

190
39
Проф. И. А. Покровский.

~~Р. 187
Л. 315~~

ОСНОВНЫЯ ПРОБЛЕМЫ
ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.



Издание Юридического книжного склада „ПРАВО“.
Петроградъ, Литейный просп., 28.
1917.

Новыя изданія, собственныя и помѣщенные на складѣ:

- Абрамовичъ, А. Образцовый уставъ общества взаимн. кредита съ разъясн. 1914 г. Ц. 1 р. 50 к.
- Абрамовичъ, К. Крестьянское право по рѣшеніямъ Пр. Сената. Изд. 2-ое, 1912 г. Ц. съ дополненіемъ: 1914 г. 2 р. 50 к. Цѣна „Дополненія“ въ отдѣльный прод. 50 к.
- Бардзскій, А. Э. Законы о несостоятельности торговой и не торговой и о личномъ задержаніи несправныхъ должниковъ, Изд. 2-ое, 1914 г. Ц. 3 р. 50 к.
- Былдинъ, С. А. Война и государственное вознагражденіе. 1915 г. Ц. 75 к.
- Война и гражданскій оборотъ. 1915 г. Ц. 75 к.
- Важнейшіе законодательные акты (1908—1912), съ алф. предм. указателемъ. Подъ ред. и съ предисл. проф. В. М. Гессена. 1913 г. Ц. 3 р. 50 к. (въ перепл.).
- Винаверъ, М. М. Изъ области психіатрики. 1908 г. Ц. 2 р.
- Вольскій, А. Н. Наслѣдства, пошлама. Изд. 2-ое, 1913 г. Ц. 80 к. (въ перепл.).
- Крѣпостная пошлина 1912 г., съ 2 допони. 1914 и 1916 г. Ц. 1 р. (въ перп.).
- Вольте, Г. С. Новый мѣстный судъ. I. Сборн. законовъ о волюстномъ и мировомъ судѣ. Изд. 2-ое, 1915 г. Ц. 1 р. 50 к. (въ перепл.). II. Сборникъ уголовныхъ законовъ и уставовъ, примѣнимыхъ въ мѣстномъ судѣ. 1915 г. Ц. 2 р. (въ перепл.).
- Гессенъ, В. М. Основы конституціоннаго права (печ. 2-е изд.).
- Исключительное положеніе: 1904 г. Ц. 2 р.
- Гессенъ, I. В. Уакононеніе, усыновленіе и выборанія дѣти, съ разъяснен. по рѣш. Пр. Сен. Изд. 3-ье, 1916 г. Ц. 1 р. 50 к., въ перепл. 2 р.
- Раздѣльное жительство супруговъ. Законъ 12 марта 1914 г. съ разъясненіями и законодат. мотивами. 1914 г. Ц. въ перепл. 1 р. 25 к.
- Гессенъ, Я. М. Уставъ торговый, съ разъясненіями, приложеніями и алф. предм. указат. Изд. 2-ое, допони. 1914 г. Ц. 3 р. 50 к. (въ перепл.).
- Уставъ уголовного судопроизводства, для всѣхъ мѣстн. Имперіи, съ алф. предм. указателемъ. 1914 г. Ц. 1 р. (въ перепл.).
- Гойхбаргъ, А. Г. Законъ о правѣ застройки. Практическій комментарий. Изд. 2-ое, допони. 1913 г. Ц. 1 р., въ перепл. 1 р. 25 к.
- Законъ о расширеніи правъ наследованія по закону лицъ женскаго пола и права завѣщанія родовыхъ имуществъ. Изд. 3-е, 1914 г. Ц. 75 к., въ перепл. 1 р.
- Торговая комиссія. Практич. комментарий 1913 г. Ц. 1 р. 50 к. въ пер. 1 р. 75 к.
- Землевадѣніе и землепользованіе подданныхъ враждебныхъ державъ и нѣмецкихъ выходцевъ съ вступ. очеркомъ и разъясн. 1915 г. Вып. I. Ц. 50 к. Вып. II 1916 г. Ц. 50 к.
- Грейденбергъ, Б. С. Судебно-психіатрич. экспертиза въ уголовн. процессѣ. 1915 г. Ц. 2 р. 50 к.
- Громанъ, В. В. Уставъ о промышленномъ трудѣ, съ разъясн., приложен. и указателеми. 1915 г. Ц. 2 р. 50 к., въ перепл.—3 р.
- Дерибултъ, Г. Пандакты. Т. III (кн. IV и V). Семейное и наследственное право. 1911 г. Ц. 2 р. 75 к. (въ перепл.). Т. II (вып. III). Обязательственное право. 1911 г. Ц. 2 р.
- Духанъ, М. Я. Борьба съ неплатежами. Новый законъ о переходѣ по договорамъ торг. и промышл. предпріятій. 1917 г. Ц. 1 р.
- Дьяконовъ, М. А. Очерки общеста. и госуд. строя древней Руси. Изд. 4-е. 1913 г. Ц. 2 р. 75 к. (въ перепл.).
- Змировъ, К. П. Учрежденіе судебныхъ установленій, съ законод. мотивами, разъясн. Сената и предм. указат. 1913 г. Ц. 3 р. 50 к. (въ перпл.).
- Уставъ гражд. судопроизводства, съ законод. мотивами, разъясн. Сената и алфав. предм. указ. Изд. 2-ое, испр. и доп. 1914 г. Ц. 5 р., въ перепл. 5 р. 50 к.
- Уставъ гражд. судопроизв. (сударный) для мѣстностей, въ котор. зам. о мѣстн. судѣ введенъ въ неполн. объемъ. Изд. 2-ое, 1914 г. Ц. 1 р. 25 к.
- Врем. правила о волюстномъ судѣ. 1913 г. Ц. 60 к. въ перепл. 75 к.
- Общій уставъ Рос. жел. дор. Изд. 3-е, допони. 1911 г. Ц. 6 р. 50 к. (въ перп.).
- Исаченко, В. Л. Мировой судъ. Практич. комментарий на 1 кн. Уст. Гр. Суд. 1913 г. Ц. 6 р.
- Особая производств. Практич. комментарий на 3 кн. Уст. Гр. Суд. 1913 г. Ц. 5 р.
- Обязательства по договорамъ. Практич. коммент. на кн. IV, т. X ч. I. Т. I. Часть общая. 1914 г. Ц. 4 р. 50 к. Т. II. Часть особенная. Вып. I. 1914 г. Ц. 6 р.
- Сводъ кассач. положеній по русск. граждан. процессуальн. праву (1868—1913 гг.). Изд. 2-ое. 1914 г. Ц. 6 р. 50 к.

Жанс. № 170/1927

801-13
611

R 180
34 Проф. I. A. Покровскій.

~~R 187
345~~

ОСНОВНЫЯ ПРОБЛЕМЫ
ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.



Изданіе Юридическаго книжнаго склада „ПРАВО“.
Петроградъ, Литейный просп., 28.
1917.

Типографія „ПРАВДА“, Разъѣзжая ул., д. 16—18.



2011122922

Отъ автора.

Выпускаемая въ настоящій моментъ книга была написана, первоначально, для изданія „Итоги науки“ (книгоиздательства „Миръ“) и, лишь въ небольшомъ количествѣ отдѣльныхъ оттисковъ, была разослана нѣкоторымъ юридическимъ учреждениямъ и представителямъ науки гражданского права въ Россіи. Несмотря на сравнительно слабое распространеніе, она, однако, вызвала къ себѣ такой интересъ, который далеко превзошелъ всѣ ожиданія автора. Равнымъ образомъ превзошла всѣ ожиданія и та оцѣнка, которой удостоилась книга со стороны компетентныхъ круговъ. Рядъ весьма лестныхъ рецензій (І. В. Гессенъ въ „Правѣ“ 1916 г. № 4, А. Э. Нольде въ „Вѣстникъ гражд. права“ 1916 г. кн. 2, Е. А. Лаппа-Старженецкая въ „Журналъ Мин. Юстиціи“ 1916 г. кн. 6, Ф. В. Тарановскій въ „Бирж. Вѣдомостяхъ“ 1916 г. отъ 6 Апр., С. М. Левинъ въ „Днѣ“ 1916 г. отъ 25 Февр.) завершился присужденіемъ со стороны Академіи Наукъ (по рецензій проф. М. Я. Пергамента, пока еще не напечатанной) большой премии имени Ахматова. Все это, въ связи съ непрерывно поступающими ко мнѣ запросами, заставляетъ меня думать, что книга отвѣчаетъ нѣкоторой серьезной потребности и что отдѣльное изданіе ея не будетъ излишнимъ.

Историческое происхождение книги всецѣло объясняетъ ея общій характеръ. Разсчитанная не на специалистовъ-юристовъ, а на широкіе круги просто интеллигентныхъ читателей, она имѣетъ своею цѣлью дать общее, для всѣхъ доступное, изложеніе основныхъ проблемъ гражданского права. Вслѣдствіе этого въ ней нельзя искать ни полноты историческаго и законодательнаго матеріала, ни обилія литературныхъ цитатъ: задачей книги является сосредоточеніе вниманія на основномъ и главномъ, на перспективныхъ линіяхъ эволюціи, на высшихъ пунктахъ правовыхъ исканій; всякія излишнія детали лишь ослабляли бы цѣльность впечатлѣнія.

Установление указанных общих перспективных линий сдѣлало неизбежнымъ соприкосновение съ большими обще-философскими проблемами. Многолѣтняя работа надъ самыми жгучими вопросами гражданского права привела автора уже давно къ тому убѣжденію, что всѣ эти вопросы тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ основными вопросами философіи права, вообще. Больно чувствовалось, насколько мы, юристы-цивилисты, не сознаемъ этого и насколько, при рѣшеніи нашихъ крупнѣйшихъ вопросовъ, мы идемъ безпринципно и наугадъ. Воспитанные на позитивистической боязни передъ всякимъ подобіемъ „метафизическихъ естественно-правовыхъ фантазій“, погруженные въ повседневную и кропотливую догматическую работу, мы окончательно отвыкли отъ широкой теоретической трактовки нашихъ проблемъ и потеряли всякую связь съ глубокими идейными теченіями нашего времени. Можно-ли удивляться при такихъ условияхъ тому, что наука гражданского права стала казаться какой-то отторженной отъ жизни, засохшей схоластикой, а цивилисты—какой-то замкнутой отживающей кастой?

Казалось, напротивъ, необходимымъ освѣтить наши цивилистическія проблемы именно съ точки зрѣнія общеправовой философіи, показать бѣніе въ нихъ живого общечеловѣческаго духа, ввести ихъ въ кругъ идейныхъ интересовъ всякаго мыслящаго гражданина. Именно эту задачу ставятъ передъ собою настоящіе очерки. Авторъ ихъ, разумѣется, отлично сознаетъ, что разрѣшить эту задачу въ полной мѣрѣ ему не удалось; обычной проторенной дороги передъ нимъ не было и отъ вопроса къ вопросу надо было рубиться самому черезъ непролзкій дѣвственный лѣсъ. Вслѣдствіе этого разнообразныя пробѣлы и погрѣшности, особенно въ деталяхъ, были неизбежны. Я очень благодаренъ гг. рецензентамъ за сдѣланныя ими въ этомъ отношеніи указанія. Все самое существенное изъ этихъ указаній мною тщательно взвѣшено и принято во вниманіе. Тамъ, гдѣ ихъ указанія признаны мною справедливыми, въ текстъ внесены соотвѣтствующія исправленія; тамъ же, гдѣ я не могъ съ ними согласиться, въ добавочныхъ примѣчаніяхъ мною даны краткія объясненія. Но и за всѣмъ тѣмъ, по моему собственному сознанию, остается еще многое, что должно было быть сдѣлано въ желательномъ направленіи, но мною не сдѣлано. Книга остается тѣмъ, чѣмъ была—лишь первымъ опытомъ, первымъ наброскомъ той большой работы, для которой необходимы силы и знанія не одного человѣка, а многихъ.

Съ тѣхъ поръ какъ книга была написана, въ жизни нашего отечества совершился огромный переворотъ. Но этотъ переворотъ не далъ мнѣ основаній измѣнить что-либо въ содержаніи: то, что было сказано мною тогда—при старомъ режимѣ, можетъ быть повторено полностью теперь, когда мы находимся передъ созиданіемъ нашего новаго свободнаго строя. Переворотъ только приблизилъ насъ къ великимъ вопросамъ, и то, что имѣло тогда лишь теоретическое значеніе, приобрѣло теперь характеръ непосредственныхъ практическихъ задачъ.

При новыхъ условияхъ русскіе граждане, въ полной мѣрѣ, держатъ будущія судьбы свои въ своихъ рукахъ. Они сами являются теперь строителями своей жизни, творцами своего права. Но для того, чтобы строить и творить, надо прежде всего больше знать и больше понимать: извѣстный уровень юридическихъ знаній дѣлается теперь общегражданской обязанностью. И если предлагаемая книга хоть нѣсколько поможетъ русскому обществу разобратъ ся въ основныхъ вопросахъ гражданского права, если она поможетъ ему въ предстоящемъ строительствѣ, то она появилась не напрасно.

Ренанъ когда-то сказалъ: политика подобна пустынь; въ ней идутъ наугадъ—то на сѣверъ, то на югъ,—просто потому, что надо идти; но никто не знаетъ, гдѣ добро, гдѣ зло. Мы же думаемъ, что, какъ для пустыни, такъ и для политики есть свой компасъ. Стрѣлка этого компаса всегда поворачивается къ одному пункту—именно къ тому, гдѣ сходятся свобода и социальная солидарность, и пусть русское общество никогда не сбивается съ этого пути.

Москва.
Июнь 1917 г.

Понятіе гражданского права и вопросъ о его соціальной цѣнности.

Терминъ „гражданское“, или „частное“ право извѣстенъ съ очень давнихъ временъ. Уже древніе римскіе юристы оперируютъ съ этимъ терминомъ, расчлняя всю обширную область права на двѣ большія сферы—сферу права публичнаго (*jus publicum*) и сферу права частнаго, или гражданского (*jus privatum*, или *jus civile*). Съ той поры это дѣленіе является прочнымъ достояніемъ юридической мысли, составляя непремѣнный базисъ научной и практической классификаціи правовыхъ явленій.

Несмотря на такую, можно сказать „незапамятную“, давность употребленія, самый критерій различія между правомъ публичнымъ и частнымъ остается до сихъ поръ невыясненнымъ. Даже болѣе того: современному изслѣдователю этого вопроса можетъ показаться, что чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе вопросъ запутывается и дѣлается безнадежно неразрѣшимымъ.

Долгое время юриспруденція довольствовалась тѣмъ опредѣленіемъ этого различія, которое еще было дано старыми римскими юристами: публичное право—это то, которое имѣетъ въ виду интересы государства, какъ цѣлаго, а частное право—то, которое имѣетъ въ виду интересы индивида, какъ такового („*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*“). Но болѣе тщательное изслѣдованіе XIX вѣка обнаружило всю теоретическую и практическую несостоятельность этой формулы. Развѣ такое или иное строеніе семьи, собственности или наслѣдованія безразлично для государства, какъ цѣлаго? И тѣмъ не менѣе все это безспорные институты гражданского права. Развѣ не интересы государства, какъ цѣлаго, преслѣдуетъ государственное управленіе, заключая контрактъ о поставкѣ провіанта или обмундированія для арміи, защищающей отечество? И тѣмъ не менѣе такой контрактъ безспорно принадлежитъ къ области права частнаго, а не публичнаго.

Римское опредѣленіе существа гражданского права не могло устоять передъ подобными критическими вопросами, и наука вынуждена была искать новыхъ путей. Здѣсь не мѣсто излагать

длинную историю этих исканий. Одни из мыслителей пытались указать такой или иной материальный критерий, полагая, что различие между правом публичным и частным кроется в самой материи, в самом содержании регулируемых отношений: довольно распространенным было некоторое время воззрение, что единственной теоретически правильной сферой гражданского права является сфера отношений имущественных (в Германии Зомь, у нас Кавелинъ, Мейеръ). Другіе, напротив, усматривали критерій различія въ сторонѣ формальной, т.-е. въ способѣ судебной защиты: право публичное то, которое охраняется по инициативѣ власти въ порядкѣ суда уголовного или административнаго, а право частное то, которое охраняется по инициативѣ частнаго лица и въ порядкѣ суда гражданского (Тонъ, у насъ Дювернуа и др.). Но и то и другое теченіе разбивались о весьма всѣскія возраженія, и неудивительно, если эти неудачи вызвали появленіе совершенно скептическаго отношенія къ нашему вопросу: нѣтъ вовсе никакого принципиальнаго отличія между правомъ публичнымъ и частнымъ; самое это дѣленіе, созданное римскими юристами для своихъ чисто историческихъ нуждъ, въ настоящее время утратило свое значеніе и если еще въ теоріи сохраняется, то лишь исключительно по традиціи (Шлоссманъ, у насъ Д. Гриммъ).

Но это скептическое настроеніе можетъ быть понято только какъ временное состояніе научной усталости. Юриспруденція инстинктивно чувствуетъ, что въ основѣ нашего различія лежитъ нѣчто не случайно-историческое, а глубоко принципиальное; она смутно улавливаетъ глубокую разницу въ самомъ духѣ права публичнаго и частнаго и, несмотря ни на что, продолжаетъ держаться этого дѣленія, какъ основы всей научной классификаціи. И думается, что ея инстинктъ ея не обманываетъ.

Право, какъ извѣстно, имѣетъ своею общеоуцѣлю регулированіе междучеловѣческихъ отношеній. Но если мы присмотримся ближе къ способамъ или приѣмамъ этого регулированія, то мы замѣтимъ слѣдующее крупное различіе.

Въ однихъ областяхъ отношенія регулируются исключительно велѣніями, исходящими отъ одного единственнаго центра, каковымъ является государственная власть. Эта послѣдняя своими нормами указываетъ каждому отдѣльному лицу его юридическое мѣсто, его права и обязанности по отношенію къ цѣлому государственному организму и по отношенію къ другимъ отдѣльнымъ лицамъ. Только отъ нея, отъ государственной власти, могутъ исходить распоряженія, опредѣляющія положеніе cada-

отдѣльнаго человѣка въ данной сферѣ отношеній, и это положеніе не можетъ быть измѣнено никакой частной волей, никакими частными соглашениями (еще римскіе юристы говорили: *publicum jus pactis privatorum mutari non potest*). Регулируя всѣ эти отношенія по собственному почину и исключительно своей волей, государственная власть принципиально не можетъ допустить въ этихъ областяхъ рядомъ съ собой никакой другой воли, ничьей другой инициативы. Поэтому исходящія отъ государственной власти нормы имѣютъ здѣсь безусловный, принудительный характеръ (*jus cogens*); предоставляемая ею права имѣютъ въ то же самое время характеръ обязанностей: они должны быть осуществлены, такъ какъ неосуществленіе права явится неисполненіемъ сопряженной съ ними обязанности (бездѣйствіемъ власти).

Типичнымъ и наиболее яркимъ образцомъ описаннаго приѣма правового регулированія является современная организація народной обороны, т.-е. военныхъ силъ страны. Здѣсь все сводится къ одному единственному управляющему центру, отъ котораго только и могутъ исходить нормы, опредѣляющія жизнь цѣлаго и положеніе cadaго отдѣльнаго индивида. Эти нормы опредѣляютъ, подлежить ли данное лицо воинской повинности или нѣтъ; если подлежить, то онѣ властно и принудительно указываютъ ему его мѣсто въ рядяхъ войска, опредѣляютъ его положеніе, какъ рядоваго или офицера въ такомъ-то полку и т. д. И никакія частныя соглашенія не могутъ измѣнить въ этомъ положеніи ни одной черточки: я не могу замѣнить васъ на службѣ, помѣняться съ вами полками или предоставить мѣсто себя мѣсто офицера. Все здѣсь подчинено одной руководящей волѣ, одному командующему центру; все здѣсь централизовано.

Вотъ этотъ-то приѣмъ юридической централизаціи и составляетъ основную сущность публичнаго права. То, что такъ ярко и непосредственно ощущается въ сферѣ военнаго права, представляетъ общую характерную черту всѣхъ отраслей права публичнаго—права государственнаго, уголовного, финансоваго и т. д.

Къ совершенно иному приѣму прибѣгаетъ право въ тѣхъ областяхъ, которыя причисляются къ сферѣ права частнаго, или гражданскаго. Здѣсь государственная власть принципиально воздерживается отъ непосредственнаго и властнаго регулированія отношеній; здѣсь она не ставитъ себя мысленно въ положеніе единственнаго опредѣляющаго центра, а, напротивъ, предоставляетъ такое регулированіе множеству иныхъ маленькихъ центровъ, которые мыслятся, какъ нѣкоторыя самостоятель-

няя социальная единица, как субъекты правъ. Такими субъектами правъ въ большинствѣ случаевъ являются отдѣльные индивиды—люди, но, сверхъ того, и различныя искусственныя образования—корпорации или учрежденія, такъ называемыя лица юридическія. Всѣ эти маленькіе центры предполагаются носителями собственной воли и собственной инициативы, и именно имъ предоставляется регулированіе взаимныхъ отношений между собой. Государство не опредѣляетъ этихъ отношений отъ себя и принудительно, а лишь занимаетъ позицію органа, охраняющаго то, что будетъ опредѣлено другими. Оно не предписываетъ частному лицу стать собственникомъ, наследникомъ или вступить въ бракъ; все это зависитъ отъ самого частнаго лица или нѣсколькихъ частныхъ лицъ (контрагентовъ по договору); но государственная власть будетъ охранять то отношеніе, которое будетъ установлено частной волей. Если же она и даетъ свои опредѣленія, то, по общему правилу, лишь на тотъ случай, если частныя лица почему-либо своихъ опредѣленій не сдѣлаютъ, слѣдовательно—лишь въ восполненіе чего-либо недостающаго. Такъ, напр., на случай отсутствія завѣщанія государство опредѣляетъ порядокъ наследованія по закону. Вслѣдствіе этого нормы частнаго права, по общему правилу, имѣютъ не принудительный, а лишь субсидіарный, восполнительный характеръ и могутъ быть отмѣнены или замѣнены частными опредѣленіями (*jus dispositivum*). Вслѣдствіе же этого гражданскія права суть только права, а не обязанности: субъектъ, которому они принадлежатъ, воленъ ими пользоваться, но воленъ и не пользоваться; неосуществленіе права не составляетъ никакого правонарушенія.

