, Гордонъ придавалъ громадное значеніе «живому обмѣну цѣнностей и видимо желалъ искусственно пересадить на нашу почву представительство въ промышленномъ и юридическомъ быту современной Европы»), является вполне послѣдовательнымъ этой теоріи, когда говоритъ: «если всю суть душеприказчества основывать

на волѣ завѣщателя,, то “отчего недѣйствительна безотчетность душеприказчика, установленная волею самого завѣщателя,, Хотя “о волѣ завѣщателя,, говорятъ: “поелику она не противорѣчитъ предписанію закона,, но гдѣ тотъ законъ, который полсжительно запрещаетъ безотчетное душеприказничество? “А передъ этимъ соображеніемъ Гордонъ, по поводу кассац. рѣшеній Сената 1868 г. № 78, 1871 г. № 863 и 1875 г. № 322 высказалъ, что Сенатъ—на скудной точкѣ опоры, представляемой закономъ, построилъ почти цѣлую систему душеприкащичества,,; “изъ ничего создана почти цѣлая система; обрисованъ типъ душеприкащика,, (“Представительство въ Гражд. Правѣ,, СПБ. 1879 г. стр. 265—266 и 252—254). Если съ этимъ мнѣніемъ сопоставить заключеніе Побѣдоносцева, что “о правахъ, обязанностяхъ и юридическихъ отношеніяхъ душеприказчиковъ вовсе нѣтъ постановленій въ нашемъ законѣ,, за исключеніемъ крайне ограниченныхъ “формальныхъ, опредѣленій (2 ч. “Курса,, изд. 1871 г. пар. 70, стр. 516); если означенныя рѣшенія Сената состоялись не на основаніи “скуднаго,, закона, а ими Сенатъ самъ—“построилъ изъ ничего почти цѣлую систему душеприкащичества,, то, стало быть, рѣшенія эти не составляютъ толкованія закона, а являются сами теоріей, поставленной на мѣсто несуществующаго или явно недостаточнаго закона, а слѣд. такіа кассац. рѣшенія и не могутъ считаться руководящими во всемъ, что не касается справедливо отвергаемой Сенатомъ душеприкащичьей безотчетности, а изъ трехъ приведенныхъ сейчасъ кассац. рѣшеній только рѣшеніе 1868 г. № 78 не допускаетъ этой “безотчетности,,... Именно по отсутствію на данный предметъ закона, по словамъ Голмстена, “наша старая судебная практика,, дѣйствовавшая на основаніи того же т. X ч. I, и “высказала,, совершенно обратное нынѣшней “такое по-

ложеніе,, что завѣщатель можетъ назначить безотчетнаго душеприказчика и опекуна малолѣтокъ своихъ,. Между тѣмъ, по выраженію того же профессора, признаніе “безотчетнаго, по опредѣленію завѣщателя и безотвѣтственнаго душеприказчика являлось бы противорѣчіемъ какъ основному принципу душеприказничества, такъ и основамъ завѣщательнаго права,, почему,—продолжаетъ онъ—“совершенно справедливо говорить Базелеръ, что такой (безотчетный) душеприказчикъ ни болѣе ни менѣе какъ наслѣдникъ, ибо въ чемъ же состоитъ право наслѣдника на оставшееся имущество, какъ не въ произвольномъ, исключаящемъ всякій посторонній контроль, распоряженіи (а продажа недвижимыхъ имѣній по произвольной цѣнѣ со стороны душеприказчика развѣ не „произвольное“ распоряженіе?), какъ не въ правѣ собственности; а такимъ-то правомъ въ данномъ случаѣ и пользуется душеприказчикъ“ (юрид. излѣд. и статьи, : стр. 134 и 135).

Должно быть не безъ основанія французское и итальянское законодательства вовсе не признаютъ за душеприказчикомъ права распоряженія недвижимымъ имуществомъ. И такой авторитетъ въ гражданскомъ правѣ, какъ Пухта, утверждаетъ, что „душеприказчикъ не пользуется правомъ распоряженія“ (Гордонъ, стр. 261).