Такимъ образомъ, если публичное право есть система юридической централизаціи отношений, то гражданское право, наоборотъ, есть система юридической децентрализаціи: оно по самому своему существу предполагаетъ для своего бытія публичность множества самоопредѣляющихся центровъ. Если публичное право есть система субординаціи, то гражданское право есть система координаціи; если первое есть область власти и подчиненія, то второе есть область свободы и частной инициативы¹⁾.

¹⁾ Критерій юридической централизаціи или децентрализаціи былъ выдвинутъ впервые проф. Петражицкимъ („Die Lehre vom Einkommen“, II, S. 462 и сл., „Ученыя Зап. Киевскаго Унив.“ 1896 г., кн. 8) и Р. Штаммлеромъ („Wirtschaft und Recht“, „Das Recht der Schuldverhältnisse“) Новѣйшее учене проф. Петражицкаго—см. его Теорія права. Т. II (1910), стр. 647 и сл.

Таково, въ самомъ схематическомъ видѣ, принципиальное различіе между правомъ публичнымъ и частнымъ. Однако, при этомъ нужно имѣть въ виду слѣдующее.

1. Граница между публичнымъ и частнымъ правомъ на протяженіи исторіи далеко не всегда проходила въ одномъ и томъ же мѣстѣ; области одного и другого многократно мѣнялись. То, что въ одну эпоху регулировалось по началамъ юридической децентрализаціи и, слѣдовательно, относилось къ области частнаго права, въ другую эпоху перестраивалось по типу юридической централизаціи и такимъ образомъ переходило въ область публичнаго права, и наоборотъ. Мы не можемъ здѣсь вдаваться во всестороннее изслѣдованіе историческаго взаимоотношенія между этими областями, но укажемъ нѣкоторые примѣры подобнаго перестроенія.

Извѣстно, напримѣръ, что въ древнѣйшую эпоху еще только зарождавшаяся и слабая государственная власть не вмѣшивалась въ ту область, которая составляетъ въ настоящее время сферу уголовного права: возмездіе за причиненную обиду, месть или соглашеніе о штрафѣ, предоставлялось самимъ заинтересованнымъ лицамъ. Вслѣдствіе этого, напр., въ старомъ римскомъ правѣ членовредительство или воровство составляли явленія не публичнаго, а частнаго права: мишеніе осуществлялось самимъ потерпѣвшимъ или его близкими, штрафъ устанавливался и взыскивался по частной инициативѣ и въ порядкѣ обыкновеннаго гражданскаго суда. Но затѣмъ мало-по-малу государство начинаетъ брать отношенія, возникающія по поводу преступленій, исключительно въ свои руки, отстраняя принципиально частную волю лицъ, непосредственно заинтересованныхъ. Разъ совершенно преступленіе, положеніе преступника опредѣляется исключительно волею власти, и никакая частная воля этого положенія измѣнить не можетъ: государство по собственной инициативѣ привлекаетъ виновнаго къ отвѣтственности и налагаетъ на него соответственное наказаніе; даже прощаніе потерпѣвшаго не можетъ устранить ни преслѣдованія ни наказанія. Для частныхъ опредѣленій и соглашеній нѣтъ никакого мѣста; положеніе преступника опредѣляется велѣніями, исходящими изъ одного единственнаго центра—власти, совершенно такъ же, какъ это мы видѣли выше въ дѣлѣ военной организаціи. Уголовное право (даже въ сферѣ преступленій противъ частныхъ лицъ) перестало быть частнымъ правомъ и перешло въ категорію права публичнаго.

Приблизительно то же самое мы наблюдаемъ въ исторіи и по отношенію ко многимъ другимъ областямъ общественной жизни—

народнаго здоровья, народнаго образования и т. д. Такимъ путемъ область публичнаго права постепенно росла и развилась до нынѣшней весьма сложной системы.

Съ другой стороны, есть примѣры обратнаго процесса. Такъ, напримѣръ, въ значительной степени современный вопросъ объ отдѣленіи церкви отъ государства, съ юридической точки зрѣнія, является не чѣмъ инымъ, какъ именно вопросомъ о перенесеніи всей данной области отношеній изъ сферы права публичнаго въ сферу права частнаго: удовлетвореніе религиозныхъ потребностей должно быть предоставлено частнымъ союзамъ вѣрующихъ, которые будутъ регулировать свои отношенія путемъ своихъ частныхъ соглашеній.

2. Помимо указанной исторической измѣнчивости границъ надо имѣть въ виду и то обстоятельство, что даже въ каждый данный моментъ эти границы не представляютъ рѣзкой демаркаціонной линіи. Какъ по сю, такъ и по ту сторону границы, какъ въ области публичнаго, такъ и въ области частнаго права всегда есть большія или меньшія отступленія въ сторону противоположнаго принципа. Такъ, напримѣръ, извѣстно, что еще не такъ давно нѣкоторыя государственныя должности пріобрѣтались покупкой, т. е. путемъ частно-правовой сдѣлки. Извѣстно, далѣе, что и въ настоящее время, по исключенію, по поводу извѣстныхъ преступленій преслѣдованіе начинается не иначе, какъ по частной инициативѣ, и что иногда возможно прощеніе. Съ другой стороны, въ области гражданскаго права нѣрѣдки случаи принудительныхъ нормъ, которыми государство ограничиваетъ свободу частныхъ соглашеній; таковы, напр., многія нормы, такъ называемаго, рабочаго законодательства, нормы, ограничивающія свободу собственности и т. д. ¹⁾ Жизнь заставляетъ во многихъ случаяхъ прибѣгать къ извѣстному комбинированію обоихъ указанныхъ приемовъ, и если мы раздѣляемъ области публичнаго и частнаго права одну отъ другой, то мы руководимся при этомъ лишь тѣмъ основнымъ принципомъ, на которомъ каждая изъ нихъ построена.

Всѣ эти данныя, а въ особенности отмѣченная выше историческая измѣнчивость границъ, свидѣтельствуютъ о томъ, что въ различіи между правомъ публичнымъ и частнымъ мы имѣемъ дѣло не съ различіемъ интересовъ или отношеній, а съ разли-

¹⁾ Весьма интересное примѣры переплетанія публичныхъ и частныхъ нормъ читатель можетъ найти у Л. С. Таля. Очерки промышленнаго права. 1916 г. „Концессионные договоры городскихъ общественныхъ управленій“ въ Вѣстникѣ гражд. права за 1915 г. кн. 7.

чьемъ въ приемахъ правового регулированія, т. е. съ критеріемъ не материальнымъ, а формальнымъ, хотя и совершенно въ иномъ смыслѣ, чѣмъ это предполагалось до сихъ поръ. Нѣтъ такой области отношеній, для которой являлся бы единственно возможнымъ только тотъ или только другой приемъ; нѣтъ такой сферы общественной жизни, которой мы не могли бы себѣ представить регулированной какъ по одному, такъ и по другому типу.

Такъ, напримѣръ, выше въ качествѣ наиболѣе яркаго образца публично-правовой системы централизаціи была приведена организація дѣла военной обороны. Но мы можемъ себѣ представить (а исторія является тому и реальные примѣры), что какая-нибудь страна охраняетъ себя при помощи наемныхъ дружинъ, которыя въ свою очередь составляются изъ лицъ, добровольно вступившихъ туда по вольному найму. Въ такомъ случаѣ все дѣло военной обороны оказалось бы построеннымъ по принципу не публичнаго, а частнаго права: на ряду съ казенными подрядчиками для производства какихъ-нибудь работъ появились бы подрядчики для защиты отъ врага, наемные condotieri, со своими частными дружинами.

Равнымъ образомъ, государственное управленіе, осуществляющееся нынѣ при помощи строго централизованной системы государственнаго чиновничества, въ древнемъ Римѣ, въ раннюю эпоху принципата, осуществлялось при посредствѣ частныхъ агентовъ императора, зачастую изъ его собственныхъ вольноотпущенниковъ.

Съ другой стороны, можно легко представить себѣ всю область экономическихъ отношеній, область, которая является въ настоящее время областью частнаго права по преимуществу централизованной, т. е. перестроенной по началамъ права публичнаго: завѣдываніе всѣмъ производствомъ и распредѣленіемъ, находится въ рукахъ центральной власти, дѣятельность каждого отдѣльнаго индивида опредѣляется по началамъ трудовой повинности и т. д.

Даже область семейственныхъ отношеній мы можемъ представить себѣ организованной по началамъ публичнаго права. Вообразимъ, что какое-нибудь государство, задавшись цѣлью количественнаго или качественного улучшенія природы населенія, пришло къ мысли организовать и эту область отношеній по принципу государственной повинности: всѣ мужчины, находящіеся въ извѣстномъ возрастѣ и обладающие нормальнымъ здоровьемъ, должны вступать въ бракъ и притомъ съ женщинами, указанными имъ соотвѣтствующей властью. Пусть подобный порядокъ

вещей кажется намъ полной нелѣпостью и недопустимымъ посягательствомъ на самую интимную сторону человѣческой личности,—но онъ все же мыслимъ. Къ тому же исторія даетъ примѣры того, что попытки въ этомъ направленіи бывали. Намъ не зачѣмъ обращаться съ этой цѣлью къ экзотическому государству перуанскихъ инковъ, въ которомъ ежегодно достигнувшая зрѣлости молодежь въ опредѣленный день собиралась на площади, и здѣсь представители власти соединяли пары, по ихъ мнѣнію, подходящія ¹⁾. Достаточно вспомнить хотя бы извѣстный брачный законъ императора Августа — *lex Julia et Papia Poppaea*,—который устанавливалъ именно такую общую обязанность для всѣхъ мужчинъ отъ 25 до 50 лѣтъ и для всѣхъ женщинъ отъ 20 до 45 лѣтъ состоять въ бракѣ и имѣть дѣтей. Правда, для лицъ, не исполняющихъ этой обязанности, не была установлена ни тюрьма, ни какое-либо иное уголовное наказаніе; имъ грозили только извѣстныя имущественныя невыгоды (невозможность получать по завѣщаніямъ), но все же этимъ предписаніемъ римское право вступало (хотя частично и временно) на путь организациі семейныхъ отношеній по принудительнымъ началамъ права публичнаго.

Такимъ образомъ, какъ тотъ, такъ и другой приемы правового регулированія теоретически примѣнимы ко всякой области общественныхъ отношеній. Какой именно изъ нихъ будетъ примѣненъ въ томъ или другомъ случаѣ въ данномъ конкретномъ историческомъ обществѣ,—это зависитъ отъ всей совокупности жизненныхъ условий. Во всякомъ случаѣ каждый изъ этихъ приемовъ имѣетъ свою особую социальную цѣнность. Приемъ властнаго регулированія отношеній изъ одного единственнаго центра, принципъ публичнаго права, имѣетъ то преимущество, что сильнѣе сплачиваетъ общество, вноситъ легко обозримую опредѣленность и планомерность во всю ту область жизни, къ которой онъ примѣняется. Но зато онъ имѣетъ и свои тѣневые стороны. Съ одной стороны, онъ предполагаетъ такую сильную центральную, т.е. государственную, власть, которая способна фактически осуществить централизованную организацию; а, съ другой стороны, этотъ приемъ, передавая все въ данной сферѣ въ руки государства, естественно понижаетъ частную заинтересованность и частную инициативу и при извѣстныхъ условіяхъ способенъ привести къ полному подавленію личности.—Въ свою

¹⁾ R. de la Grasserie. Les principes sociologiques du droit civil. 1906, p. 119.

очередь, принципъ юридической децентрализаціи, внося въ соотвѣтственную область общественной жизни извѣстный элементъ случайности и неопредѣленности, взаимно вызываетъ наибольшее напряженіе частной предприимчивости и энергіи; если тамъ эта послѣдняя стимулируется принужденіемъ, то здѣсь она стимулируется свободой и личнымъ интересомъ.

Повидимому, уже при самомъ зарожденіи правопорядка вообще ему свойственны оба эти приема, и едва ли можно утверждать, что право публичное древнѣе права частнаго или наоборотъ. Конечно, начиная съ самыхъ раннихъ эпохъ, доступныхъ нашему наблюденію, происходятъ, въ этомъ отношеніи самыя разнообразныя перестроенія, въ результатѣ которыхъ въ одной области право частное смѣняется публичнымъ, въ другой — публичное частнымъ. Но во всякомъ случаѣ, оставляя глубокую древность въ сторонѣ и ограничиваясь историческими явленіями, намъ ближе извѣстными, мы можемъ констатировать, что во всѣхъ болѣе развитыхъ правовыхъ системахъ частно-правовой приемъ свободы и децентрализаціи примѣняется (помимо отношеній семейственныхъ), главнымъ образомъ, къ сферѣ экономическихъ отношеній, т.е. ко всѣмъ тѣмъ видамъ дѣятельности, которые посвящены производству и распредѣленію экономическихъ благъ. Безспорнымъ историческимъ фактомъ до сей поры является то обстоятельство, что по мѣрѣ того, какъ общество прогрессируетъ, по мѣрѣ того, какъ въ немъ обнаруживается необходимость перехода къ высшимъ формамъ хозяйственной дѣятельности, соотвѣтственныя отношенія все болѣе и болѣе проникаютъ частно-правовыми началами. Чѣмъ болѣе ощущается потребность въ полномъ развитіи народной предприимчивости и энергіи, тѣмъ болѣе область имущественныхъ отношеній перестраивается по началамъ индивидуальной свободы и самоопредѣленія. Падаютъ всякіе остатки исторической зависимости лицъ и вещей, замѣняясь принципомъ свободы собственности, свободы договоровъ, завѣщаній и т. д.

Мы увидимъ далѣе, что именно въ этомъ освобожденіи индивидуальной энергіи заключалась сущность прогрессивныхъ стремленій въ гражданскомъ правѣ на всемъ протяженіи его исторіи вплоть до законодательства XIX вѣка. Съ уничтоженіемъ послѣднихъ остатковъ такъ называемой *féodalité civile* и съ откатомъ отъ тенденцій „просвѣщеннаго абсолютизма“ XIX вѣкъ вступилъ въ жизнь съ лозунгомъ свободы и равенства.

Но, какъ извѣстно, попытка полнаго осуществленія этого лозунга принесла очень скоро и горькія разочарованія. Въ связи

съ развитіемъ промышленной техники и усиленіемъ капитализма система индивидуальной хозяйственной свободы и государственнаго невмѣшательства привела къ расширенію пропасти между богатыми и бѣдными, капиталистами и рабочими. Являясь юридически свободными и равными, послѣдніе оказались въ жестокой фактической зависимости отъ первыхъ, оказались въ высокой степени экономически несвободными и неравными. И чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе давали себя знать разнообразныя печальныя послѣдствія конкуренціи и эксплуатаціи, создавая тотъ огромный социальный вопросъ, который составляетъ основную тему всего XIX вѣка.

На почвѣ этого вопроса, въ качествѣ наиболѣе радикальной попытки его разрѣшенія, выросло то широко разившееся движеніе, которое носитъ названіе социализма. Мы не можемъ касаться этого движенія во всей его цѣлости, но юридическая сторона социализма не можетъ быть нами обойдена, такъ какъ именно по отношенію къ гражданскому праву онъ ставитъ вопросъ не о чѣмъ иномъ, какъ о самомъ „быть“ или „не быть“ этого послѣдняго.

Социализмъ, какъ извѣстно, не представляетъ теченія абсолютно одинаго: онъ имѣетъ много оттѣнковъ, отъ самыхъ умѣренныхъ до самыхъ крайнихъ. Но если мы возьмемъ это движеніе въ его общемъ и основномъ, то мы увидимъ, что юридическая сущность тѣхъ реформъ въ экономической области, которыя признаются имъ желательными, а экономическимъ матеріализмомъ провозглашаются даже неизбѣжными, заключается въ слѣдующемъ.

На смѣну нынѣшняго порядка, построеннаго на началахъ частной собственности и частной хозяйственной инициативы и приводящаго къ экономическому хаосу, конкуренціи, эксплуатаціи, кризисамъ и т. д., долженъ возникнуть другой порядокъ, при которомъ собственность на средства производства будетъ принадлежать обществу, и всѣ операции производства и распределенія будутъ регулироваться по единому разумному плану. „Какъ скоро главною цѣлью государственной дѣятельности,—говоритъ, напр., А. Менгеръ,—сдѣлается истинное общественное благо, т.-е. удовлетвореніе жизненныхъ потребностей всѣхъ гражданъ, государство необходимо должно будетъ устранить частную организацию работъ и замѣнить ее общественной. Замѣна частной организацио общественныхъ работъ публичной имѣетъ своей необходимой предпосылкой уничтоженіе всякихъ обязательственныхъ отношеній между отдѣльными гражданами и допущеніе ихъ только

въ отношеніяхъ между гражданами и государствомъ. Безчисленныя центры, которые въ настоящее время совершенно самостоятельно руководятъ общественнымъ трудомъ, должны быть уничтожены, какъ были уничтожены безчисленные прежде центры политической власти“¹⁾.

Какъ видимъ, вопросъ идетъ не о чѣмъ иномъ, какъ объ осуществленіи той гипотезы, которая предусматривалась выше, т.-е. о замѣнѣ въ области экономическихъ отношеній системы юридической децентрализации системой централизаціи или, говоря иначе, о полномъ перестроеніи ея по началамъ права публичнаго²⁾.

Какъ явствуетъ уже изъ приведенныхъ выше историческихъ примѣровъ, такое перестроеніе само по себѣ ничего немаловажнаго не представляетъ. Пусть полная централизаціи всей огромной экономической области значительно труднѣе, чѣмъ централизаціи другихъ областей общественной жизни, но признать ее невозможной мы никакихъ основаній не имѣемъ. Однако, съ другой сто-

¹⁾ Новое ученіе о государствѣ. Рус. пер. Жбанкова. 1905, стр. 134, 135.

²⁾ Изложенное здѣсь мнѣніе о томъ, что социализмъ принципиально отрицаетъ частное право, Б. А. Кистяковскій (въ своей новѣйшей книгѣ „Соціальныя науки и право“. 1916 г. стр. 578—579) объявляетъ „безусловно неправильнымъ“. „Въ социалистическомъ обществѣ, говоритъ онъ, каждому будетъ гарантирована своя рубашка, свой сюртукъ, своя комната, т. е. частная собственность, необходимая для удовлетворенія личныхъ потребностей, будетъ обезпечена за каждымъ“. По этому поводу мы здѣсь ограничимся только слѣдующимъ. Конечно, никто не станетъ отрицать, что въ социалистическомъ строѣ каждому будетъ гарантирована „своя“ рубашка и т. д., но слишкомъ поспѣшно дѣлать отсюда выводъ, будто это и есть частная собственность. „Своя“ рубашка есть и въ нынѣшнемъ строѣ у солдата, у арестанта, у призрѣваемыхъ въ казенныхъ богадѣльняхъ и т. д., и тѣмъ не менѣе славя-ли Г. Кистяковскій признаетъ эту „свою“ рубашку частной собственностью солдата, арестанта, богадѣлки. Отношенія ихъ къ этой „своей“ рубашкѣ суть несомнѣнно отношенія не частнаго, а публичнаго порядка. Самъ Г. Кистяковскій сотню страницъ ранѣе (стр. 444—445), со ссылкой на то же Менгера, говоритъ безъ оговорокъ: „Всѣ тѣ виды индивидуальной и общественной дѣятельности, которые въ современномъ правовомъ государствѣ составляютъ область частно-правовыхъ отношеній, въ социалистическомъ государствѣ превращаются въ область публично-правовыхъ отношеній, регулируемыхъ государствомъ и государственной властью“. А нѣсколькоми страницами позже (стр. 589), говоря о проектѣ социализаціи земли, онъ одобряетъ мнѣніе В. Чернова, который характеризуетъ социализированныя отношенія отдѣльныхъ лицъ къ землѣ, какъ субъективныя публичныя права: между тѣмъ и здѣсь у отдѣльныхъ лицъ можетъ оказаться „свое“ поле, „своя“ хата. Конечно, представленія отдѣльныхъ социалистовъ могутъ быть болѣе послѣдовательными и менѣе послѣдовательными, но едва ли можетъ подлежать оспариванію, что именно принципально экономическая централизаціи отрицаетъ и должна отнрять частную собственность, частный оборотъ, частное накопленіе и частное наследованіе.

роны, мы знаем, что такое перестроение не всегда является и признаком прогресса. Выше был указан случай (вопросъ объ отдѣленіи церкви отъ государства), когда наше растущее правосознание требуетъ какъ разъ противоположнаго. Равнымъ образомъ, тамъ же былъ указанъ и другой случай (брачныя отношенія), гдѣ подобная централизація представилась бы намъ самымъ вопіющимъ вторженіемъ въ сферу интимнѣйшихъ сторонъ человѣческаго существованія, самымъ недопустимымъ извращеніемъ самой природы.

Такимъ образомъ, переходъ отъ частно-правового начала къ публично-правовому отнюдь не всегда обозначаетъ переходъ къ высшимъ формамъ человѣческаго общенія; вслѣдствіе этого вопросъ о желательности такого перехода въ сферѣ экономическихъ отношеній долженъ быть, очевидно, рѣшаемъ на основаніи такихъ или иныхъ специальныхъ соображеній. И мы знаемъ, что вопросъ этотъ вызываетъ горячіе, страстные споры. Если, съ одной стороны, съ такимъ переходомъ связываются надежды чуть ли не на наступленіе „золотого вѣка“ на землѣ, то, съ другой стороны предлагаемый централизованный строй характеризуется какъ новое „грядущее рабство“, которое неминуемо повлечетъ за собой полную гибель культуры и возвращеніе къ варварству. Мы не призваны обсуждать здѣсь этотъ острый вопросъ во всей его цѣлости, но считаемъ необходимымъ обратить вниманіе на одинъ моментъ, который имѣетъ для такого или иного стношенія къ вопросу весьма важное значеніе.

Нельзя отрицать того, что установленіе публично-правовой организаціи всего народнаго хозяйства увеличить власть государства надъ индивидуомъ, по сравненію съ нынѣшнимъ состояніемъ, во много разъ. Въ рукахъ государства, т.-е. практически въ рукахъ правящаго „большинства“, окажется почти безграничная возможность господствовать надъ всѣми сторонами индивидуальнаго существованія. При такихъ условіяхъ воплѣ понятны опасенія передъ подобнымъ „étatisme sans mesures et sans limites“ съ точки зрѣнія самыхъ несомнѣнныхъ правъ отдѣльной личности (напр., правъ на свободу религіознаго исповѣданія, свободу мысли и т. д.), которыя оказались бы отданными à la merci государства въ неизмѣримо большей степени, чѣмъ теперь. Именно этимъ опасеніемъ объясняется не только оппозиція со стороны такихъ „либералистовъ“, какъ Спенсеръ и другіе, но и усиливающееся развитіе анархизма, который является, быть можетъ, наиболее горячимъ врагомъ социализма. Чѣмъ сильнѣе выставляются социалистическія требованія, чѣмъ возможнѣе кажется ихъ практиче-

ское осуществленіе, тѣмъ громче, въ видѣ протеста, раздается и анархическое отрицаніе всякаго государства. Сами наиболѣе вдумчивые представители социалистическаго направленія не могутъ отказать этимъ опасеніямъ въ извѣстной основательности, не могутъ не сознавать опасности чрезмѣрной власти государства съ точки зрѣнія правъ и интересовъ отдѣльной человѣческой личности.

Вотъ что говорить, напр., тотъ же А. Менгеръ ¹⁾: „Не лишено основаній и то опасеніе, что эта государственная форма будетъ злоупотреблять своею громадной экономической властью для подавленія личности, подобно тому какъ современное государство подавляетъ политическую свободу личности... Не нужно забывать, что далеко не всякая экономическая выгода можетъ искупить подавленіе индивидуальной свободы; только тамъ, гдѣ дѣло идетъ о важныхъ экономическихъ интересахъ всего общества, возможно будетъ подчинить дѣятельность гражданъ государственному принужденію. Въ противномъ случаѣ можно опасаться широкаго распространенія въ народномъ рабочемъ государствѣ индивидуалистическихъ теченій, отрицающихъ его сущность, подобно тому какъ въ настоящее время распространеніе индивидуализма становится главнымъ факторомъ социализма“.

Такимъ образомъ, очевидно, что вопросъ о замѣнѣ нынѣшней частно-правовой организаціи хозяйства организаціей социалистической есть вопросъ не только экономической. Онъ сталкивается съ вопросомъ о предѣлахъ государственной власти надъ индивидуомъ, съ давнимъ споромъ между личностью и государствомъ о признаніи за первой извѣстныхъ „неотъемлемыхъ правъ“ и о способахъ ихъ гарантіи. Но объ этомъ вопросѣ намъ придется говорить нѣсколько далѣе.

Какъ бы то ни было, вопросъ о перестроеніи экономическихъ отношеній по началамъ публично-правовой централизаціи только поставленъ XIX вѣкомъ на обсужденіе; рѣшеніе же его, очевидно, не есть дѣло сегодняшняго или завтрашняго дня. Тѣмъ не менѣе уже самая постановка его во многихъ отношеніяхъ опредѣлила общее направленіе цѣлаго ряда весьма важныхъ теченій въ современномъ гражданскомъ правѣ.

¹⁾ Тамъ же, стр. 79.

II.

Исторические корни современного гражданского права. Национальные и универсальные элементы в немъ.

Институты гражданского права—семья, собственность, наследование и т. д. — составляют глубокую юридическую подпочву всякаго общества. Вслѣдствие этого гражданское право является гораздо менѣ подвижнымъ, чѣмъ право публичное. Въ то время какъ нормы публичнаго права легко поддаются вѣянью момента, историческіе процессы въ области гражданского права измѣняются вѣками и для современниковъ часто вовсе незамѣтны (Зомъ)¹⁾. На поверхности, въ области государственнаго устройства, могутъ произойти серьезныя измѣненія, — монархія можетъ смѣниться республикой, аристократія демократіей, — основы гражданского строя могутъ долго еще оставаться одними и теми же. Конечно, известной зависимости между правомъ публичнымъ и частнымъ отрицать нельзя, но, съ одной стороны, эта зависимость не столь непосредственна, а съ другой стороны, преобладаніе въ этой зависимости принадлежитъ скорѣе праву гражданскому, чѣмъ публичному.

При такой медленности, „секулярности“, граждански-правовыхъ процессовъ нѣтъ ничего удивительнаго, если историческіе корни современнаго гражданского права Европы уходятъ далеко въ глубь времени. Всемирно-историческая преемственность имѣетъ мѣсто въ области права въ такой же степени, какъ и въ области культуры вообще: право является лишь однимъ изъ элементовъ этой общечеловѣческой культуры.

Передовые носители этой культуры, народы Европы, происходятъ, какъ известно, отъ одного общаго, арийскаго, корня. Еще до своего раздѣленія, на своей общей прародинѣ, арийцы достигли известной ступени культуры и права. Пусть эта общая, отправная, ступень древне-арійской культуры и правопорядка можетъ быть познана нами лишь въ самыхъ общихъ чертахъ, — во всякомъ слу-

чаѣ несомнѣннымъ историческимъ фактомъ является для всѣхъ европейскихъ народовъ ихъ первоначальное правовое единство.

Послѣдовавшее затѣмъ постепенное выдѣленіе отдѣльныхъ частей, долгое передвиженіе ихъ къ мѣстамъ изъ позднѣйшаго поселенія въ Европѣ и раздѣльная жизнь въ теченіе длиннаго промежутка времени привели, конечно, къ образованію известныхъ національныхъ, племенныхъ различій. Когда поднимается завѣса нашей исторіи, каждая отдѣльная крупная вѣтвь арийскихъ народовъ (греки, италики, кельты, германцы, славяне) появляется предъ нами уже съ значительными чертами своей племенной индивидуальности, національной особености. Общая арийская основа получила въ каждой отдѣльной вѣтви свое особое, національное развитіе.

Но если періодъ переселенія былъ періодомъ раздѣненія народовъ въ области культуры и права, то дальнѣйшая исторія приводитъ ихъ снова къ постепенному сближенію. Народы старшее передаютъ свою культуру и право младшимъ; народы-современники, благодаря развитію мирнаго общенія, оказываютъ другъ на друга взаимное вліяніе.

Уже въ глубокой древности образовалось оживленное экономическое и культурное общеніе народовъ, обитавшихъ на побережьяхъ Средиземнаго моря. Съ этомъ общеніемъ культура арийская вошла въ соприкосновеніе со своей ранѣе развившейся сестрой—культурой семитической—и многое позаимствовала отъ нея. Египтяне, греки, карфагеняне, этруски и т. д. уже, повидимому, задолго до нашей эры вышли изъ стади національной изолированности и находились между собой въ разностороннихъ отношеніяхъ. Но особенную интенсивность приобрѣло это общеніе со временъ образованія римскаго государства, охватившаго единой политической организаціей большинство участвовавшихъ въ этомъ общеніи народовъ. Для регулированія этого экономическаго общенія было создано то римское право, которому суждено было затѣмъ играть такую безпримѣрную роль въ исторіи гражданского права всѣхъ нынѣшнихъ народовъ Европы.

Въ древнѣйшую эпоху, когда Римъ представлялъ небольшую общину съ несложнымъ общественнымъ и хозяйственнымъ строемъ, живущую замкнутою жизнью почти внѣ всякаго мирнаго общенія съ другими народами, римское право естественно являло собою архаическую систему, пригнанную къ примитивному натуральному (земледѣльческому и пастушескому) хозяйству и пропитанную духомъ національной исключительности. Каждый не-гражданинъ

¹⁾ Systematische Rechtswissenschaft (въ изданіи Kultur der Gegenwart). 1906, S. 1.

как и у других примитивных народов, считался за врага, стоящего вне покровительства закона, за существо безправное; вследствие этого, конечно, мирные торговые и экономическія сношенія съ сосѣдними народами были немислимы. Во внутреннихъ отношеніяхъ римское право покоилось еще въ значительной степени на началахъ общиннаго и родового строя; какъ лица, такъ и имущества были во многомъ связаны и несвободны; экономическая жизнь текла вяло по руслу, твердо установленному отцовскими и дѣдовскими шаблонами.

Все это должно было радикально измѣниться съ того момента, когда Римъ превратился въ огромную мировую державу. Ставъ центромъ политической жизни міра, Римъ въ то же время съ исторической неизбежностью долженъ былъ сдѣлаться и центромъ упомянутаго мирового экономическаго общенія, мирового торговаго оборота. Передъ его трибуналомъ сходились всѣ нити этого оборота, и естественно, если подѣ влияніемъ потребностей этого послѣдняго римское право, призванное теперь регулировать не примитивную жизнь маленькой національной общины, а сложныя отношенія интернаціональнаго оборота, должно было постепенно, но радикально преобразовать себя.

Съ одной стороны, для того, чтобы явиться вполне пригоднымъ фундаментомъ для оборота, въ которомъ принимали участіе самыя различныя національности, оно, очевидно, должно было отвлечься отъ всякихъ специфическихъ, національныхъ особенностей, сдѣлаться правомъ супра-національнымъ, универсальнымъ. И оно дѣйствительно дѣлается таковымъ. На протяжении нѣсколькихъ вѣковъ римское право впитываетъ въ себя здоровыя начала междунаціональнаго оборота и превращается изъ права собственно-римскаго въ нѣкоторое общеправо всего античнаго міра.

Съ другой стороны, развитие экономической жизни требовало въ самомъ Римѣ освобожденія личности отъ всякихъ связывавшихъ ее путъ, требовало свободы собственности, свободы договоровъ, свободы завѣщаній и т. д. Повинуясь этимъ требованіямъ, римское право проникается духомъ индивидуализма, принципами индивидуальной свободы и самоопредѣленія.

Преобразованное въ обоихъ указанныхъ направленіяхъ преторскимъ эдиктомъ, законодательствомъ, но главнымъ образомъ безпримѣрной въ исторіи человѣчества юриспруденціей, римское право нашло себѣ законченное выраженіе въ знаменитомъ сводѣ императора Юстиніана — *Corpus Juris Civilis* (529—533 г. по Р. X.) — сводѣ, который игралъ затѣмъ въ дальнейшей исторіи гражданскаго права совершенно исключительную роль.

Но въ этотъ моментъ во всемирной исторіи наступаетъ, какъ извѣстно, рѣшительный переломъ. Въ объединенную жизнь античнаго міра вторгаются болѣе поздніе пришельцы изъ той же арийской прародины — германцы. Если они уже давно давали себя знать на периферіи греко-римскаго міра, то теперь они хлынули внутрь и залили собою всю обширную область античной культуры и права. И все на землѣ перемѣнилось.

Въ частности, въ области права новые народы германскаго корня принесли съ собою свои собственные національные обычаи, свое собственное германское право. А это право во многихъ отношеніяхъ представляло собой полную противоположность римскому.

Если римское право покоилось на опредѣленномъ писанномъ законѣ (*lex scripta*), то германское право состояло изъ неписанныхъ, живущихъ только въ народной памяти, обычаевъ, часто лишенныхъ надлежащей ясности и опредѣленности.

Римское право было, далѣе, единой компактной системой, дѣйствовавшей (съ незначительными мѣстными модификаціями) на огромной территоріи съ разнообразнымъ по своему національному составу населеніемъ. Напротивъ, германское право не представляло единства: каждое племя жило по своему особому праву — франки по франкскому, бургунды по бургундскому, лангобарды по лангобардскому и т. д. Даже болѣе того: римское гражданское право не знало никакихъ сословныхъ различій; оно было единымъ для всѣхъ безъ изъятія. Напротивъ, германское право даже внутри каждаго племени дробилось по сословіямъ: оно было однимъ у крестьянъ (*Bauernrecht, Landrecht*), другимъ у горожанъ (*Stadtrecht*), третьимъ у дворянъ (*Adelsrecht*) и т. д.

Наконецъ, съ точки зрѣнія матеріальнаго содержанія германское право также далеко отстояло отъ римскаго. Въ то время, какъ это послѣднее образовалось на почвѣ высоко развитой экономической жизни и оживленнаго торговаго обмѣна и отражало въ себѣ всю тонкость и сложность развитыхъ отношеній, германское право было приспособлено лишь къ крайне несложнымъ условіямъ натурального хозяйства. Въ то время, какъ римское право было построено на началѣ полной хозяйственной самостоятельности индивида, германскій бытъ былъ полонъ еще принципами примитивнаго коллективизма — семейнаго, родового, общиннаго: индивидъ былъ опутанъ этими родовыми, общинными и т. д. связями почти до полного подавленія всякой личной инициативы. Съ теченіемъ времени ко всему этому присоединились еще пути всепроникающаго феодализма.

Такимъ образомъ въ началѣ среднихъ вѣковъ въ западной половинѣ европейскаго континента римское и германское право стояли другъ противъ друга, какъ двѣ полныя противоположности, какъ два другъ другу совершенно чуждые міра. Каждое изъ нихъ имѣло свою особую сферу примѣненія, хотя эти сферы разграничивались между собой не территориально, а по такъ называемому принципу персональному: всякій жилъ по праву своей национальности и носилъ это право съ собой повсюду, гдѣ бы ни поселялся. Вслѣдствіе этого сплошь и рядомъ на одной и той же территории дѣйствовали обѣ системы: потомки прежнихъ римскихъ подданныхъ продолжали жить по праву римскому, а германцы—по праву германскому (франкскому, лангобардскому и т. д.). Фактически, разумѣется, въ однихъ странахъ преобладало одно, въ другихъ другое: въ странахъ съ болѣе сплошнымъ римскимъ (или романизированнымъ) населеніемъ преобладало право римское; тамъ же, гдѣ германцы осѣли густою, компактною массой, дѣйствовало главнымъ образомъ право германское. Первое было въ южныхъ частяхъ Западной Европы (Италія, Испанія, южная Франція, которая и называлась поэтому „страной писаннаго права“— „*paus de droit écrit*“), второе—въ сѣверныхъ (нынѣшняя Германія, сѣверная Франція—„страна обычнаго права“, „*paus de droit coutumier*“).

Однако, эта полная обособленность правовыхъ системъ не могла удержаться надолго. Жизнь шла вперед и со всей неизбежностью своихъ законовъ стирала грань между ними. Какъ бы ни была крѣпка національная перегородка, совмѣстное существованіе обихъ системъ должно было разрыхлить ее и привести къ разнообразнымъ явленіямъ просачиванія, къ явленіямъ правового эндосмоса и экзосмоса. При этомъ, однако, первенствующая роль выпала естественно на долю римскаго права.

Если на первыхъ порахъ экономическая жизнь новыхъ народовъ характеризуется примитивной простотой и несложностью, то съ теченіемъ времени она развивается и усложняется. вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ въ свое время въ старомъ Римѣ, все сильнѣе и сильнѣе начинается ощущаться потребность въ освобожденіи индивида отъ всѣхъ тѣхъ путъ, которыя связывали свободу хозяйственной дѣятельности. Чувствуется, что экономическій прогрессъ возможенъ только подъ условіемъ признанія свободы хозяйственной инициативы и самодѣятельности, и соотвѣтственно этому развивается тяготѣніе къ нормамъ болѣе индивидуалистическимъ, чѣмъ старо-германскіе обычаи.

Съ другой стороны, по мѣрѣ того, какъ заканчивается „великое переселеніе народовъ“ и жизнь этихъ новыхъ дѣятелей

всѣмирной исторіи пріобрѣтаютъ болѣе спокойный и упорядоченный характеръ, между ними возникаютъ мирныя экономическія сношенія. Мало-по-малу возрождается снова международная торговля, появляются знаменитыя въ исторіи ранняго средневѣковья ярмарки, расцвѣтаютъ торговые города. На почвѣ этой международной торговли возникаетъ снова, опять-таки какъ нѣкогда въ античномъ мірѣ, потребность въ единомъ внѣ-національномъ правѣ, которое могло бы объединить въ дѣловыхъ сношеніяхъ франка и лангобарда, бургунда и гота, и притомъ правѣ настолько развитомъ, чтобы оно могло регулировать тѣ тонкія отношенія, какія естественно возникаютъ по поводу торговли и кредита и какія совершенно чужды обычному земледѣльческому укладу. Говоря иначе, возникаетъ снова потребность въ правѣ общемъ, универсальномъ.

Индивидуализмъ и универсализмъ дѣлаются, такимъ образомъ, настоятельнымъ требованіемъ времени, и этому требованію идетъ навстрѣчу римское право: всей своей предыдущей исторіей оно выработало въ себѣ именно эти оба основныя свойства.

Понятно поэтому, что римское право начинаетъ пользоваться въ дѣловомъ оборотѣ огромнымъ влияніемъ, и это влияніе чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе растетъ. Начинается періодъ возрожденія римскаго права и усвоенія его, періодъ рецепціи римскаго права. Со времени знаменитаго Болонскаго университета (XI—XII вв.) изученіе римскаго права становится въ центрѣ юридическаго образованія; оно усваивается многими тысячами разноплеменныхъ слушателей и разнится ими по всѣмъ странамъ Западной Европы. Здѣсь оно путемъ судебной практики или черезъ посредство королевскихъ указовъ проходитъ въ жизнь и въ цѣломъ рядѣ отношеній модифицируетъ, а то и вовсе вытѣсняетъ старое національное право. Въ государствахъ же германскихъ оно, въ видѣ Юстиніановскаго Свода, реципируется цѣликомъ, какъ дѣйствующій кодексъ, призванный восполнять пробѣлы права національнаго, дѣлается „общимъ правомъ“ (*gemeines Recht*, *Reichsrecht*).

Но если римское право оказало огромное влияніе на развитие гражданскаго права Европы, то оно все же не было въ состояніи вытѣснить совершенно начала національныя. Во многихъ областяхъ отношеній эти послѣднія не только удержались, но даже получили свое дальнѣйшее развитіе. Съ одной стороны, само римское право имѣло извѣстные, порою весьма существенныя, недостатки; а, съ другой стороны, новыя условія требовали часто и новаго разрѣшенія. Если наибольшее влияніе римское право пріобрѣло въ области

обязательственных отношений, в области оборота по преимуществу, то, напротив, его влияние было слабее в области правь вещных и наследственных и еще слабее в правь семейственном.

Мало-по-малу, в значительной степени под влиянием римских образцов, появляются и обработки на шю и а л ь н ы х о б ы ч а е в ь. Важнейшими из них являются Саксонское и Швабское зеркала вь Германіи (XIII в.), Веашалог и многочисленные сборники кутюмовь во Франціи, трактаты Ренвилля и Брактона вь Англии. Но наука права, воспитанная на римскомь правь, удьяляет этимь національнымь основамь сравнительно малое внимание; вся цивилистическая юриспруденція проникнута романистическимь духомь: истиннымь правомь, правомь самого разума—ratio scripta—считается только римское право. Национальння начала удерживаются только силою самой жизни тамь, гдѣ реальння условия рѣшительно противились романизации.

Какъ бы то ни было, но борьба и комбинированіе началъ римскихъ и национальныхъ составляютъ основное содержание исторіи гражданскаго права Западной Европы вплоть до конца XVIII вѣка. Вь разныхъ странахъ это комбинированіе привело къ разнымь результатамъ, но вездѣ общимь конечнымь явленіемь было одно: чрезвычайная пестрота и вытекающая отсюда практическая неопредѣленность граждански-правовыхъ нормь. Франція попрежнему продолжала дѣлиться на сѣверную „страну обычнаго права“ и южную „страну писаннаго права“; вь многочисленныхъ государствахъ Германіи рядомь съ мѣстными обычаями, статуатами и указами дѣйствовали Юстиниановскій Сводь и т. д. Все это не могло не создавать величайшихъ затрудненій для развивающагося экономическаго оборота, и потому понятно, что къ концу XVIII вѣка назрѣла вездѣ общая потребность вь устраненіи этой пестроты и неопредѣленности путемь кодификаціи.

Россія стояла вь сторонѣ отъ этого обще-европейскаго развитія. Правда, вь началѣ своей исторіи русскіе славяне, какъ извѣстно, находились вь сношеніяхъ черезъ Кіевъ съ Византіей и черезъ Новгородъ съ западомъ, но затѣмъ татарское нашествіе и владычество отрѣзало насъ отъ всей культурной Европы на много столѣтій. Вслѣдствіе этого развитіе нашего гражданскаго права, за сравнительно немногими исключениями, шло совершенно „самобитно“. Естественно, что эта самобитность къ тому времени, когда дверь вь Западную Европу оказалась снова открытой, обнаружила нашу отсталость. Для устраненія этой отсталости, для приобщенія къ западно-европейскому правовому опыту

мы оказались вынужденными прибѣгать къ постояннымь заимствованиямь. Уже вь Уложеніи царя Алексія Михайловича 1649 г. мы имѣемъ много взятаго изъ Литовскаго Статута. Законодательство Петра Великаго пытается переливать чужеземное большими массами; извѣстно, что онъ пришелъ было даже къ мысли о полной передѣлкѣ Шведскаго Уложенія вь русскій кодексъ. Благодаря всѣмъ этимъ нововведеніямъ и возвращеніямъ къ старому, благодаря многочисленнымь и бессистемнымь указамъ, которые вь теченіе XVIII вѣка пытались дополнить и исправить Уложеніе 1649 г., состояніе гражданскаго права у насъ было еще болѣе хаотическимь, чѣмъ вь странахъ Западной Европы. На всемь протяженіи XVIII вѣка тянутся непрерывння комиссіи, имѣвшія своей задачей привести наше законодательство вь сколько-нибудь стройную систему. Однѣмъ изъ нихъ предлагалось только привести вь систематическій видъ законодательство дѣйствующее, другимъ—составить кодексъ совершенно новый. Но всѣ эти комиссіи оставались одинаково безрезультатными, и вь XIX вѣкѣ Россія вступила съ той же задачей, которая стояла и передъ другими европейскими странами,—за д а ч е й к о д и ф и к а ц і и.

Но о томь, какъ и вь какой мѣрѣ была разрѣшена эта задача, мы скажемъ нѣсколько далѣе; здѣсь же мы остановимся на другой, принципиально важной, сторонѣ вопроса.

Возникнувшая вь началѣ XIX вѣка историческая школа во главѣ съ Савиньи, вь противоположность господствовавшей дотолѣ школѣ естественнаго права, выставила ученіе о томь, что право является продуктомъ не произвольной воли законодателя, а созданиемъ „народнаго духа“. Какъ языкъ или нравы, такъ же точно и право развивается изъ глубины народнаго духа вь тѣсной связи со всей исторической судьбой даннаго народа. Говоря иначе, право, съ точки зрѣнія исторической школы есть явленіе г л у б о к о н а ц і о н а л ь н о е.