Такимъ образомъ предоставленіе Черкасовою Смоленскому Губ. Земству права распоряженія всѣми (кромя одного) недвижимыми имѣніями и движимостью ея, въ видѣ продажи того и другого имущества по произвольной цѣнѣ, признаваемое и Окр. Судомъ, неизбѣжно приводитъ къ признанію за Земствомъ, какъ душеприказчикомъ завѣщательницы, права на безотчетность, а слѣд. и права наслѣдственнаго уже ко всему имуществу Черкасовой;—такъ что ни точное означеніе лицъ кому должны быть сдѣланы выдачи, а равно и условій этихъ

выдачѣ, разѣ онѣ должны быть произведены не изъ наличныхъ завѣщанныхъ суммъ, а изъ будущихъ производныхъ, какія могутъ быть выручены отъ порученной продажи недвижимыхъ имѣній и движимости за неизвѣстную произвольную цѣну, по непосредственному усмотрѣнію продавца-душеприказчика, ни мало не измѣняютъ характера безотчетныхъ дѣйствій такого душеприказчика и полной его въ этомъ отношеніи самостоятельности, совершенно независимой отъ воли завѣщательницы. Только нежелая видѣть и оцѣнить по достоинству эти несомнѣнные признаки безотчетности, можно не придавать завѣщанному распоряженію Земства характера безотчетности

То положеніе, выставленное и въ рѣшеніи Окр. Суда, что предоставленіе Земству права распоряженія указаннымъ въ завѣщаніи имуществомъ нарушало бы 1011 ст. и было бы недѣйствительно-лишь въ случаѣ, если бы завѣщательница предоставила ему это распоряженіе — «по его, замства, усмотрѣнію», повидимому взято у неофіціальныхъ издателей нашихъ гражданскихъ законовъ съ разъясненіями кассац. Сената, которые, задавшись произвольными цѣлями — представить Сенатскія разъясненія въ видѣ какой то системы — даже тогда, когда они составляютъ полную несогласованность между собою, когда позднѣйшія рѣшенія совершенно отмѣняютъ или измѣняютъ рѣшенія прежнія, произвольно же строятъ свои умозаключенія относительно этихъ разъясненій и чрезъ то неизбѣжно впадаютъ въ явное противорѣчіе съ очевиднымъ смысломъ историческаго, послѣдовательнаго хода названныхъ разъясненій. Такъ и по отношенію даннаго вопроса, выставивъ сначала выработанные кассаціонною практикою тезисы, вполнѣ отвѣчающіе разуму 1011 ст. и состоящіе въ томъ,

что нельзя завѣщать какому либо лицу одного права распоряженія, и что такое завѣщаніе недѣйствительно, безъ предоставленія въ то же время этому лицу права собственности, означенные издатели, даже наиболѣе солидные изъ нихъ, вдругъ затѣмъ добавляють, какъ бы въ видѣ исключенія изъ выработанныхъ общихъ положеній, что недѣйствительно, однакожь, такое завѣщаніе лишь въ томъ случаѣ, если завѣщатель предоставляетъ данному лицу распоряжаться имуществомъ «по его (этого лица) усмотрѣнію», но самъ завѣщатель воленъ поручить избранному имъ душеприказчику распорядиться его имуществомъ (напр. продать его) для исполненія воли его, завѣщателя, напр. для уплаты его долговъ, для распределенія денегъ, вырученныхъ отъ этой продажи имущества, между легатаріями и, вообще, для употребленія этихъ денегъ согласно назначенію завѣщателя—«какъ будто всѣхъ этихъ повинностей нельзя возложить, по прямому закону, избраннымъ въ примѣч. къ 1011 и къ 1086 ст., на самихъ избранныхъ наследниковъ, къ принятію завѣщаннаго вполне правоспособныхъ... Такимъ образомъ воля завѣщателя въ этихъ тезисахъ явно поставлена выше закона, который со своими постановленіями,— что завѣщать благопріобрѣтенное имущество можно или въ полную собственность, или же во временное владѣніе и пользованіе, и что поэтому нельзя завѣщать имущество въ одно право распоряженія,—долженъ передъ нею пасовать, долженъ поступиться ими въ пользу этой завѣщательной воли, хотя по 1010 ст. духовное завѣщаніе есть законное объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ на случай его смерти, и хотя ни въ какомъ другомъ законѣ не содержится какого либо исключенія въ пользу этой воли на счетъ законности. При этомъ невозможно обратить вниманія и на самый способъ построенія умозаключенія, видно примѣ-