Съ той поры и вплоть до настоящаго времени идея національности вь правѣ, вь частности—вь гражданскомь правѣ, не сходить со сцены, питаясь тенденціями національнаго возрожденія, національнаго объединенія или національнаго величія, которыми вообще такъ богатъ былъ XIX вѣкъ вь области политики. Вь Германіи, вь особенности, эта идея вызвала усиленное вниманіе къ изученію германскаго права и появленіе того теченія, которое носитъ названіе германизма. Если еще вь лицѣ его первыхъ представителей (Эйхгорнъ и др.) германизмъ выступалъ съ довольно мирнымь научнымь характеромъ, то потомь, около половины столѣтія, онъ замѣтно проникся воинствующимь

щимъ духомъ исключительности и нетерпимости. Описанная выше рецепція римскаго права стала признаваться огромнымъ историческимъ несчастьемъ нѣмецкаго народа, задавившимъ его самостоятельное юридическое творчество и извратившимъ его естественное развитіе. Во имя національнаго возрожденія въ правѣ стали требовать освобожденія отъ ига римскаго права, и вся германская юриспруденція распалась на два враждующихъ лагеря—германистовъ и романистовъ. Правда, къ концу столѣтія борьба утратила свой острый характеръ, тѣмъ не менѣе идея національности продолжаетъ еще играть роль, когда заходить рѣчь о сравнительной оцѣнкѣ тѣхъ или другихъ нормъ. Сплошь и рядомъ въ такихъ случаяхъ тотъ фактъ, что та или другая норма національна, выставляется какъ доказательство ея преимуществъ, ея дальнѣйшей непрерываемости съ точки зрѣнія de lege ferenda. Когда, напримѣръ, былъ опубликованъ въ 1888 г. первый проектъ Германскаго Уложенія, онъ былъ встрѣченъ жестокой критикой именно съ этой точки зрѣнія, и, въ частности, одинъ изъ виднѣйшихъ германистовъ—О. Гирке—прямо взывалъ къ нѣмецкому народу: „Das deutsche Recht ist in Gefahr. Sehe die Nation, dass es nicht Schaden nehme!“¹⁾. Подобные же голоса раздаются и у насъ по поводу нашего проекта гражданскаго уложенія. Какъ нѣкогда Карамзинъ погубилъ проектъ Сперанскаго, обвинивъ его въ подражаніи кодексу Наполеона, такъ и въ настоящее время выдвигаютъ противъ проекта обвиненіе въ космополитизмѣ²⁾. Въ виду всего этого естественно отдать себѣ отчетъ въ томъ, въ какой именно мѣрѣ идея національности можетъ имѣть значеніе при оцѣнкѣ юридическихъ нормъ.

Прежде всего, подтверждается ли ученіе Савиньи и исторической школы о національномъ характерѣ праворазвитія данными подлинной человѣческой исторіи? Уже набросанный выше краткій и схематическій очеркъ этой исторіи стоитъ во многихъ отношеніяхъ въ полномъ противорѣчій съ этимъ ученіемъ. Прежде всего кажется непонятнымъ съ точки зрѣнія этого ученія такое крупное явленіе европейскаго праворазвитія, какъ рецепція римскаго права. Какимъ образомъ могло случиться, что право давно умершаго народа, послѣ значительнаго промежутка времени, было воспринято другими народами, живущими въ совершенно иныхъ условіяхъ и пережившими совершенно иную исто-

¹⁾ Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs und das deutsche Recht. 1889, S. 15.

²⁾ Синайскій. Необходимо ли намъ спѣшить съ изданіемъ гражд. уложенія? 1911.

рическую судьбу? Историческая школа пыталась выйти изъ затрудненія ссылкой на то, что римское право было усвоено дѣятельностью нѣмецкой юриспруденціи и какимъ образомъ само вошло въ нѣмецкое народное правосознаніе. Но очевидно, что такой отвѣтъ не устранялъ зяяющего противорѣчія, и понятно, если многіе германисты, какъ было указано, пришли къ мысли о томъ, что рецепція римскаго права была извращеніемъ народнаго праворазвитія, національнымъ бѣдствіемъ; такой выводъ, съ точки зрѣнія идеи національности, является единственно логическимъ.

И тѣмъ не менѣе онъ не можетъ быть признанъ правильнымъ. Мы видѣли выше, какія причины вызвали эту рецепцію; мы знаемъ, что въ условіяхъ того времени рецепція римскаго права была и исторической необходимостью и факторомъ прогресса. Конечно, подъ влияніемъ этой исторической необходимости и сами новые народы въ концѣ концовъ выработали бы для себя свое общее или сходное право; но въ римскомъ правѣ они нашли уже въ значительной степени готовымъ то, чего искали. Рецепція римскаго права явилась, такимъ образомъ, естественной экономіей силъ, и съ этой точки зрѣнія она была не историческимъ несчастьемъ народовъ Западной Европы, а, напротивъ, богатымъ наслѣдствомъ. Конечно, подавленные этимъ полученнымъ въ наслѣдство богатствомъ, новые народы временами забывали о своихъ собственныхъ ресурсахъ и воспринимали безъ критической провѣрки, все, что въ римскомъ правѣ содержалось—вмѣстѣ съ совершеннымъ и несовершенно, вмѣстѣ съ законнымъ и незаконнымъ. Но вина за эти крайности должна быть возложена не на римское право и не на рецепцію, какъ таковую, а на критическую безпомощность тогдашней юриспруденціи,—безпомощность, впрочемъ, вполне понятную. И въ крайностяхъ этихъ повинна именно Германія, реципировавшая римское право *in complexu*; тамъ, гдѣ рецепція совершалась съ большою постепенностью и сознательностью, напр., во Франціи, никакихъ разговоровъ о національномъ бѣдствіи и т. д. не возникало.

Но рецепція римскаго права не была единственнымъ историческимъ фактомъ этого рода. Какъ увидимъ далѣе, даже XIX вѣкъ далъ разительные примѣры подобныхъ рецепцій. Французскій кодексъ Наполеона получилъ широкое распространеніе далеко за предѣлами Франціи (Италія, Бельгія, нѣкоторыя части Германіи, Царство Польское). Правда, въ нѣкоторыхъ странахъ онъ былъ водворенъ принудительно Наполеономъ, но любопытно обстоятельство, что и здѣсь онъ привился настолько, что

сохранился в силъ даже послѣ того, какъ французское владычество пало: освободившіеся народы предпочли его старымъ нормамъ своего національнаго права.

Все это случаи массовой рецепціи, рецепціи цѣлыхъ кодексовъ; случай же заимствованій отдѣльныхъ нормъ прямо неисчислимы. Но какъ тѣ, такъ и другіе одинаково свидѣтельствуютъ, что національность отнюдь не является въ процессѣ правотворенія инстанціей окончательной, факторомъ самодовлѣющимъ, что она сама отступаетъ передъ чѣмъ-то другимъ, болѣе могущественнымъ и высокимъ.

Противъ исключительности національной идеи въ ученіи исторической школы уже въ 20-хъ годахъ XIX столѣтія рѣшительно возсталъ Гансъ (въ своемъ сочиненіи „Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung“), который противопоставляетъ этому ученію ту мысль, что въ исторіи права гораздо большее значеніе имѣютъ общія условія культурнаго развитія: на извѣстной ступени этого послѣдняго всякій народъ имѣетъ приблизительно одинаковыя правовыя учрежденія. Развитие въ XIX столѣтіи сравнительнаго правовѣдѣнія вполнѣ подтвердило эту мысль. Равнымъ образомъ подтвердила ее и исторія экономическихъ явленій. Одинаковыя условія создаютъ, въ общемъ, одинаковыя потребности и одинаковыя способы ихъ удовлетворенія. Именно на этой почвѣ стоитъ извѣстное ученіе экономического матеріализма, ошибочность котораго заключается во всякомъ случаѣ не въ томъ, что оно игнорируетъ національныя особенности отдѣльныхъ народовъ. И чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе идея національности въ правѣ терять свой научный кредитъ.

„Жизнь народовъ,—справедливо говоритъ Герингъ¹⁾,—заключается не въ изолированномъ сосуществованіи; какъ и жизнь индивидовъ, она есть общеніе, система взаимныхъ соприкосновеній и воздѣйствій, враждебныхъ и мирныхъ, система обоюдныхъ сообщений и заимствованій, короче—охватывающій всѣ стороны челоѣческаго бытія обмѣнъ. Законъ, который дѣйствуетъ въ мірѣ физическомъ, дѣйствуетъ и въ мірѣ духовномъ: жизнь есть заимствованіе извнѣ и внутреннее усвоеніе; рецепція и ассимиляція суть двѣ основныя функціи, на бытіи и равновѣсіи которыхъ покоится существованіе и здоровье всякаго живого организма. Препятствовать заимствованиямъ и осуждать организмъ на развитіе „изнутри“—значитъ обречь его на умираніе, ибо такое развитіе „изнутри“ начинается только у трупa“.

¹⁾ Geist des römischen Rechts. Bd. I, 5 Aufl., 1891, S. 5 и сл.

„Должны ли мы отказаться отъ суда присяжныхъ или отъ конституціонной формы государственнаго устройства только на томъ основаніи, что они не нашего національнаго происхожденія? Но тогда пусть запретятъ намъ вообще усвоеніе чужеземной культуры! Вопросъ о правовыхъ учрежденіяхъ есть не вопросъ національности, а вопросъ цѣлесообразности, практической потребности. Никто не будетъ искать на сторонѣ того, что въ такомъ же или лучшемъ видѣ онъ имѣетъ дома, но только безумный станетъ отказываться отъ хины потому, что она выросла не на его землѣ“.

Национальность есть фактъ исторіи, но не критерій справедливости или цѣлесообразности. Каждый народъ проходитъ свой жизненный путь, какъ нѣкоторая особая коллективная индивидуальность, отмѣченная своими особыми національными отличіями. Но въ то же время всякій народъ ищетъ одного и того же—осуществленія правды въ междучелоѣческихъ отношеніяхъ. Эта же правда едина, и потому въ „народномъ духѣ“ каждой національности важно только то, что имѣетъ этическую цѣнность. Эта цѣнность важна одинакова для всѣхъ, и потому естественно, что, разъ найденная однимъ народомъ, она будетъ усвоена всѣми другими. И счастливы тѣ народы, которые обогатили міръ наибольшимъ количествомъ такихъ общечелоѣческихъ цѣнностей.

Исторія гражданскаго права по преимуществу свидѣтельствуетъ о единствѣ всемірно-историческаго развитія и о неустрашимой тенденціи народовъ ко взаимному общенію на почвѣ одинаковыхъ правовыхъ нормъ. Экономическій оборотъ, составляющій основную матерію гражданскаго права, не признаетъ національныхъ границъ и чѣмъ далѣе, тѣмъ больше разливается по всему міру. Торговый обмѣнъ, кредитъ и т. д. подчиняются своимъ собственнымъ законамъ, предъ лицомъ которыхъ, подлинно, нѣтъ ни элліней ни іудей, и подъ вліяніемъ этихъ универсальныхъ законовъ перестраиваются законы національныя. Универсализмъ—основная историческая линія гражданскаго права¹⁾.

¹⁾ Правильно говоритъ Del Vecchio: Параллельно росту абсолютной цѣнности челоѣческой личности, растетъ и всемірное право челоѣчества. „Die grundlegende Einheitlichkeit der menschlichen Natur hebt ihr Haupt aus dem Gemenge der partikulären Rechte hervor und lenkt notwendig ihre Entwicklungen einem gemeinsamen Ziele zu: d. h. zu jenem Universalrecht, dessen Prinzipien schon in der Natur selbst vorbestimmt und enthalten sind.“ („Der Fortschritt im Recht“ въ Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie, Bd. VI (1912—1913, стр. 478).

III.

Основныя идеологическія течения въ исторіи гражданского права.—Идеализмъ и позитивизмъ.

Гражданское право есть лишь специальная область права вообще, и потому естественно къ нему примѣнны всѣ общіе законы, въ немъ отражаются всѣ судьбы этого послѣдняго.

Какъ извѣстно, право есть нѣкоторая социально-психическая сила, регулирующая поведение людей; оно есть нѣкоторое состояние общественнаго сознания и общественной воли, заключающее въ себѣ психическое принужденіе индивида къ извѣстному поведенію. Какъ явленіе социальной психологіи, право является, такимъ образомъ, несомнѣнной реальностью, фактомъ эмпирической дѣйствительности, частью изъ „мира сущаго“. Его существованіе и дѣйствіе ощущается всеми, и поэтому естественно, если развивающаяся мысль человѣка прежде всего обращается къ познанію права, какъ оно есть, какъ оно дѣйствуетъ. Цѣлью познанія является констатированіе существующихъ въ данномъ обществѣ нормъ и установленіе ихъ подлиннаго содержанія въ виду непосредственныхъ практическихъ интересовъ жизни. Это констатированіе въ постепенномъ развитіи приводитъ къ систематизаціи правовыхъ нормъ, къ установленію болѣе научныхъ приемовъ ихъ толкованія и т. д., словомъ, къ тому, что называется юриспруденціей догматической. Въ этой области наука гражданского права ранѣе другихъ отраслей правовѣдѣнія достигла высокаго уровня и, можно сказать, до настоящаго времени является руководящимъ образцомъ для нихъ. Объясняется это тѣмъ раннимъ развитіемъ гражданского права въ античномъ мірѣ, о которомъ было сказано выше: уже подъ руками римскихъ юристовъ область гражданского права приобрѣла стройный и до тонкихъ деталей разработанный видъ.

Но какъ бы далеко ни шло развитіе догматической юриспруденціи, она всегда имѣетъ свой логическій предѣлъ: она имѣетъ дѣло съ правомъ, какъ оно есть, т. е. съ правомъ положительнымъ, дѣйствующимъ въ границахъ данного государствен-

наго цѣлаго. Не измѣняя своему назначенію познать право, какъ нѣкоторую совокупность реально дѣйствующихъ нормъ, догматическая юриспруденція не можетъ выйти за предѣлы этой реальности, не можетъ взяться за какіе-либо иные вопросы: самые ея методы пригодны только для ея непосредственной задачи.

Между тѣмъ право интересуетъ человѣческую мысль не только съ этой стороны. Оно есть не только явленіе изъ „мира сущаго“, но въ то же время и нѣкоторое стремленіе въ „мірѣ должнаго“. Оно есть не просто социальная сила, давящая на индивидуальную психику, а сила стремящаяся, ищущая чего-то внѣ ея лежащаго. Оно желаетъ не просто подчинять себѣ человѣческое поведеніе, а подчинять его въ интересахъ какого-то высшаго блага. Оно есть не самоцѣль, а лишь средство для достиженія нѣкоторой цѣли; цѣлесообразность есть существенное свойство права и его животворящее начало. Вслѣдствіе этого всякая норма права предстоитъ нашему сознанию не только съ точки зрѣнія ея „данности“, но и съ точки зрѣнія ея „должности“; мы не только стремимся ее познать, какъ она есть, но въ то же время и оцѣнить, какъ она должна быть.

Уже простое примѣненіе юридическихъ нормъ къ фактамъ дѣйствительности должно было очень рано обнаружить, что примѣненіе однихъ нормъ вызываетъ удовлетвореніе этического чувства, чувства справедливости, межъ тѣмъ какъ примѣненіе другихъ приводитъ къ обратному—къ чувству несправедливости. Въмѣстѣ съ тѣмъ въ случаяхъ послѣдняго рода съ психологической неизбѣжностью нормъ дѣйствующей, но несправедливой мысленно противопоставляется другая норма — недѣйствующая, но справедливая—та, которая должна бы дѣйствовать вмѣсто настоящей.

На почвѣ этого элементарнаго этического чувства постепенно развивается философская рефлексія, которая уже въ античномъ мірѣ приводитъ къ зарожденію идеи такъ называемаго естественнаго права. Праву дѣйствующему и положительному, которое считается продуктомъ произвольнаго человѣческаго установленія, противопоставляется право естественное, *ius naturale* представляющееся отраженіемъ абсолютнаго мирового разума или правящей міромъ божественной сущности. Право положительное начинаетъ подвергаться оцѣнкѣ съ точки зрѣнія права естественнаго, и передъ человѣческой мыслью развертывается цѣлый рядъ вопросовъ совершенно иного порядка, чѣмъ тѣ, съ которыми имѣетъ дѣло догматика права. Если для послѣдней положительное право имѣетъ конечное и самодовлѣющее значеніе, то для

доктрины естественного права оно только предмет оцѣнки, нѣчто подлежащее либо утверждению, либо отрицанію въ зависимости отъ его согласія или несогласія съ абсолютными началами разума и справедливости.

Получивъ свою первую формулировку въ ученіи греческихъ философовъ, идея естественного права уже у римскихъ юристовъ приобрѣла серьезное практическое значеніе: естественное право и справедливость, *jus naturale* и *aequitas*, часто разсматриваются ими какъ источники граждански-правовыхъ нормъ и оказываютъ вліяніе на толкованіе этихъ послѣднихъ. Вытекающая изъ самой природы вещей, изъ самаго мірового разума, естественное право, въ представленіяхъ римскихъ юристовъ, стоитъ, конечно, надъ правовыми системами отдѣльныхъ національностей, составляетъ нѣкоторое общенародное право—*jus gentium*, и потому идея естественного права много способствуетъ указанному выше процессу превращенія римскаго права въ право универсальное. Не меньшую поддержку находитъ себѣ въ естественномъ правѣ и другая основная тенденція античнаго праворазвитія—индивидуалистическая: провозглашая, что съ точки зрѣнія естественного права всѣ люди свободны и равны, эта доктрина способствовала ослабленію всякихъ историческихъ зависимостей и ограниченій.

Вмѣстѣ съ греческой философіей и римскимъ правомъ идея естественного права проникла къ новымъ народамъ и въ теченіе всей дальнѣйшей исторіи составляетъ неотъемлемую принадлежность юридическаго мышленія. *Jus naturale* и *jus positivum*, *aequitas* и *jus scriptum*—на этой противоположности покоится вся средневѣковая юриспруденція. Мысль о томъ, что естественное право является источникомъ юридическихъ нормъ, и что оно призвано восполнять, а то даже и исправлять позитивное право,—эта мысль приобрѣла въ средневѣковой юриспруденціи гораздо большую распространенность, чѣмъ это было въ римскомъ правѣ. Временами даже въ видѣ общаго принципа провозглашается, что *jus naturale potius est, quam jus positivum*, и что, если положительное право оказывается противорѣчащимъ справедливости, рѣшающей надо признать эту послѣднюю. Этому способствовало, конечно, въ значительной степени, смѣшеніе естественного права съ предписаніями религіи и общій теологическій характеръ средневѣковыхъ естественного-правовыхъ ученій. Равнымъ образомъ, еще въ большей степени, чѣмъ въ древности, идея естественного права способствовала развитію тенденцій индивидуалистическихъ и универсалистическихъ, и въ этомъ отношеніи она работала

рука объ руку съ римскимъ правомъ. Не даромъ это послѣднее часто признавалось за самый „писанный разумъ“, за *ratio scripta*.

Идея естественного права тянется непрерывно черезъ всю исторію умственнаго развитія Западной Европы. Временами она нѣсколько ослабѣваетъ, когда въ силу тѣхъ или другихъ причинъ юридическая мысль обращается преимущественно къ изученію позитивнаго права; временами же она усиливается и дѣлается доминирующимъ тономъ всего умонастроенія эпохи. Особенно глубину и интенсивность естественно-правового настроенія, какъ извѣстно, приобрѣло въ XVII и XVIII вѣкахъ,—въ эпоху, которой и дается по преимуществу названіе эпохи естественнаго права.

Подъемъ естественно-правового настроенія именно въ эту эпоху психологически вполне понятенъ. Это были послѣдніе вѣка „старога режима“, время, когда этотъ послѣдній сталъ казаться особенно давящимъ и невыносимымъ. По мѣрѣ того какъ исторически сложившійся на почвѣ феодальныхъ отношеній строй оказывался все болѣе и болѣе противорѣчащимъ новому правосознанію, крѣпло отрицательное отношеніе къ тому праву, которое санкціонировало и поддерживало этотъ строй, т.-е. къ праву положительному. Чѣмъ болѣе то, что наблюдалось въ дѣйствительности, казалось несправедливымъ и неразумнымъ, тѣмъ ярче выступала мечта о правѣ абсолютно справедливомъ и абсолютно разумномъ, т.-е. о правѣ естественномъ.

Въ ученіяхъ цѣлага ряда мыслителей эта мечта получила себѣ философское обоснованіе и болѣе точную формулировку; изъ столкновенія естественно-правовыхъ системъ мало-по-малу выявлялись общія начала этой мечты—свобода, равенство и братство. Съ жадной осуществленія этой мечты соединялась вѣра въ его легкую возможность. „Хотите вы имѣть хорошіе законы?“ спрашивалъ Вольтеръ и отвѣчалъ: „такъ уничтожьте старыя и напишите новыя“. Если до сихъ поръ законы устанавливались законодателями неразумно и своекорыстно, то теперь стоитъ только предоставить свободу разуму, и онъ создастъ сразу наилучшія учрежденія. Вѣра во всемогущество человѣческаго разума, въ его способность перестраивать жизнь путемъ законодательства составляетъ яркую, характерную черту этой эпохи.

Великая французская революція, какъ извѣстно, явилась горячей попыткой осуществленія этой мечты; это былъ поразительный по своему подъему опытъ перестроенія человѣческихъ отношеній по началамъ естественнаго права, какъ оно рисовалось

тогда особенно в учении Ж.-Ж. Руссо. В один миг массы уничтожились старые институты, и на их место создавались новые; свобода, равенство и братство стали официальными лозунгами правительства; вѣра в разум нашла себѣ даже вышшее выражение в культѣ „бога-разума“. Кажется, что общество получило полную свободу для осуществления своей мечты, и что осуществление это близко. Но надежда оказалась обманутой.

Явившись кульминационным пунктомъ естественно-правового настроенія, революція привела это настроеніе къ кризису. Начавъ съ провозглашенія правъ человѣка и гражданина, она кончила тѣмъ, что стала попираетъ самыя элементарнѣйшія изъ этихъ правъ. Абсолютизмъ, даже низвергнутый, оставляетъ еще надолго свою отраву в народной психологіи, соблазняя къ замѣнѣ призола правительственной бюрократіи произволомъ народа или, лучше сказать, произволомъ партійной демагогіи. Въ ужасахъ террора погибла вѣра въ человѣческую разумъ, въ возможность установленія путемъ законодательныхъ декретовъ царства разума и правды. Энтузіазмъ смѣнился упадкомъ, порывъ впередъ смѣнился оглядываніемъ назадъ, жажда реформъ смѣнилась тоской по самому элементарному порядку и спокойствію; короче—революція смѣнилась реакціей.

Но все же этотъ подъемъ не прошелъ даромъ. Намъ уже приходилось упоминать о томъ, что онъ смылъ почти всѣ остатки стараго феодализма въ гражданскомъ правѣ и завершилъ предыдущее многовѣковое движеніе къ освобожденію лицъ и имущества. Въ связи съ этимъ онъ привелъ къ созданію первыхъ крупныхъ кодификацій.

Мы видѣли выше, что состояніе гражданского права къ концу XVIII вѣка характеризовалось крайней пестротой и неопредѣленностью, съ которой не могла мириться развивающаяся экономическая жизнь. Чувствовалась повсеместная потребность въ извѣстномъ объединеніи и упорядоченіи граждански-правовыхъ нормъ. Естественно-правовое настроеніе присоединило къ этому новый мотивъ—именно необходимость рационализированія права, построения его на общихъ началахъ разума и справедливости: не о простомъ, механическомъ соединеніи дѣйствующихъ нормъ должна идти рѣчь, а о созданіи совершенно новаго организма права путемъ цѣльнаго кодекса, построеннаго на принципахъ права естественнаго.

Оба эти мотива, взаимно подкрѣпляя другъ друга, привели на границѣ XVIII и XIX вѣковъ къ созданію трехъ виднѣйшихъ

въ исторіи западно-европейскаго права кодексовъ—Прусскаго Земскаго Уложенія 1794 г., Французскаго Кодекса Наполеона 1804 г. и Австрійскаго Уложенія 1811 г.

Безспорную и огромную заслугу всѣхъ трехъ кодексовъ составляетъ выполненіе первой задачи—именно объединеніе и упрощеніе права для данныхъ странъ, устраненіе вредной для оборота пестроты и запутанности. Но зато вторая задача—рационализированіе права, построеніе его на началахъ права естественнаго—оказалась осуществленной лишь въ очень скромныхъ размѣрахъ и каждымъ изъ кодексовъ не въ одинаковой степени. Начаты въ эпоху подъема естественно-правового настроенія, они были закончены уже въ эпоху реакціи, когда страхъ передъ революціонностью естественно-правовыхъ принциповъ сталъ все болѣе и болѣе сокращать широту первоначальныхъ реформаторскихъ заданий. Этотъ процессъ сокращенія и суженія мы можемъ констатировать въ исторіи каждаго изъ нихъ.

Замѣтную роль сыграли идеи естественнаго права уже при составленіи Прусскаго Уложенія. Кабинетскій Указъ 14 апр. 1780 г., предписывавшій составленіе проекта, предлагалъ положить въ основу его право римское „въ согласіи съ правомъ естественнымъ“. Однако, это естественное право понималось въ смыслѣ „просвѣщеннаго абсолютизма“ и полицейскаго государства, въ слѣдствіе чего идея правительственной опеки надъ гражданами составляетъ яркую, характерную черту этого кодекса, приводящую къ цѣлому ряду весьма стѣснительныхъ положеній. И тѣмъ не менѣе опубликованный 1 іюня 1792 г. проектъ вызвалъ въ вліятельныхъ кругахъ опасенія съ точки зрѣнія своей революціонности. Понадобился новый пересмотръ, послѣ котораго изъ кодекса оказались выброшенными даже такія скромныя нормы, какъ правило, что никто не можетъ быть лишенъ своихъ правъ въ административномъ порядкѣ (посредствомъ „Machtsprüche“). А указъ 5 февраля 1794 г., возвѣщавшій о вступленіи (съ 1-го іюня) въ дѣйствіе новаго кодекса, настойчиво запрещалъ толкованіе его на основаніи какихъ бы то ни было „философическихъ соображеній“ („philosophische Raisonnements“). Реакція, такимъ образомъ, наложила свою печать, но, несмотря на это, какъ въ самомъ построеніи, такъ и во многихъ понятіяхъ Прусскаго Земскаго Уложенія сказывается бесспорное вліяніе естественно-правовой доктрины.

Наивысшаго напряженія идеи естественнаго права достигли, какъ сказано, во Франціи. Законодательство революціонной эпохи съ лихорадочной поспѣшностью стремилось освободиться отъ стараго и реализовать въ чистомъ видѣ принципы естественнаго

права. Тогда же возникла и мысль, взамѣнъ разрозненныхъ законовъ, выработать единый новый кодексъ, построенный исключительно на этихъ принципахъ. Создаются и падаютъ проекты за проектомъ, но еще въ окончательномъ проектѣ во главѣ всего кодекса (Livre préliminaire, Act. 1) стоитъ догматъ: „Il existe un droit universel et immuable, sources de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes“. Однако, по мѣрѣ того, какъ революція идетъ на убыль, энтузіазмъ къ естественному праву и здѣсь остываетъ, и при послѣднемъ пересмотрѣ все это торжественное исповѣданіе символа естественного-правовой вѣры выбрасывается. Подъ строгимъ контролемъ Наполеона, принимавшаго живое участіе въ обсужденіи, кодексъ, получившій его наименованіе, значительно пригибается къ землѣ.

Тѣмъ не менѣе естественного-правовая основа въ Code civil настолько сильна, что онъ открываетъ собою въ исторіи западно-европейскаго законодательства новую эру. Провозглашая уничтоженіе всякихъ привилегій и всякихъ стѣсненій личности, онъ завершаетъ ту борьбу за свободу индивидуальной автономіи и независимости личности отъ какой бы то ни было—даже государственной—опеки французскій кодексъ окончательно формулируетъ перестроеніе экономической жизни на новыхъ началахъ. Этимъ объясняется высокой авторитетъ этого кодекса и его широкое распространеніе за предѣлами Франціи.

Наконецъ, тотъ же процессъ постепеннаго усиленія реакціи мы наблюдаемъ и въ исторіи возникновенія Австрійскаго Уложенія. Проектъ Мартини, послужившій основаніемъ этого кодекса, является по всему своему построенію естественного-правовымъ, приближаясь въ этомъ отношеніи къ первоначальнымъ проектамъ Code civil. Но затѣмъ и здѣсь французская революція вызвала реакцію, и по предложенію Цейллера всѣ общія естественного-правовыя декларации были изъ кодекса выброшены. Тѣмъ не менѣе ихъ вліяніе сохранилось во всемъ кодексѣ неистребимо. Какъ и французскій кодексъ, Австрійское Уложеніе проникнуто принципомъ индивидуализма и экономической свободы. Въ этомъ отношеніи оно даже опережало дѣйствительныя хозяйственныя условія страны, которая долго должна была дорастать до него. Сверхъ того, идея естественнаго права, какъ нѣкотораго особаго источника нормъ, сохранилась въ чистомъ видѣ въ § 7 Уложенія, которымъ судѣя предписывается, при отсутствіи закона, рѣ-

шать „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“. Параграфъ, который былъ долго въ забвеніи, но который, какъ увидимъ ниже, въ послѣднее время пріобрѣтаетъ особенное значеніе.

Такъ прошло по Европѣ первое кодификаціонное вліяніе. Вызванное реальными потребностями экономической жизни, оно въ то же время одухотворялось извѣстными общими идеями, общими принципами. Пусть эти принципы при окончательной обработкѣ кодексовъ подверглись значительной урѣзкѣ,—во всякомъ случаѣ они послужили для кодификаціи въ качествѣ руководящихъ началъ при отборѣ позитивно-правового матеріала. И будущее обнаружило, что чѣмъ полнѣе въ кодексахъ отразились эти начала, тѣмъ жизнеспособнѣе онъ оказался. Это въ особенности нужно сказать относительно кодексовъ французскаго и австрійскаго. Сто лѣтъ прошло со времени ихъ изданія; торжественно были отпразднованы ихъ юбилей, и современная юриспруденція, уже имѣющая передъ собой образцы новѣйшихъ кодификацій, почтила ихъ съ нѣкоторымъ особымъ пѣтетомъ: эти новѣйшіе образцы какъ будто даже подняли цѣнность столѣтнихъ ветерановъ.

Но реакція продолжала развиваться далѣе, и въ общей атмосферѣ упадка и разочарованія, охватившаго Европу послѣ революціи, появилась, какъ извѣстно, историческая школа въ юриспруденціи, знаменующая собой полный идейный переломъ. И первымъ вопросомъ, по поводу котораго ей пришлось формулировать свои воззрѣнія, былъ именно вопросъ о кодификаціи.

Потребность въ объединеніи и упорядоченіи гражданскаго права, вызвавшая изданіе трехъ упомянутыхъ кодексовъ, существовала, конечно, и въ другихъ частяхъ Германіи, кромѣ Пруссіи и Австріи. Кромѣ того, совместная борьба съ Наполеономъ и освобожденіе германскихъ государствъ отъ французскаго владычества создали среди нѣмцевъ общій національный подъемъ и стремленіе къ большому взаимному сближенію. Въ частности, въ области права возникла мысль о желательности единаго гражданскаго кодекса, который объединилъ бы націю и создалъ бы базисъ для экономическаго общенія. Потребность въ этомъ послѣднемъ была настолько велика, что высказывалась даже мысль о реципированіи французскаго кодекса, введеннаго передъ тѣмъ Наполеономъ въ нѣкоторыхъ частяхъ Европы. Въ противовѣстъ этому теченію выступилъ въ 1814 г. гейдельбергскій профессоръ Тибо (въ своей книжкѣ „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“) съ призывомъ къ соз-

данію собственаго общегерманскаго гражданскаго Уложенія. Какъ видимъ, идея Тибо не заключала въ себѣ ничего чрезвычайнаго: она была лишь естественнымъ продолженіемъ того движенія, которое создало и Code Napoléon и Австрійское Уложеніе. Но времена изменились: реакціонное настроеніе, отразившееся уже на самихъ этихъ кодексахъ, усилилось теперь настолько, что даже самая мысль о кодификаціи стала казаться неприемлемой.

Въ отвѣтъ на предложеніе Тибо въ томъ же 1814 г. появилась знаменитая по своимъ послѣдствіямъ брошюра Савиньи „Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“. Въ этой брошюрѣ Савиньи рѣшительно высказывается противъ предложенія Тибо, причѣмъ въ видѣ мотивировки излагаетъ свой новый взглядъ на вопросъ о процессѣ образованія права и, въ частности, на вопросъ о роли законодателя и законодательства. Право не создается единичной волей тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ лицъ, сообразно ихъ желанію или такимъ или инымъ предвзятымъ общимъ началамъ. Оно является органическимъ продуктомъ „народнаго духа“, развивающимся самопроизвольно и незамѣтно, подобно языку и нравамъ, въ народной исторіи. Что же касается законодателя, то онъ, въ лучшемъ случаѣ, можетъ только формулировать народное правосознаніе, а не творить. Но даже и для такого формулированія Савиньи считалъ тогдашнихъ юристовъ неподготовленными: для осуществленія этой задачи необходимо тщательное изученіе исторіи права, которой тогда почти не существовало, и въ созданіи которой Савиньи усматривалъ первую задачу правовѣдѣнія.

Книга Савиньи не изобилуетъ научными аргументами; она болѣе формулируетъ новую идею, чѣмъ ихъ доказываетъ. Несмотря на это, она возымѣла необычайное дѣйствіе. Она явилась крупнѣйшимъ поворотнымъ пунктомъ въ исторіи общественной мысли и положила начало новому мощному направленію. Идеи, высказанныя Савиньи, очевидно, носились въ воздухѣ эпохи, соответствовали общей атмосферѣ разочарованія въ естественномъ правѣ и законодательномъ творчествѣ.

Все въ этомъ новомъ направленіи было антилодомъ прежняго.

Если общее настроеніе эпохи предреволюціонной характеризовалось отрицательнымъ отношеніемъ къ реальному, къ историческому,—къ тому историческому, которое давало себя чувствовать въ абсолютизмѣ правительства, въ произволѣ власти, въ сословныхъ неравенствахъ и экономической связанности,—то историческая школа, напротивъ, подобно Гегелю, объявляла все

реальное разумнымъ и всѣмъ духомъ своего ученія проповѣдывала уваженіе къ исторически сложившемуся, возводя его къ глубинамъ народнаго духа.

Если естественно-правовыя доктрины исходили изъ представленія о нѣкоторыхъ абсолютныхъ, для всего человечества единыхъ и вѣчныхъ началахъ права, вытекающихъ изъ самой природы человѣка или разумнаго человѣческаго общенія, то историческая школа отрицала существованіе этихъ абсолютныхъ началъ и мыслила право, какъ нѣчто присущее каждому отдѣльному народу и вѣчно мѣняющееся въ зависимости отъ исторической судьбы этого послѣдняго. Если естественно-правовыя ученія были проникнуты духомъ универсальности и космополитизма, то историческая школа, напротивъ, выставила идею національности, какъ чего-то независимаго и самодовлѣющаго.

Если эпоха предреволюціонная жила вѣрой въ возможность сознательнаго перестроенія человѣческихъ обществъ путемъ рациональнаго законодательства, то историческая школа внушала полное невѣріе въ это послѣднее. Въ качествѣ активнаго строителя социальныхъ отношеній законодательство безсилно, а въ худшемъ случаѣ вредно; наилучшей формой образованія права является обычай: вытекающая непосредственно изъ тайниковъ „народнаго духа“, обычное право болѣе вѣрно отражаетъ органическое самораскрытіе народнаго правосознанія. Всякое вмѣшательство чужой воли, хотя бы это была даже воля законодателя, способно только возмутить естественное и мирное развитіе права, внести въ него дисгармонію и болѣзненность.

Если естественно-правовыя теории по своимъ методамъ были рационалистическими, то историческая школа явилась носителемъ позитивизма. Все то, что провозглашалось за требованія абсолютнаго разума, есть, по мнѣнію ея представителей, не что иное, какъ лишь субъективное мечтаніе отдѣльныхъ умовъ. Вслѣдствіе этого всякія разсужденія на эту тему, всякія попытки обсужденія правовыхъ нормъ съ точки зрѣнія такихъ или иныхъ идеаловъ справедливости были объявлены дѣломъ ненаучнымъ, выходящимъ за границы юриспруденціи, какъ таковой.

Въ конечномъ счетѣ, если естественно-правовая школа была исканіемъ новаго и проповѣдью социальной активности, то историческая школа была, напротивъ, проповѣдью консерватизма и кветизма. Единственная доступная намъ сфера дѣятельности въ области права есть, по ея мнѣнію, сфера его объективнаго познанія, его историческаго и догматическаго изслѣдованія.



Созданное исторической школой направление, несмотря на отдельные, единичные протесты, с необычайной силой захватило общественную мысль не только в Германии, но и в большей или меньшей степени во всей Европе. Подъ его влиянием вспыхнул интерес къ изученію исторіи права, и наука гражданскаго права получила тотъ историческій фундаментъ, котораго ей дотолъ не доставало. Съ этой стороны заслуги исторической школы несомнѣнны и незабываемы. Но, съ другой стороны, возникнувъ, какъ реакція противъ крайностей естественно-правового идеализма, историческая школа сама впадала въ противоположныя крайности и на нѣкоторое время затормозила естественное развитіе нашей мысли, толкнувъ ее на ложные пути.

Нѣсколько первыхъ десятилѣтій XIX вѣка историческая школа господствовала надъ умами почти безраздѣльно, но затѣмъ постепенно—и чѣмъ далѣе, тѣмъ сильнѣе—начинается критика ея основоположеній и освобожденіе отъ ея тенденцій. Виднѣйшимъ представителемъ этого критическаго отношенія къ исторической школѣ является Герингъ, вышедшій изъ ея же рядовъ и тѣмъ не менѣе нанесшій ей наиболѣе тяжкіе удары. Мало-по-малу критика пробила огромныя бреши въ идеологическихъ построеніяхъ исторической школы и расчистила путь для новаго движенія впередъ по прерванному ею пути.

Мы уже видѣли выше, въ какой тупикъ зашла историческая школа съ ея идеей національности правового развитія; но не менѣе ошибочными, не менѣе чреватými массою вредныхъ послѣдствій оказались и ея другіе тезисы—по крайней мѣрѣ, въ той категоричности, въ какой они выставлялись ея наиболѣе крайними сторонниками. Отмѣтимъ здѣсь лишь самое существенное, что имѣетъ непосредственное отношеніе къ судьбамъ нашего гражданскаго права.

Прежде всего, говоря о „народномъ духѣ“, какъ о конечномъ источникѣ всякаго права, историческая школа, отдавая дань романтизму, съ которымъ она въ значительной степени связана, сама создавала понятіе идеалистическое, далеко не соответствующее реальной дѣйствительности. Она предполагала народъ, какъ нѣчто единое и психологически цѣльное. Между тѣмъ, даже та исторія, къ изученію которой такъ настоятельно призвала историческая школа, свидѣтельствовала о томъ, что право рождается часто изъ столкновения различныхъ социальныхъ противоположностей внутри народа, что народъ складается изъ разнообразныхъ болѣе мелкихъ группъ—національныхъ, сословныхъ, профессиональныхъ и т. д.—правосознаніе которыхъ сплошь и

рядомъ радикально расходится. О томъ же еще болѣе наглядно свидѣтельствовала самая жизнь XIX вѣка, въ теченіе котораго социальная дифференціація приобрѣла особенно внушительные размѣры, и классовая противоположность обрисовалась настолько рѣзко, что въ ученіи экономическаго материализма онѣ были объявлены даже единственными носителями правосознанія. Не подлежитъ сомнѣнію, что правосознаніе нынѣшняго нѣмецкаго рабочаго неизмѣримо ближе къ правосознанію французскаго или англійскаго рабочаго, чѣмъ къ правосознанію нѣмецкаго фабриканта или аграрія. Очевидно, что при такихъ условіяхъ „народному духу“ исторической школы въ дѣлѣ правообразованія должно быть отведено гораздо болѣе скромное мѣсто.

Далѣе, говоря объ органическомъ и безболѣзненномъ процессѣ самораскрытія народнаго духа, историческая школа до крайности идеализировала этотъ процессъ и снова впадала въ противорѣчіе съ показаніями исторіи, съ ея свидѣтельствами о разнообразныхъ революціяхъ и катастрофахъ. Отправляясь именно отъ подобныхъ данныхъ исторіи, Герингъ принужденъ былъ отбросить ученіе исторической школы и противопоставить ему ученіе о непрестанной борьбѣ за право, безъ которой немислимо никакой прогрессъ. Не какъ растеніе, не само собой, раскрывается право въ исторіи, а въ трудѣ и борьбѣ—въ борьбѣ какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и цѣлыхъ группъ за свои интересы и за новыя понятія о справедливомъ. Тревожная, богатая всевозможными конфликтами именно на почвѣ различныхъ интересовъ, жизнь XIX вѣка подтверждала мысль Геринга краснорѣчивѣе всякихъ многотомныхъ изслѣдованій и сложныхъ доказательствъ; все нужно было только высказать, чтобы она тотчасъ же сдѣлалась аксіомой.

Въ связи съ этимъ не могло не измѣниться и отношеніе къ законодательству. Какъ было указано, историческая школа провозглашала принципиальную „непризнанность“ законодателя къ активной дѣятельности въ области правообразованія, въ частности „непризнанность“ къ кодификаціи. Подъ влияніемъ этого настроенія всякіе кодификаціонные опыты сразу обрвались. Въ Германіи мысль о единомъ кодексѣ замерла вовсе; въ другихъ частяхъ Европы, гдѣ въ эпоху Наполеона введенъ былъ французскій кодексъ, кодификаціонныя работы по необходимости сводились къ нѣкоторому пересмотру этого послѣдняго, къ нѣкоторому приспособленію его къ условіямъ страны (таковы, напр., Codice Albertino 1837 г. въ Пьемонтѣ, голландская переработка 1838 г. и т. д.). Мысль же о создани чого-либо новаго, проник-

нутаго единой творческой мыслью законодателя, казалась недопустимой.

Однако, жизнь и здѣсь чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе не могла мириться съ пассивностью законодателя. Развитие экономическаго оборота продолжало требовать устранения пестроты правовыхъ нормъ; на почвѣ классовыхъ противоположностей возникали весьма тревожныя тренія; социальныя неустройства требовали такихъ или иныхъ мѣръ для упорядоченія конкуренціи, ограниченія эксплуатаціи, охраны труда и т. д. Со всѣми этими настоятельными нуждами жизнь обращалась не къ кому иному, какъ именно къ законодателю, призывая его къ разрѣшенію конфликтовъ и къ регулированію спорныхъ отношеній. Уже почти тотчасъ послѣ перваго выступленія Савиньи на защиту планообразной законодательной дѣятельности выступилъ знаменитый германскій криминалистъ Ансельмъ Фейербахъ, виднѣйшій изъ создателей Баварскаго уголовнаго уложенія 1813 г.; но тогда его голосъ прозвучалъ безъ отвѣта. Должны были пройти десятилѣтія, прежде нежели ошибочность исторической школы стала очевидной. Нужны были уроки жизни, нуженъ былъ тотъ же Герингъ, который и въ этомъ вопросѣ формулировалъ отказъ отъ догматовъ исторической школы, разрушивъ романтическое преклоненіе передъ обычнымъ правомъ и провозгласивъ, что вступленіе народа на путь законодательства знаменуетъ въ исторіи народа пробужденіе его социальнаго сознанія, наступленіе его социальной зрѣлости.

И дѣйствительно, въ теченіе XIX вѣка законодательная дѣятельность достигаетъ снова высокаго напряженія. Мало того, съ половины столѣтія опять возрождается мысль о кодификаціи. Страны романскія берутъ за образецъ французскій кодексъ, подвергаютъ его нѣкоторой, болѣе или менѣе значительной, переработкѣ, и такимъ путемъ возникаютъ Итальянское гражданское уложеніе 1865 г., Португальское 1867 г., Испанское 1888 г.

Но кодификационная тенденція возрождается и въ Германіи. Послѣ событій 1848 г. германское національное собраніе признало желательнымъ изданіе общихъ для всей Германіи кодексовъ—гражданскаго, торговаго, вѣсельнаго, судопроизводственнаго и уголовнаго. Однако, наступившая затѣмъ новая реакція затормозила дѣло и на этотъ разъ, и лишь въ 1860 г. было издано, общее для всей Германіи, торговое уложеніе. Нуженъ былъ новый подъемъ общественнаго настроенія и національнаго чувства, чтобы снова поставить на очередь вопросъ объ обще-

германскомъ кодексѣ, столь необходимомъ для неудержимо растущаго и стирающаго всякія перегородки экономическаго оборота. Такой подъемъ пробудила побѣдоносная война съ Франціей и созданіе единой Германской имперіи. Въ 1874 г. назначается коммиссія для выработки проекта. Послѣ 14-лѣтнихъ работъ, въ 1888 г., первый проектъ вмѣстѣ съ мотивами былъ опубликованъ, но встрѣтилъ съ разныхъ сторонъ самую горячую критику. Громче всего раздавались упреки въ томъ, что проектъ слишкомъ романистиченъ (его прозвали даже „маленькимъ Виндшейдомъ“, т. е. переложеніемъ Виндшейдовскаго учебника римскаго права), что онъ игнорируетъ національныя германскія начала и современныя требованія социальной справедливости. Вслѣдствіе этого въ 1890 г. была назначена для пересмотра вторая коммиссія и 17 января 1896 г. пересмотрѣнный проектъ былъ представленъ рейхстагу. Здѣсь онъ былъ подвергнутъ новому общему пересмотру въ особой коммисіи отъ рейхстага и въ іюнѣ поступилъ въ рейхстагъ для втораго чтенія. Борьба партий нѣсколько разъ ставила судьбу проекта въ критическое положеніе, но все же 1 июля 1896 г. новый кодексъ (съ нѣкоторыми поправками) былъ принятъ рейхстагомъ, 14 іюля бундесратомъ и 24 августа былъ официально опубликованъ, причемъ вступленіе его въ дѣйствіе было отсрочено до 1 января 1900 г.

Примѣру Германіи послѣдовала Швейцарія. Здѣсь также царила чрезвычайная пестрота национальныхъ правъ. Въ однихъ кантонахъ дѣйствовали разнообразныя мѣстные источники, въ другихъ (Женева, Бернская Юра) реципированный кодексъ Наполеона, въ третьихъ (Бернъ, Люцернъ и др.) кантональные кодексы, составленные подъ сильнымъ вліяніемъ уложенія Австрійскаго. Но и здѣсь подобная пестрота являлась тормозомъ для развивающагося экономическаго оборота, и здѣсь остро ощущалась потребность въ правомъ единствѣ. Эта потребность прежде всего была удовлетворена въ области обязательственныхъ отношеній изданіемъ въ 1881 г. общаго для всего союза обязательственнаго права. Но это былъ только первый шагъ. Единство было желательно не только въ области обязательствъ, и въ 1892 г. правительство поручаетъ профессору Е в г е н і у Г у б е р у выработать проектъ уложенія. Губеръ сумѣлъ мастерски выполнить возложенную на него задачу, и его проектъ, подвергнувшись по частямъ обсужденію въ спеціальныхъ коммиссіяхъ, 10 декабря 1907 г. получилъ силу закона (со вступленіемъ въ дѣйствіе 1 января 1912 г.).

Не осталась въ сторонѣ отъ этихъ кодификаціонныхъ теченій и Россія. Выше было указано, что потребность въ коди-

фикации ощущалась у нас уже на всем протяжении XVIII вѣка. Начиная съ Петра Великаго, тянутся почти непрерывно разнообразныя кодификаціонныя комиссіи, которыя остаются, однако, по самымъ разнообразнымъ причинамъ, безъ всякихъ результатовъ. При учрежденіи этихъ комиссій правительство все время колеблется между двумя точками зрѣнія: то оно возлагаетъ на нихъ задачу лишь кодифицировать дѣйствующее право, то оно предлагаетъ имъ заняться составленіемъ совершенно новаго кодекса. Въ началѣ XIX вѣка при Александрѣ I въ дѣло составленія Уложенія входитъ впервые Сперанскій, причемъ составленный имъ проектъ находится подъ очевиднымъ влияніемъ пользовавшагося тогда повсемѣстнымъ авторитетомъ французскаго кодекса. Но затѣмъ борьба съ Наполеономъ и наступившая внутренняя реакція уничтожили эти начинанія, а самого Сперанскаго привели къ опалѣ и ссылкѣ. Когда же онъ былъ возвращенъ и призванъ снова къ кодификаціонной работѣ, настроеніе правительства существенно измѣнилось. Николай I въ указѣ 1826 г. опредѣленно поставилъ задачей работъ исключительное кодифицированіе дѣйствующаго права. При неустаннымъ участіи того же Сперанскаго эта работа была, наконецъ, выполнена, и въ историческомъ засѣданіи Государственнаго Совѣта 19 января 1833 г., подъ предсѣдательствомъ самого Императора, получили свою санкцію какъ Полное Собраніе Законовъ, такъ и Сводъ Законовъ, 1 ч. X тома котораго составляютъ Законы Гражданскіе.

Сводомъ Законовъ практическая потребность правосудія въ нѣкоторомъ систематизированномъ собраніи дѣйствующихъ законовъ была, конечно, въ извѣстной степени удовлетворена, но далеко не были удовлетворены потребности реальной жизни въ соотвѣтствующемъ ей законодательствѣ. Составленная на основаніи старыхъ законовъ, начиная отъ Уложенія Царя Алексѣя Михайловича, 1 часть X т. Свода Законовъ уже въ моментъ своего изданія не соотвѣтствовала дѣйствительнымъ потребностямъ жизни—даже столь неразвитой, какою она была въ первой половинѣ XIX столѣтія. Тѣмъ болѣе она оказывалась неудовлетворительной съ дальнѣйшимъ теченіемъ времени, съ освобожденіемъ крестьянъ, съ другими реформами царствованія Александра II, а въ особенности съ постепеннымъ уничтоженіемъ стараго натурального хозяйства и замѣной его хозяйствомъ промышленнымъ и мѣновымъ. Отсталость и, можно сказать, неумѣстность нашихъ Гражданскихъ Законовъ давно была познана и стала общимъ мѣстомъ отечественнаго правосознанія.

Въ виду этого въ 1882 г. была образована комиссія для выработки проекта новаго Гражданскаго Уложенія, уже не связаннаго дѣйствующими законами. Послѣ 17-лѣтнихъ работъ комиссія начала выпускать въ свѣтъ выработанный ею проектъ съ объясненіями: сначала въ 1899 г. проектъ обязательственнаго права, затѣмъ въ теченіе дальнѣйшихъ годовъ, до 1903, остальные части. Проектъ былъ разосланъ въ разныя судебныя, правительственныя и ученныя учрежденія для разсмотрѣнія и затѣмъ, на основаніи представленныхъ замѣчаній, былъ пересмотрѣнъ, послѣ чего въ 1905 г. была опубликована его вторая (а потомъ и окончательная, сводная) редакция. Но на этомъ дѣло и остановилось. Бурное время 1905 и слѣдующихъ годовъ поставило на очередь болѣе крупныя задачи, а затѣмъ, когда наступила реакція, проектъ сталъ уже казаться слишкомъ реформаторскимъ и мало національнымъ. Взаимѣ кодекса, правительство вступило на путь частичныхъ поправокъ, разрозненныхъ новеллъ, и лишь въ 1913 г. былъ внесенъ въ Государственную Думу проектъ обязательственнаго права. Но, разумѣется, страна ждетъ не частичныхъ новеллъ и не частной кодификаціи, а полнаго и цѣльнаго, построеннаго на воплѣ современныхъ началахъ, гражданскаго кодекса.

Въ сторонѣ отъ кодификаціоннаго движенія осталась только Англія, гражданское право которой и доннынъ покоится на безконечной массѣ исторически накопившихся судебныхъ прецедентовъ, разбираться въ которыхъ не только гражданамъ, но и судамъ, разумѣется, чрезвычайно затруднительно.

Какъ бы то ни было, но XIX вѣкъ, дѣйствительно, какъ замѣчаетъ Hedemann¹⁾, можетъ быть названъ вѣкомъ большихъ кодификацій. Конецъ вѣка вернулся къ тенденціямъ своего начала. Но для полной характеристики этого поворота надо замѣтить еще слѣдующее.

Какъ было отмѣчено, реакція противъ естественнаго права вызвала въ началѣ XIX вѣка отрицательное отношеніе ко всякому философскому элементу въ юриспруденціи. Только историческое и догматическое изслѣдованіе положительнаго права признавалось достойнымъ имени научнаго; все, что выходило за предѣлы этихъ позитивныхъ изслѣдованій, отметалось, какъ незаконное дѣтище стараго естественно-правового направленія. Доходило даже до того, что всякая попытка философіи права объявлялась „чистѣйшимъ шарлатанствомъ“.

1) Werden und Wachsen des bürgerl. Rechts. 1913, S. 1.

Однако, и здѣсь жизнь заставила сдвинуться съ этой позиціи. Какъ только что было сказано, эволюція XIX вѣка ставила все болѣе и болѣе настойчивыя требованія, адресованныя къ законодательству, объ активномъ вмѣшателствѣ въ сферу социальной борьбы, объ урегулированіи назрѣвшихъ конфликтовъ путемъ изданія соотвѣтствующихъ нормъ. Но для удовлетворенія этихъ требованій необходимо было не только изученіе положенія съ точки зрѣнія его исторіи и съ точки зрѣнія его догматики, но и оцѣнка его съ точки зрѣнія правовой политики. Жизнь спрашивала не о томъ, что было, и не о томъ, что есть, а о томъ, какъ должно быть съ точки зрѣнія разумнаго и справедливаго.

Долгое время юриспруденція отмахивалась отъ этихъ вопросовъ, считая обсужденіе правовыхъ нормъ съ этой точки зрѣнія, съ точки зрѣнія de lege ferenda, выходящимъ за предѣлы ея задачи. Результатомъ, однако, было только охлажденіе общества къ юриспруденціи и взаимное отчужденіе, заставлявшее многихъ, подобно Штаммлеру, вспоминать изреченіе Лютера: «Юристъ, если онъ только юристъ, жалкая вещь!» Наконецъ, такое воздержаніе стало окончательно немислимымъ: кодификаціонныя работы, предпріятыя во второй половинѣ XIX вѣка, призвали юриспруденцію даже ex officio къ обсужденію вопросовъ съ точки зрѣнія законодательной политики.

Но никакая разумная и сознательная политика, очевидно, немислима безъ предварительнаго разрѣшенія вопросовъ о томъ, въ чемъ же заключаются цѣли права вообще, гдѣ критерій справедливаго и разумнаго. Какъ бы ни отвѣчать на эти вопросы, но во всякомъ случаѣ отвѣчать необходимо, ибо безъ такого или иного отвѣта всѣ наши законодательныя построенія будутъ лишены надлежащей телеологической ориентировки. Временами мы можемъ инстинктивно угадывать общее направленіе для нашего движенія, но необходимую увѣренность это послѣднее можетъ пріобрѣсти только тогда, когда неопредѣленное угадываніе будетъ замѣнено яснымъ сознаніемъ. Пока царяла вѣра исторической школы въ неизмѣнную разумность правообразованія изъ глубины народнаго духа, всѣ подобные вопросы могли имѣть только чисто теоретическое значеніе; практически беспокоиться было не о чемъ: естественное развитіе этого народнаго духа само собою приведетъ къ тому, что въ данный историческій моментъ возможно. Но когда эта вѣра была подорвана, когда, вмѣсто пассивнаго выжиданія, общество оказалось призваннымъ къ активному правотворенію, къ борьбѣ за право, вопросы о томъ, во имя чего бороться, чего желать, куда идти, пріобрѣли неотвратимое практическое значеніе.

Естественно, что передъ лицомъ этихъ вопросовъ позитивистическая юриспруденція оказалась безпомощной и растерянной: у нея не было ни подготовки, ни методовъ къ ихъ трактованію. И скоро общимъ настроеніемъ юриспруденціи стало то, которое выразилъ Гирке своимъ вѣдшимъ восклицаніемъ: „Мы должны найти ее, эту потерянную идею права, иначе мы сами себя потеряемъ!“

И дѣйствительно, конецъ XIX вѣка—начало XX знаменуется въ исторіи гражданскаго правовѣдѣнія исканіемъ этой „потерянной идеи права“, этого „справедливаго“ или „правильнаго“ права и т. д. Эти поиски, въ свою очередь, привели не къ чему иному, какъ къ возрожденію того, что казалось похороненнымъ навсегда—къ возрожденію естественнаго права. Съ разныхъ сторонъ заговорили о „природѣ вещей“ въ социальныхъ отношеніяхъ, о „неизмѣнныхъ моральныхъ цѣнностяхъ“ и т. д. XIX вѣкъ, умирая, вернулся къ тѣмъ идеямъ, которыя онъ слышалъ въ своемъ раннемъ дѣтствѣ, но которыя онъ потомъ такъ тщательно старался заглушить въ себѣ въ теченіе всей своей жизни. Духъ Фейербаха побдилъ духъ Савиньи, констатировалъ еще въ 1894 г. Бехманнъ.

Но этотъ поворотъ только очень слабо и односторонне отразился на законодательствѣ конца вѣка. И въ этомъ отношеніи замѣтна громадная разница между кодексами начала столѣтія и кодексами его конца.

Кодификаціонныя работы конца XVIII вѣка начинались въ разгаръ естественно-правового настроенія съ горячимъ намѣреніемъ создать нѣчто абсолютно новое, формулировать вѣчныя идеи справедливости и разума. Правда, затѣмъ, подъ влияніемъ наступившей реакціи, заданія постепенно понижались, и естественно-правовыя идеи затуманивались, но все же онѣ не исчезали совсѣмъ. Печать естественно-правового происхожденія лежитъ и на Code civil и на Австрійскомъ Уложеніи, и именно эта печать придала имъ и практическую живучесть и нѣкоторый теоретическій блескъ. „Идея права“, хотя и значительно затуманенная, все еще чувствуется во всей ихъ системѣ, во всемъ ихъ построеніи.

Совсѣмъ иное впечатлѣніе получается отъ кодификацій конца XIX столѣтія, въ особенности отъ самой монументальной изъ нихъ—отъ общегерманскаго гражданскаго уложенія. Все оно представляется собой памятникъ колоссальнаго труда и обширнѣйшей учености; по ряду вопросовъ мы найдемъ въ немъ и смѣлый разрывъ съ устарѣвшими прошлымъ и новыя идеи. Но въ цѣломъ

оно производит впечатлѣніе крайняго эклектизма, разностильности: разрывъ съ прошлымъ и порыванія въ будущее не связаны единствомъ общаго направленія, единствомъ какой нибудь основной идеи. Еще по поводу перваго проекта Беккеръ справедливо отмѣчалъ, что ему недостаетъ „художественной силы и радостнаго творчества“. Никакіе позднѣйшіе пересмотры и исправленія не могли устранить этого недостатка: Германское Уложеніе носитъ на себѣ печать упорнаго труда, но не „радостнаго творчества“.

Гораздо больше цѣльности представляетъ уже въ этомъ отношеніи Швейцарское Уложеніе, и любопытно то, что современная юриспруденція относится къ этому младшему брату съ какою-то большей симпатіей, чѣмъ къ старшему. Секретъ этого предпочтенія, быть можетъ, скрывается въ нѣкоторомъ осуществленіи той мысли, которая руководила Губеромъ при составленіи его проекта, и которую мы находимъ въ его „Объясненіяхъ“: „Великія идеи, всеобщія истины сознательно или бессознательно лежатъ въ основахъ нашего правосознанія, и законодатель ничѣмъ не можетъ такъ усилить и укрѣпить впечатлѣніе отъ своего произведенія, какъ если ему удастся выразить ихъ въ его редакціи“¹⁾.

Такимъ образомъ, духъ исканія снова повѣялъ въ юриспруденціи. Она почувствовала всю свою слѣпоту и беспомощность безъ „великихъ идей“ и „всеобщихъ истинъ“, и позитивизмъ пересталъ ее удовлетворять.

¹⁾ Erläuterungen, S. 6.

IV.

Философскія предпосылки гражданскаго права.—Проблема личности и государства.

Новое время, такимъ образомъ, ищетъ „потерянную идею права“, ту верховную идею, которая могла бы ориентировать насъ въ нашей оцѣнкѣ всѣхъ отдѣльныхъ правовыхъ нормъ.

Но, разумеется, ставя передъ собой этотъ вопросъ, юриспруденція неизбежно сталкивается со всѣми высшими вопросами этики, такъ какъ не подлежитъ сомнѣнію, что вопросъ о верховной „идеѣ“ или верховной цѣли права можетъ быть разрѣшенъ только въ связи съ такимъ или инымъ общимъ міросозерцаніемъ. Вопросы права утрачиваютъ свое самодовлѣющее значеніе и дѣлаются лишь частными отголосками большихъ философскихъ вопросовъ. Чѣмъ больше углубляется изслѣдованіе юридическихъ проблемъ, тѣмъ яснѣе обнаруживается, что сплошь и рядомъ въ основѣ вызываемыхъ ими споровъ и разногласій лежитъ не что иное, какъ именно глубокое расхожденіе въ философской подпочвѣ этихъ проблемъ, въ самыхъ этическихъ предпосылкахъ для ихъ разрѣшенія. Видимыя теченія въ юриспруденціи оказываются лишь продолженіемъ другихъ, невидимыхъ, теченій, скрывающихся глубоко въ нашихъ этическихъ убѣжденіяхъ или предрасположеніяхъ.

И основное значеніе въ этомъ отношеніи имѣетъ та антиміямія, которую Ласкъ и Радбрухъ обозначили, какъ противоположность между персонализмомъ и трансперсонализмомъ¹⁾.

Въ чемъ заключается сущность культуры, сущность чело-вѣческаго прогресса? Отвѣтъ можетъ быть двоякаго рода. Согласно одному, „субстратомъ“ культуры и ея цѣлью можетъ быть только нравственная чело-вѣческая личность; все остальное, т.-е. произведенія искусства, науки и т. д., является только средствомъ

¹⁾ E. Lask. Rechtsphilosophie въ Festschrift für Kuno Fischer „Die Philosophie im Beginn des XX Jahrhundert“. Bd. II. 1905. стр. 13 и сл.—Radbruch Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914. S. 89—90, 97 и сл. См. его же „Введеніе въ науку права“, рус. пер. подъ ред. Кистяковскаго. Москва. 1915 г., стр. 7 и сл.

для достиженія этой цѣли, тѣмъ „резервуаромъ, изъ котораго черпается индивидуальное развитие, которымъ питается *cultura animi*“. Согласно другому, культура заключается въ самыхъ этихъ произведеніяхъ, и человѣческая личность имѣетъ значеніе лишь постольку, поскольку она является „служебнымъ членомъ въ этомъ мірѣ объективации культурныхъ цѣнностей“. Въ примѣненіи къ вопросамъ права первое, персоналистическое, воззрѣніе приводитъ къ выводу, что право и государство есть также лишь нѣкоторая система служебныхъ средствъ въ интересахъ нравственнаго развитія личности, межъ тѣмъ какъ съ точки зрѣнія второго, трансперсоналистическаго, воззрѣнія осуществляющаяся въ правѣ справедливость имѣетъ самостоятельное и самодовлѣющее значеніе: самое человѣческое существованіе только въ ней находитъ свое оправданіе. Въ чемъ заключается эта „справедливость“, это объективное благо культуры, на этотъ вопросъ отвѣты могутъ быть даны самые разнообразныя— „отъ величій Бога до поддержанія человѣческаго рода“: какъ спиритуалистическимъ, такъ и натуралистическимъ взглядамъ на этотъ счетъ трансперсонализмъ открываетъ самый широкій просторъ. Но основную сущность этого направленія составляетъ мысль о томъ, что право и государство получаютъ свою цѣнность не отъ человѣческой личности, а отъ нѣкоторой надъ-индивидуальной инстанціи, что самая человѣческая личность есть не цѣль, а только служебное средство для достиженія такихъ или иныхъ высшихъ интересовъ цѣлаго.

Конечно, и съ точки зрѣнія персонализма не всякая человѣческая личность въ конечномъ результатѣ своей жизни и дѣятельности явится одинаковой этической и культурной цѣнностью; но признаніе всякой человѣческой личности одинаковой самоцѣлью, признаніе ея нравственной свободы составляетъ, съ точки зрѣнія ученыхъ этого типа, неопредѣленное предположеніе всякаго человѣческаго прогресса, всякаго культурнаго и этическаго совершенствованія. Право служить нравственному совершенствованію личности (а потому и человечества), но служить только посредственно. Нравственный прогрессъ можетъ быть только дѣломъ индивидуальной свободы, и высшимъ назначеніемъ права можетъ быть лишь созданіе такого социальнаго порядка, въ которомъ эта творческая свобода личности находила бы себѣ наилучшія условія для своего осуществленія.

Принципиальная противоположность между этими двумя воззрѣніями приобретаетъ болѣе конкретный и яркій видъ въ извѣстномъ вопросѣ о взаимоотношеніи между лично-

стью и государствомъ съ точки зрѣнія предъловъ власти этого послѣдняго.

Общество и государство слагаются изъ извѣстнаго количества индивидовъ, изъ которыхъ каждый чувствуетъ себя отдѣльною, самостоятельною личностью, со своею особою внутреннею и внѣшнею жизнью, со своими индивидуальными интересами и индивидуальными, неповторяющимися особенностями. Съ другой стороны, разъ существуетъ и должно существовать общество, оно, какъ цѣлое, имѣетъ также свои интересы, причемъ эти послѣдніе сплошь и рядомъ оказываются въ противорѣчій съ интересами тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ индивидовъ. Въ такихъ случаяхъ возникаютъ разнообразныя „antinomii между личностью и обществомъ“¹⁾, а вмѣстѣ съ тѣмъ и вопросъ, можетъ ли общество и государство въ всякій свой интересъ ставить выше всякаго индивидуальнаго интереса, или же среди этихъ послѣднихъ есть такіе, которые даже для государства должны имѣть абсолютное и непререкаемое значеніе.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что государство можетъ и даже обязано ограничивать, т.е. вводить въ извѣстныя рамки индивидуальную свободу и въ этомъ смыслѣ приносить индивидуальныя интересы въ жертву общественнымъ. Но, спрашивается, безгранична ли власть государства въ этомъ отношеніи? Можетъ ли оно предъавлять къ индивиду всякія требованія, какія только найдеть нужнымъ въ интересахъ „общаго блага“, или же, напротивъ, есть такія стороны личнаго существованія, въ которыя никакое внѣшнее вторженіе недопустимо? Является ли „общее благо“ въ этомъ смыслѣ верховной этической инстанціей, или же, напротивъ, само оно подлежитъ провѣркѣ съ точки зрѣнія нѣкотораго иного, еще болѣе высокаго принципа? Есть ли отношеніе между индивидомъ и государствомъ всегда только отношеніе безусловной подчиненности, или же, напротивъ, есть случаи, когда даже одинъ единственный человѣкъ можетъ противопоставить всему обществу, всему государству свой личный интересъ, какъ нѣчто требующее безусловнаго уваженія и признанія?

Вотъ вопросъ, который, какъ извѣстно, служить издавна предметомъ оживленныхъ дебатовъ и дѣлать умы на два противоположныхъ лагеря. Въ нашу задачу здѣсь не можетъ входить изложеніе исторіи этого огромнаго вопроса²⁾, но мы вынуждены

¹⁾ Ср. Palante. Les antinomies entre l'individu et la société. 1913.

²⁾ См. по этому поводу, напр., Ch. Beudant. Le droit individuel et l'Etat. 1891.

напомнить об этой коренной противоположности возрѣній въ виду того, что каждое изъ нихъ соответствующимъ образомъ отражается и въ области гражданскаго права.

Мы говорили выше о томъ, что одною изъ основныхъ чертъ развитія гражданскаго права у новыхъ народовъ была черта индивидуалистическая—стремленіе къ освобожденію индивида отъ всякихъ связывавшихъ его дѣятельность историческихъ путей. Мы говорили также о томъ, что въ этомъ направленіи дѣйствовало какъ римское право, такъ и естественно-правовая доктрина. Какъ то, такъ и другія одинаково во главу угла своихъ юридическихъ представлений полагали идею самостоятельной и автономной личности. Однако, широта и характеръ этой автономности рисовались теоретикамъ этого западно-европейскаго индивидуализма далеко неодинаково, и въ этомъ отношеніи естественно-правовое направленіе разбивалось на нѣсколько теченій.

Такъ какъ ближайшею задачею времени было освобожденіе личности отъ давленія старыхъ, исторически накопившихся зависимостей (сословныхъ, общинныхъ, феодальныхъ, цеховыхъ и т. д.), то первымъ требованіемъ естественно-правовыхъ учений было устраненіе всѣхъ этихъ социальныхъ связей, стоявшихъ между личностью и государствомъ. Личность должна быть свободна отъ всякихъ промежуточныхъ инстанцій; между нею и государствомъ не должно быть никакихъ „средствѣй“. Съ этой точки зрѣнія, провозглашавшіяся естественнымъ правомъ свободы—свобода собственности, свобода договоровъ, завѣщаній и т. д.—обозначали лишь свободу отъ старыхъ сословныхъ и другихъ ограниченій. Но эта свобода отнюдь не содержала еще свободы отъ государства, отрицанія его права на вмѣшательство во всѣ стороны общественной жизни. Вслѣдствіе этого многіе виднѣйшіе представители естественно-правовой школы, являясь поборниками индивидуализма въ только что указанномъ историческомъ смыслѣ, въ то же время признавали, что государственная власть, какъ таковая, по отношенію къ индивиду никакихъ границъ не имѣетъ, что она поэтому абсолютна. Въ этомъ послѣднемъ возрѣніи сходились между собой даже такіе контрасты, какъ Гоббсъ и Руссо. Можно было спорить о томъ, какая организация государственной власти лучше (монархія или республика), но что государственная власть по отношенію къ индивиду абсолютна, это для нихъ казалось безспорнымъ.

На этой почвѣ, между прочимъ, возникло въ XVIII вѣкѣ то своеобразное сочетаніе естественнаго права съ монархизмомъ, которое мы имѣемъ въ такъ называемомъ просвѣщенномъ

абсолютизмъ съ его системой всесторонней правительственной опеки надъ подданными. Въ своей борьбѣ съ остатками феодальнаго строя доктрина естественнаго права, какъ это дѣлали еще средневѣковые легисты, могла идти рука объ руку съ монархической властью, и, поскольку дѣло касалось только этой борьбы съ историческими рудиментами, примиреніе абсолютизма съ естественнымъ правомъ могло представляться возможнымъ. Съ другой стороны, усвоеніе требованій естественнаго права въ этихъ предѣлахъ давало абсолютизму возможность хотя бы на время укрѣпить свою позицію. Ощущая невозможность передъ натискомъ новыхъ идей сохранять прежнее возрѣніе на государство, какъ на „помѣстье“ правящихъ лицъ, и на власть, какъ на одностороннее право властвующихъ, абсолютизмъ стремился спасти себя, взявъ на себя функцію общаго просвѣщеннаго благодѣтеля и руководителя. Отсюда всесторонняя „доброжелательная“ опека надъ гражданами: опираясь на провозглашаемую имъ свою священную обязанность заботиться о духовномъ и матеріальномъ благѣ подданныхъ, абсолютизмъ стремится проникнуть во всѣ уголки общественной и частной жизни со своимъ контролемъ и регламентаціей. Наиболѣе яркимъ теоретикомъ такого сочетанія естественнаго права съ идеей полицейскаго государства является, какъ извѣстно, Вольфъ, а свое наиболѣе полное практическое осуществленіе оно нашло въ Прусскомъ Земскомъ Уложеніи 1794 г.¹⁾

Но, разумѣется, такой союзъ не могъ оказаться прочнымъ. Развивающаяся жизнь вовсе не хотѣла попасть изъ „огня“ старыхъ феодальныхъ ограниченій въ „полюмя“ новой монархической опеки. Абсолютизмъ отжилъ свой вѣкъ, и въ естественномъ правѣ взяло верхъ то теченіе, которое провозгласило верховнымъ сувереномъ волю народа, *volonté générale*, а системъ правительственной опеки противопоставило декларацію свободъ, декларацію правъ чело-вѣка и гражданина.

Однако, провозглашеніе этихъ свободъ отнюдь не обозначало еще въ устахъ дѣятелей Великой революціи признанія того, что государственная власть и принципиально въ чемъ-либо ограничена. Напротивъ, съ практическимъ индивидуализмомъ у нихъ соединялась мысль объ абсолютномъ верховенствѣ народа, о неограниченности народной воли по отношенію къ индивиду. Всѣ деклараціи правъ были направлены противъ органовъ власти,

¹⁾ Ср. Еллинекъ. Право современного государства. Рус. пер. подъ ред. Гессена и Шалланда. 1903, стр. 155—156.—Нужно, впрочемъ, отмѣтить, что въ вопросъ о религиозной свободѣ Прус. Зем. Уложеніе провозглашаетъ принципъ государственнаго невмѣшательства (II, Tit. 11, §§ 1—5).

но не противъ самой власти, не противъ власти народа; всѣ онѣ имѣли своей цѣлью гарантировать свободу политическую, а не свободу индивидуальную. Въ дѣлѣ устроения общественной жизни народная воля не имѣетъ никакихъ границъ; противъ нея индивидъ не имѣетъ никакихъ правъ — ни духовныхъ (воля народа можетъ даже установить обязательную религію), ни матеріальныхъ (собственность есть только уступленное государствомъ пользование). Короче—абсолютизмъ монарха былъ лишь замѣненъ абсолютизмомъ народа. „Общая воля“ народа была снабжена всею непререкаемостью и непогрѣшимостью абсолютнаго разума, а признанное ею „общее благо“—само собою разумѣющеюся, абсолютною этической цѣнностью.

Таково было разрѣшеніе нашей проблемы, восторжествовавшее къ концу XVIII вѣка. Однако, оно было далеко не единственнымъ и далеко не обшимъ въ доктринахъ естественнаго права. Рядомъ съ этимъ абсолютистическимъ (въ описанномъ смыслѣ) теченіемъ уже сравнительно рано появилось другое теченіе, которое идетъ дальше и отрицаетъ неограниченность государства по отношенію къ индивиду, которое, напротивъ, признаетъ, что индивидъ даже по отношенію къ государству имѣетъ извѣстныя неотъемлемыя права. Индивидуалистическая тенденція достигаетъ здѣсь, такимъ образомъ, своего еще болѣе высокаго напряженія.

Зародилось это теченіе прежде всего въ борьбѣ за религиозную независимость, и первымъ правомъ, которое стали провозглашать неотъемлемымъ, было право на свободу религиознаго исповѣданія¹⁾. Свое первое практическое выраженіе нашло это теченіе въ англійскихъ билляхъ о религиозной свободѣ, но главнѣе всего въ нѣкоторыхъ американскихъ декларацияхъ правъ. Наиболѣе раннее теоретическое обоснованіе это направленіе получило у Локка. Согласно ученію этого послѣдняго, индивидъ уже отъ природы имѣетъ извѣстныя права, безъ которыхъ онъ существовать не можетъ; создавая общественнымъ договоромъ государство и власть, онъ отнюдь не отрывается отъ этихъ правъ: напротивъ, самое государство и самая власть создаются лишь для лучшей охраны этихъ природенныхъ и неотъемлемыхъ правъ. Поэтому государство должно ограничиваться исключительно этой охраной; выходя за эти предѣлы, государство нарушаетъ свое естественное назначеніе. На этомъ основаніи Локкъ, въ прямую противоположность Гоббсу или Руссо, отрицалъ всякое вмѣшательство госу-

¹⁾ Ср. Елланекъ. Декларация правъ челоѣка и гражданина. Изд. Библиотеки для самообразованія. 1905.

дарства въ область вѣры; на этомъ же основаніи онъ объявилъ неприкосновеннымъ и право собственности.

Идеи Локка нашли себѣ въ теченіе дальнѣйшаго времени горячій откликъ какъ въ Англии, такъ и на континентѣ. Подкрѣпленные затѣмъ экономическимъ направленіемъ Адама Смита и его послѣдователей, онѣ создали мощное теченіе, въ рядахъ котораго красуются Бентамъ, Кантъ, В. Гумбольдтъ, Дж. Ст. Милль, Спенсеръ и многіе другіе.

Такимъ образомъ, воззрѣнію абсолютистическому было противопоставлено воззрѣніе индивидуалистическое (въ этомъ новомъ смыслѣ) или либеральное; юридическому трансперсонализму былъ противопоставленъ юридическій персонализмъ. Если, какъ мы видѣли, въ концѣ XVIII вѣка, въ эпоху Великой революціи, торжествовало первое, то, напротивъ, въ теченіе первой половины XIX вѣка возобладало второе. Идея государственнаго невмѣшательства, идея „laissez faire, laissez passer“ опредѣляла, какъ извѣстно, всю внутреннюю политику европейскіхъ государствъ. Но затѣмъ наступила снова реакція¹⁾. Все громче и громче стали раздаваться голоса противъ крайностей индивидуализма и противъ идеи невмѣшательства; въ разнообразныхъ социологическихъ, историческихъ и экономическихъ ученіяхъ роль личности стала сводиться къ нулю; общество, масса становились центромъ вниманія, а „общее благо“ — верховнымъ критеріемъ права и нравственности²⁾. Идея неотъемлемыхъ правъ стала терять свой кредитъ въ глазахъ философовъ и государствовѣдцевъ; о границахъ государственной власти надъ индивидомъ они готовы были говорить развѣ лишь въ смыслѣ добровольнаго самоограниченія государства. Человѣческая личность стала совершенно откровенно низводиться на степень простаго средства въ рукахъ общества. „Какъ бы ни протестовалъ индивидъ противъ такого принудительнаго обращенія его въ средство, какъ бы ни защищала его индивидуалистическая философія,—общество всегда такъ поступало и всегда будетъ поступать, пока не утратитъ инстинкта самосохраненія“³⁾. Такія и подобныя изреченія стали все чаще и чаще провозглашаться, какъ нѣкоторая неопровержимая социальная аксіома.

¹⁾ Ср. Новгородцевъ. Кризисъ современнаго правосознанія. 1909.

²⁾ Ср. Beudant. I. cit. p. 276. „Au nom de la Volonté générale ici, là de l'utilité, ailleurs de l'expérience, plus loin de l'évolution, la fête de la science moderne, en d'autres termes au nom du prétendu droit social sous ses diverses formes, le parti dominant considère, que l'homme lui appartient tout entier et prétend imposer comme loi au monde la conception qu'il a de la société et de l'ordre idéal“.

³⁾ Шершеневичъ. Общая теорія права. 1910, стр. 148.

И тѣмъ не менѣе, несмотря на всѣ эти явленія, противоположное течение не исчезло: идея самоцѣльности человѣческой личности и ея неотъемлемыхъ правъ не погибла. Индивидуализмъ остается виднымъ факторомъ современной жизни, — настолько, что многимъ и донинѣ онъ кажется господствующимъ. И чѣмъ сильнѣе на него нападки, тѣмъ болѣе рѣзкую форму пріобрѣтаетъ и его защита. Именно не чѣмъ инымъ, какъ такою крайнею, рѣзкою формой протеста является анархизмъ. Если съ одной стороны откровенно заявляютъ, что общество всегда будетъ „принудительно обращать индивида въ средство“, то неудивительно, если съ другой стороны въ отвѣтъ на это раздается полное отрицаніе всякаго государства и всякой власти: „если такъ, если вообще такова природа государства, то, очевидно, оно есть огромное зло; если такъ, то не надо намъ никакого государства; долей государство, и да здравствуетъ абсолютно-свободная личность!“ И естественно ожидать, что чѣмъ сильнѣе будутъ крайности въ одномъ направленіи, тѣмъ сильнѣе онѣ будутъ и въ другомъ. Линіи тяготѣнія будутъ расходиться все дальше и дальше а вмѣстѣ съ тѣмъ и вся общественная жизнь будетъ терять свою устойчивость. Теза и антитеза даны самой общественной жизнью, но для сохранения ея устойчивости и правильности, очевидно, необходимъ какой-то синтезъ. И думается, что сама жизнь постепенно, но неуклонно намѣчаетъ этотъ синтезъ.

Какъ было упомянуто выше, первое отчетливое формулированіе идеи о предѣлахъ государственнаго вмѣшательства произошло на почвѣ вопроса о свободѣ религіознаго исповѣданія, т.-е. именно въ той области, которая является центромъ всего духовнаго бытія человѣческой личности: эту сторону нужно было отстоять человѣку прежде всего. Но къ этому вопросу первыми теоретиками неотъемлемыхъ правъ (Локкомъ и др.) были присоединены и вопросъ о неприкосновенности собственности, вслѣдствіе чего данное направленіе стало проповѣдью государственнаго невмѣшательства и во всю область экономическихъ отношеній. Въ силу историческихъ условий это послѣднее требованіе въ XVII и XVIII вѣкахъ соотвѣтствовало прогрессивнымъ стремленіямъ времени: въ эпоху борьбы за религіозную свободу оно поддерживало борющихся противъ экономического давленія со стороны католической государственной власти; въ эпоху просвѣщеннаго абсолютизма оно выступало противъ всепроникающей правительственной опеки. Но затѣмъ, какъ мы знаемъ, положене вещей радикально измѣнилось: въ теченіе XIX столѣтія именно эта сторона ученія стала противо-

рѣчить требованіямъ жизни и вызывать къ себѣ отрицательное отношеніе. Признать принципъ государственнаго невмѣшательства въ область экономическихъ отношеній, признать принципъ неприкосновенности собственности и абсолютной свободы договоровъ,—значило бы совершенно отказаться отъ надежды когда-нибудь справиться съ растущими социальными неурядицами. Съ этимъ примириться было невозможно, и такъ какъ проповѣдь невмѣшательства обосновывалась идеей неотъемлемости права собственности, то была поведена атака на самую идею неотъемлемыхъ правъ: право собственности не есть неотъемлемое право личности, такъ какъ вообще никакихъ неотъемлемыхъ правъ не существуетъ.

Между тѣмъ такая постановка вопроса заключаетъ въ себѣ несомнѣнный логическій скачокъ. Возможно, что право собственности не есть неотъемлемое право, но это не значитъ еще, что и вовсе никакихъ неотъемлемыхъ правъ нѣтъ. Какъ это часто бываетъ съ теоріями, ученіе о неотъемлемыхъ правахъ личности, выросшее въ извѣстной исторической обстановкѣ, могло при самомъ своемъ появленіи на свѣтъ вмѣстѣ со своимъ чистымъ росткомъ вынести и случайные историческіе придатки. Отрицать вмѣстѣ съ этими случайными придатками и здоровый стержень идеи было бы, конечно, совершенно неправильно; надо, напротивъ, взглянуть внимательнѣе и отдѣлать одно отъ другого. И думается, что, въ то время какъ въ сферахъ отвлеченной мысли ведутся указанные теоретическіе споры, реальная жизнь незамѣтно производитъ работу отбора. Если въ области экономическихъ отношеній все болѣе и болѣе усиливается активное вмѣшательство государства, то, напротивъ, въ старомъ вопросѣ о свободѣ религіознаго исповѣданія торжествуетъ противоположный принципъ — принципъ свободы и неприкосновенности. Современный правопорядокъ какъ будто все опредѣленнѣе и опредѣленнѣе проникается началомъ: „воздайте Божіе Богови, а кесарево кесареви“.

И дѣйствительно, въ огромномъ спорѣ между личностью и обществомъ, думается, надо рѣзко различать двѣ совершенно несродныя части спорной территоріи: съ одной стороны, внутреннюю, духовную жизнь человѣка, имѣющую своимъ кульминационнымъ пунктомъ его религіозное исповѣданіе, а съ другой стороны, отношенія внѣшняго, главнымъ образомъ экономического порядка. Первые, духовные, интересы составляютъ самое содержаніе, самую сущность человѣческой личности,—то, что даетъ ей ощущеніе ея подлиннаго „я“, и отъ чего она не

может отказаться, не переставая быть самой собою. Вот почему религиозныя и нравственныя убѣждения способны бросить маленькую горсть людей, даже одного единственнаго человѣка, на самую рѣшительную борьбу съ огромнымъ обществомъ, со всемогущимъ государствомъ. Вотъ почему самый вопросъ о неотъемлемыхъ правахъ личности былъ поставленъ впервые именно въ этой области. Разъ государственное или общественное вмѣшательство грозитъ сломать въ человѣкѣ его самое цѣнное, грозитъ убить самую его духовную сущность, нѣтъ ничего удивительнаго, если онъ приметъ рѣшеніе или отстоять себя или погибнуть. Чѣмъ болѣе растеть человѣческое самосознаніе, тѣмъ болѣе растеть и цѣнность духовной свободы. Борьба личности за свои права является, такимъ образомъ, въ этой области борьбой за свободное цѣлополаганіе, за нравственную свободу. Человѣкъ хочетъ свободно искать Бога и его правды, ибо только свободно признанный Богъ есть Богъ; принудительно навязаннымъ можетъ быть только идолъ ¹⁾).

Иное дѣло блага вишія, матеріальныя. Даже совершенно исключительными поклонниками ихъ они всегда разсматриваются лишь какъ средство для удовлетворенія какихъ-то другихъ потребностей, для осуществленія какихъ-то другихъ цѣлей. Даже для самаго некультурнаго дикаря они не имѣютъ характера самоцѣнности. Вслѣдствіе этого дѣятельность человѣка, направленная на ихъ пріобрѣтеніе, легче поддается регламентированію извнѣ: такое регламентированіе или вовсе не затрагиваетъ духовной жизни человѣка или же затрагиваетъ только косвенно, то затрудняя, то облегчая ее. Поэтому, если соображенія матеріальнаго характера и привлекаются иногда къ вопросу о правахъ личности, какъ это было въ старой индивидуалистической доктринѣ, проповѣдывавшей неприкосновенность собственности, то лишь потому, что въ обезпеченіи экономической свободы отъ государства усматривали наиболѣе вѣрное средство для обезпеченія свободы духовной. Но, во-первыхъ, экономическая свобода есть лишь одно изъ средствъ, которое можетъ быть замѣнено какимъ-нибудь другимъ; а, во-вторыхъ, при извѣстныхъ условіяхъ оно можетъ стать и вовсе излишнимъ. Эти условія наступаютъ, когда духовная свобода личности не бу-

¹⁾ Cp. I. Cruet. La vie du droit et l'impuissance des lois. 1908. p. 222. „Dans le domaine religieux, intellectuel ou moral, l'impératif ou la conscience sociale vient se heurter à l'impératif de la conscience privée; la puissance des lois s'arrête devant la souveraineté de la personne sur elle-même, car si l'on trouve, quelque part la souveraineté, ce n'est pas dans l'Etat, c'est dans l'individu“.

деть вовсе угрожаема, а это случится тогда, когда все общество проникнется непоколебимымъ уваженіемъ къ этой свободѣ, когда даже правящее большинство научится умѣрять себя въ интересахъ меньшинства. Вслѣдствіе этого вопросъ объ усиленіи или ослабленіи государственной регламентаціи въ области экономическихъ отношеній является не столько вопросомъ логики или права, сколько вопросомъ общественной психологіи. Чѣмъ больше будетъ вѣры въ безопасность духовнаго существованія личности отъ всякихъ покушеній со стороны окружающаго общества, тѣмъ меньше будетъ протестовъ противъ экономического „обобщественія“, и наоборотъ: чѣмъ громче будутъ раздаваться ученія о томъ, что человѣкъ только средство для цѣлей общества, чѣмъ беззащитнѣе будетъ вести себя большинство по отношенію къ меньшинству, тѣмъ болѣе личностъ будетъ недовѣрчиво настороживаться и отмежевываться ¹⁾.

Едва ли кто-нибудь станетъ утверждать, что въ настоящій моментъ исчезли всѣ основанія для описанныхъ опасеній личности: многія явленія современности, къ сожалѣнію, имѣютъ еще въ этомъ смыслѣ слишкомъ тревожный характеръ. Но человѣческая культурность, конечно, будетъ прогрессировать, а вмѣстѣ съ нею будетъ расти и довѣріе. Вслѣдствіе этого дальнѣйшая эволюція права можетъ рисоваться въ слѣдующемъ видѣ: съ одной стороны, постепенное, но неуклонное возрастаніе духовной свободы человѣка, а, съ другой стороны, все большее и большее солидаризированіе и сплоченіе въ экономической области; „индивидуализированіе“—тамъ, „обобщественіе“—здѣсь.

Этими двумя основными линиями опредѣляется и общее движеніе современнаго гражданскаго права. Конечно, гражданское право стоитъ вдали отъ вопроса о религиозной свободѣ, свободѣ мысли и т. д.; но интересы духовной личности человѣка не исчерпываются только ими. Помимо этихъ большихъ и кульминационныхъ интересовъ, мы имѣемъ цѣлый рядъ другихъ, не менѣе интимныхъ,

¹⁾ Cp. B. Jacob. La crise du libéralisme (въ Revue de métaphysique et de morale. 1903. p. 119). „La société socialiste que les uns espèrent, que les autres redoutent et que presque tous prévoient, ne pourra s'établir ou du moins se mentalement que si elle est préparée par un relèvement tout à fait décisif de la moralité commune. Elle deviendra tout de suite la plus tyrannique et la plus odieuse des formes connues de société et périra sous la révolte générale, si elle ne se compose de citoyens passionnés pour le droit, non moins décidés à respecter la liberté d'autrui qu'à défendre leur liberté propre et même capables d'affronter les plus grands risques personnels pour protéger contre toute tentative d'impieusement l'indépendance de ceux qui ne pensent ni n'agissent comme la majorité“.

интересовъ чловѣческаго духа, которые требуютъ своего признанія и защиты. И вотъ съ борьбой за эти интересы мы встрѣчаемся въ современномъ гражданскомъ правѣ многократно. Различные отдѣльные ручейки этой борьбы, сливаясь вмѣстѣ, даютъ въ немъ опредѣленное и яркое течение. — Съ другой стороны, какъ мы уже говорили, вопросъ о полномъ „обобществленіи“ экономическихъ отношеній составляетъ пока только проблему. Тѣмъ не менѣе уже теперь можетъ быть констатированъ цѣлый рядъ сдвиговъ въ сторону большей солидаризаціи. Существованіе этихъ двухъ основныхъ теченій при поверхностномъ взглядѣ можетъ создавать впечатлѣніе противорѣчивости и дисгармоніи; въ дѣйствительности же мы имѣемъ въ немъ явленіе развивающейся социальной гармонизаціи.

Было бы, однако, ошибочно думать, что развитіе права въ обихъ этихъ направленій совершается прямолинейно и безъ колебаній. Мы увидимъ въ дальнѣйшемъ немало отступленій и ложныхъ шаговъ современнаго законодательства. Но причины этихъ ложныхъ шаговъ двоякаго рода. Съ одной стороны, онѣ коренятся иногда въ неправильныхъ социально-этическихъ предпосылкахъ, а, съ другой стороны, иногда въ неправильномъ подборѣ средствъ: сплошь и рядомъ къ правильно поставленной цѣли пытаются идти неправильнымъ путемъ. Ошибки и въ томъ и въ другомъ смыслѣ при нынѣшнемъ состояніи нашей науки вполнѣ понятны: цивилистическіе вопросы въ подобномъ освѣщеніи едва только начинаютъ разрабатываться; необходимость „политики гражданскаго права“ или „цивильной политики“, правда, была признана уже довольно давно, ¹⁾ но сдѣлано для ея созданія, въ дѣйствительности, пока лишь очень немного.

Однако, какъ бы ни было велико количество подобныхъ ложныхъ шаговъ, они не въ состояніи измѣнить общихъ тенденцій развитія: повинувась нѣкоторому общему закону чловѣческаго прогресса, право будетъ идти неуклонно впередъ, стремясь къ

¹⁾ На этомъ въ особенности настаивалъ Л. I. Петражицкій, какъ въ своихъ нѣмецкихъ, такъ и въ своихъ русскихъ произведеніяхъ. См. его „Furchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten“, „Die Lehre vom Einkommen“ т. II. Anfang, „Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы“ и др.—Нужно, впрочемъ, отмѣтить, что идея политики гражданскаго права была далеко не чужда и предыдущей литературѣ. Не чѣмъ инымъ, въ частности, какъ именно нѣкоторымъ опытомъ „цивильной политики“, было извѣстное произведеніе Бентама „Traité de législation civile et pénale“ (Publiées en français par Dumont. Paris. 1802) въ той его части, которая излагаетъ „Principes du code civil“ и гдѣ, между прочимъ, даже предвосхищается „мотивационная“ идея Л. I. Петражицкаго (р. 95 и сл. „La bonté des lois dépend de leur conformité avec l'attente générale“ и т. д.).

своей конечной цѣли—солидарности свободныхъ личностей.

Съ этой точки зрѣнія мы и пересмотримъ въ дальнѣйшемъ важнѣйшія проблемы гражданскаго права. Мы попытаемся произвести то, что Тардъ назвалъ „централизацией противорѣчій“ (centralisation des contradictions), т.-е. попытаемся подмѣтить въ юридическихъ разногласіяхъ борьбу подпочвенныхъ этическихъ теченій, встрѣчное вліяніе различныхъ тенденцій; мы попытаемся также проанализировать тѣ средства, которыя для той или иной цѣли избираются. Но, разумѣется, нашъ пересмотръ не можетъ быть ни полнымъ, ни детальнымъ: предстоящая намъ задача, чрезвычайно трудная уже сама по себѣ, затрудняется еще въ особенности желаніемъ сдѣлать изложеніе доступнымъ и для неспеціалистовъ. Въ виду этого придется концентрировать вниманіе на самомъ существенномъ и во многихъ случаяхъ рисовать схематически.

Проблема определенности права и вопрос о так называемом свободном судебном правотворении ¹⁾.

Одно из первых и самых существенных требований, которые предъявляются к праву развивающейся человеческой личностью, является требование определенности правовых норм. Если каждый отдельный человек должен подчиняться праву, если он должен приспособлять свое поведение к его требованиям, то очевидно, что первым условием упорядоченной общественной жизни является определенность этих требований. Всякая неясность в этом отношении противоречит самому понятию правопорядка и ставит человека в весьма затруднительное положение: неизвестно, что исполнять и к чему приспособляться. И естественно, что čím больше развивается индивидуальная самостоятельность, čím больше растет эта потребность в определенности права. Пока гражданско-правовая жизнь течет вяло, движима инерцией изстарившегося порядка, пока индивидуальное творчество в этой области еще не играет заметной роли, до тех пор известная неясность или неопределенность правовых норм не дает себя больно чувствовать. Но дѣло рѣшительно мѣняется съ того момента, когда возникает потребность в большей личной энергii и въ большей личной инициативѣ: тогда определенность права становится непрѣмѣнным условиемъ этихъ послѣднихъ, становится вопросомъ самой личности. Индивидъ, поставленный лицомъ къ лицу съ обществомъ, государствомъ, имѣетъ право требовать, чтобы ему было этимъ послѣднимъ точно указано, чего отъ него хотятъ и какія рамки ему ставить. Логически это право на определенность правовыхъ

¹⁾ Ср. Покровскій. Гражданскій судъ и законъ. „Вѣстникъ Права“, 1905, кн. 1; Естественно-правовыя теченія въ исторii гражданского права. Спб. 1909; „Прагматизмъ“ и „релятивизмъ“ въ правосудii. „Вѣстникъ гражданского права“ 1916, кн. 5. — Общій обзоръ новѣйшихъ ученiй по этому вопросу см. также въ посмертномъ изданiи, къ сожалѣнiю, несовершеннаго труда А. В. Завадскаго. Къ ученiю о толкованii гражданскихъ законовъ. Казань. 1916.

нормъ есть одно изъ самыхъ неотъемлемыхъ правъ человеческой личности, какое только себѣ можно представить; безъ него, въ сущности, вообще ни о какомъ „правѣ“ не можетъ быть рѣчи ¹⁾.

И дѣйствительно, мы видимъ, какъ въ исторii каждого народа эта тенденцiя къ неопределенности права неуклонно растетъ. Намъ приходилось уже упомянуть о томъ, какъ подъ влиянiемъ этой тенденцiи зарождается законодательство и какъ оно постепенно оттѣсняетъ старое обычное право. Та же тенденцiя сказывается и во всѣхъ кодификационныхъ движенiяхъ: всякое развитое общество стремится имѣть право ясное, точное, сформулированное въ единомъ компактномъ кодексѣ. Законность, исключаящая возможность какого бы то ни было произвола, дѣляется непрѣмѣннымъ предположенiемъ всякаго культурнаго общества.

Однако, осуществленiе этого начала законности наталкивается на нѣкоторыя весьма серьезныя затрудненiя, и на почвѣ этихъ затрудненiй возникаетъ въ области гражданского права слѣдующiй чрезвычайно трудный вопросъ.

Законъ не дѣйствуетъ механически; для своего осуществленiя въ жизни онъ нуждается въ живомъ посредникѣ, который примѣнитъ его къ конкретнымъ случаямъ. Такимъ посредникомъ является судъ. Но судъ не есть простой счетный или логическiй механизмъ, онъ также имѣетъ свой разумъ и свои убѣжденiя о справедливомъ и должномъ, и вотъ для права возникаетъ крупнѣйшая проблема: каково должно быть принципиальное отношенiе судьи къ закону—долженъ ли онъ всегда и при всѣхъ условiяхъ быть только истолкователемъ и примѣнителемъ закона или же передъ лицомъ конкретной жизни ему должна быть предоставлена болѣе самостоятельная и болѣе творческая роль?

Вопросъ этотъ приобретаетъ особенное практическое значенiе и остроту въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ ощущается, какъ норма несправедливая, или когда онъ оставляетъ неясности и пробѣлы. Законъ, вообще справедливый, можетъ въ силу тѣхъ или иныхъ особенныхъ условiй оказаться для деннаго конкретнаго случая несправедливымъ. Законъ, какъ бы совершененъ онъ ни былъ въ моментъ своего изданiя, съ теченiемъ времени, при измѣнившихся обстоятельствахъ, можетъ даже вообще превратиться въ сплошную несправедливость. Законъ, далѣе, какъ и всякое дѣло рукъ человеческихъ, часто страдаетъ пороками—пороками мысли

¹⁾ Ср. J. Cruet. La vie du droit. p. 287: „L'individu se trouve avec l'Etat en un tête-à-tête redoutable à la liberté, lorsqu'il n'y pas entre eux un texte de loi explicite et un juge indépendant“.

или пороками редакции. Наконец, всякое законодательство, даже самая пространный кодификация, нерѣдко обнаруживаетъ пробѣлы — часто просто потому, что въ моментъ своего изданія законъ еще не имѣлъ передъ собой тѣхъ жизненныхъ явленій, которыя развернулись впоследствии.

Какъ быть во всѣхъ случаяхъ этого рода? Долженъ ли судья, несмотря на все это, все же обращать свой взоръ исключительно къ закону и при помощи такихъ или иныхъ приемовъ извлекать изъ него его скрытую или предполагаемую волю; долженъ ли онъ примѣнять законъ даже тогда, когда это примѣнение приводитъ *in concreto* къ явной несправедливости? Или же, напротивъ, суду должно быть предоставлено болѣе свободное положение, должно быть предоставлено право болѣе свободного истолкованія, восполненія и даже исправленія закона, сообразно требованиямъ справедливости и вѣлѣнїямъ судейской совѣсти?

Такова проблема, которая стоитъ передъ гражданскимъ правомъ съ той поры, какъ вообще появился законъ. Она создается, такимъ образомъ, не тѣмъ или другимъ временемъ, а, такъ сказать, самой природой вещей, вытекаетъ изъ самой наличности закона и суда.

Проблема эта давала себя чувствовать уже въ античномъ мїрѣ въ правовой исторіи Греціи и Рима¹⁾. Стоитъ она все время и передъ новыми народами, начиная отъ эпохи ранняго средне-вѣковья, отъ того момента, до котораго только можетъ проникнуть нашъ историческій взглядъ. При этомъ въ исторіи западно-европейскаго права могутъ быть отмѣнены периодическія колебанія въ разрѣшеніи этой проблемы. Есть моменты, когда жизнь и юриспруденція требуютъ строгаго и неуклоннаго подчиненія судьи закону, полнаго воздержанія его отъ всякой оцѣнки и исправленія закона, сообразно своимъ представленіямъ о справедливости; и есть, съ другой стороны, эпохи, когда торжествуетъ тенденція противоположная: судья предоставляется право не только широкаго толкованія закона, но даже и его исправленія *in concreto*. При этомъ смѣна этихъ эпохъ находится въ извѣстной зависимости отъ паденія или повышенія естественно-правового настроенія: чѣмъ сильнѣе отрицательное отношеніе къ позитивному праву, чѣмъ распространѣннѣе вслѣдствіе этого симпатія къ праву естественному, тѣмъ больше у судовъ склонности признавать справедливость (*aequitas*, которая отождествляется съ *jus naturale*)

¹⁾ См. L. Wenger. Antikes Richterkönigtum, статья въ „Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allg. Bürg. Gesetzbuchs“. 1911.

непосредственнымъ источникомъ права, способнымъ восполнять и даже исправлять положительный законъ¹⁾.

XVIII вѣкъ, какъ сказано, былъ вѣкомъ наибольшаго подъема этого естественно-правового настроенія. Пестрота положительнаго права и его отсталость отъ требованій жизни, выросшей уже изъ рамокъ стараго феодальнаго строя, въ высокой степени способствовала установленію чрезвычайно свободнаго представленія судовъ о своей роли. Подъ видомъ восполненія закона суды охотно при рѣшеніи конкретныхъ случаевъ проводили въ жизнь то, что имъ казалось вытекающимъ изъ принциповъ естественнаго права.

Конечно, такимъ путемъ достигалось, въ извѣстной мѣрѣ, при-способленіе стараго права къ новымъ условіямъ жизни, но, съ другой стороны, такая широкая свобода судовъ приводила къ развитію безграничнаго судейскаго субъективизма, къ самымъ произвольнымъ рѣшеніямъ и вмѣстѣ съ тѣмъ къ еще болѣшему усилению той неопредѣленности права, отъ которой вообще страдалъ XVIII вѣкъ. Эта послѣдняя сторона обострилась настолько, что чѣмъ далѣе, тѣмъ сильнѣе стали раздаваться жалобы на произволъ судовъ и на хитросплетенія юристовъ, и къ концу вѣка окрѣпла тенденція усилить зависимость судовъ отъ закона, устранить возможность судейскаго субъективизма, даже если бы для этого понадобилось лишить ихъ права толкованія вовсе. Эта тенденція сказалась одинаково во всѣхъ руководящихъ государствахъ континентальной Европы.

Въ Пруссіи Фридрихъ Великій, исходя изъ представленія о томъ, что изясненіе смысла законовъ принадлежитъ исключительно законодательной власти, указомъ 14 апр. 1780 г. учредилъ особую комиссію законовъ и, воспретивъ отдѣльнымъ судамъ самостоятельное толкованіе, повелѣлъ въ случаяхъ сомнѣній обращаться съ запросами въ эту комиссію. Этотъ порядокъ вошелъ затѣмъ и въ Прусское Земское Уложеніе (§ 46 и § 47 введенія). Но онъ скоро оказался совершенно неисполнимымъ и указомъ 8 марта 1798 г. былъ отмѣненъ. Судамъ предписывалось теперь рѣшать всегда на основаніи общихъ правилъ толкованія, съ тѣмъ, однако, чтобы обо всѣхъ встрѣтившихся неясностяхъ сообщалось министру юстиціи на предметъ будущаго законодательства (Anhang § 2 къ § 47 Прус. Уложенія). Послѣднее предписаніе, впрочемъ, осталось мертвой буквой²⁾.

¹⁾ См. Покровскій. Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданскаго права. Спб. 1909.

²⁾ Dernburg. Preuss. Privatrecht. Bd. I. S. 15.

Точно также и во Франции въ эпоху революціи законъ 24 авг. 1790 г. предписалъ судамъ обращаться къ законодательному собранію „toutes les fois, qu'ils croiraient nécessaire d'interpréter celui“. Но и здѣсь это правило оказалось невыполнимымъ, и въ Code Napoléon былъ включенъ § 4, воспрещающій судамъ останавливать производство подъ предлогомъ молчанія, темноты или недостаточности закона, вслѣдствіе чего имъ естественно возвращалось и право толкованія.

Равнымъ образомъ, въ Австріи § 26 Йозефинскаго кодекса 1786 г. предписывалъ, въ случаяхъ сомнѣнія, обращаться къ монарху. Однако, въ проектѣ Мартини вопросъ ставится иначе: такъ какъ высшимъ источникомъ всякаго права является естественное право, то для восполненія пробѣловъ судья можетъ обращаться къ этому послѣднему¹⁾. Отсюда нынѣшній § 7 Австрійскаго Уложения: „Если случай не можетъ быть рѣшенъ ни на основаніи текста, ни на основаніи естественнаго смысла закона, то слѣдуетъ принять во вниманіе подобныя, въ законахъ опредѣленно разрѣшенные, случаи, а также основанія другихъ родственныхъ законовъ. Если вопросъ все еще остается сомнительнымъ, то онъ, по тщательномъ соображеніи обстоятельствъ, долженъ быть рѣшенъ на основаніи естественныхъ принциповъ права (nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen)“. Такимъ образомъ естественно-правовые принципы сохраняютъ еще свое значеніе, хотя они поставлены здѣсь уже на самомъ послѣднемъ мѣстѣ; первенство отдается положительному закону и толкованіе крѣпче привязывается къ этому послѣднему.

Отрицательное отношеніе къ судебному толкованію, наконецъ, запоздалымъ образомъ сказалося и въ нашемъ Сводѣ Законовъ до судебной реформы 1864 г. Ст. 65 Осн. законовъ гласила: „Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія или распространенія. Всѣ безъ изыятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ, безъ доклада Императорскому Величеству, ни единой буквы и не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“. Ст. 52: „Въ случаѣ неясности или недостатка существующаго закона каждое мѣсто или правительство имѣетъ право и обязанность представлять о томъ по порядку своему началству. Если встрѣченное сомнѣніе не разрѣшается прямымъ смысломъ закона, тогда начальство

¹⁾ См. Weispacher. Naturrecht und das ABGB, S. 184 и сл. въ „Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allg. bürgerl. Gesetzbuchs“.

обязано представить Правительствующему Сенату или Министру по принадлежности... Ст. 10 Устава Гражд. Суд. отмѣнила этотъ порядокъ, запретивъ судамъ останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія закона.

Всѣ отмѣченныя крайности объясняются именно какъ реакція противъ произвольнаго оперированія судами съ понятіемъ справедливости или естественнаго права въ XVIII вѣкѣ. Когда же эти крайности отпали, когда судамъ было возвращено ихъ естественное право толкованія, въ теоріи твердо установились слѣдующія общія правила юридической герменевтики.

Судья свободенъ въ приемахъ для изясненія истиннаго смысла закона; не будучи связанъ его буквой, судья можетъ прибѣгать къ толкованію логическому: онъ можетъ дѣлать заключеніе объ истинномъ смыслѣ закона на основаніи его положенія среди другихъ нормъ (толкованіе систематическое), на основаніи его исторіи (толкованіе историческое) и преслѣдуемыхъ имъ цѣлей. Если при примѣненіи всѣхъ этихъ методовъ окажется, что слова закона шире или уже его подлиннаго смысла, судъ долженъ отдать предпочтеніе этому послѣднему (толкованіе ограничительное или расширительное). Если обнаружится, что данный случай не разрѣшается закономъ непосредственно, то надо принять въ соображеніе законъ аналогичный (аналогія закона); если и такого аналогичнаго закона нельзя найти, то необходимо обратиться къ общему смыслу или общему духу законодательства (аналогія права). Но во всякомъ случаѣ основнымъ принципомъ толкованія является правило, что только законъ можетъ быть источникомъ судебного рѣшенія. Только изъ закона, изъ его прямыхъ постановленій или изъ его общаго духа, судъ долженъ черпать нормы для своихъ приговоровъ, а отнюдь не изъ какою-нибудь естественнаго права или изъ общихъ представленій о справедливости, цѣлесообразности и тому подобныхъ, внѣ закона лежащихъ, инстанцій. Не только для исправленія закона, но даже и для восполненія его пробѣловъ всѣ эти внѣзаконныя инстанціи силы не имѣютъ. Въ этомъ съ особенной яркостью сказался разрывъ съ идеями старой естественно-правовой школы.

Почти все XIX столѣтіе живетъ подъ дѣйствіемъ этихъ интерпретаціонныхъ началъ. Они кажутся единственно правильными, единственно согласными съ самою сущностью, съ самымъ назначеніемъ закона. Но затѣмъ, сначала незамѣтно, а потомъ все сильнѣе и сильнѣе, начинаетъ обнаруживаться нѣкоторое новое, оппозиціонное теченіе.

XIX вѣкъ, какъ уже приходилось говорить, былъ вѣкомъ чрезвычайно интенсивной граждански-правовой жизни. Чуть не каждое десятилѣтiе создавало новые приемы въ промышленности и торговлѣ, а въ связи съ этимъ возникали и новые типы отношений, неизвѣстные не только источникамъ стараго (римскаго или германскаго) права, но даже и кодексамъ начала XIX вѣка. Со всѣми этими вновь возникающими отношенiями прежде всего, естественно, приходилось сталкиваться судамъ, и, конечно, ихъ положенiе въ случаяхъ подобнаго рода должно было оказываться чрезвычайно затруднительнымъ. Согласно изложеннымъ правиламъ, судья и здѣсь долженъ былъ искать рѣшенiя въ законѣ, межъ тѣмъ какъ было очевидно, что законъ этихъ отношенiй не предвидѣлъ и предвидѣть не могъ. Вслѣдствiе этого часто судамъ приходилось для мотивировки своихъ рѣшенiй ссылаться на такiе или иные параграфы закона, въ дѣйствительности никакого отношенiя къ дѣлу не имѣющие. Тяжесть положенiя особенно усиливалась, если приходилось примѣнять ясный, но устарѣлый и потому несправедливый законъ.

На этой почвѣ мало-по-малу среди юристовъ-практиковъ стало зрѣть настроенiе, враждебное не только къ указаннымъ, проповѣдуемымъ теорiей, интерпретаціоннымъ правиламъ, но и къ теорiи права вообще. Ее стали обвинять въ схоластицизмъ, въ оторванности отъ жизни, въ оперированiи съ одними абстрактными понятiями („Begriffsjurisprudenz“). Въ противовѣсъ развиваемымъ ею ученiямъ о сущности закона и объ отношенiи къ нему суда стало формулироваться новое ученiе, общая сущность котораго сводится къ слѣдующему.

Законъ, даже самый обширный, даже представляющiй весьма полную кодификацію, неизбѣжно имѣть пробѣлы, такъ какъ, несмотря на все свое старанiе, онъ не можетъ охватить всего безконечнаго разнообразiя житейскихъ отношенiй.

Законъ, даже самый совершенный, неизбѣжно отстаетъ отъ жизни: разъ изданный, онъ остается неподвижнымъ, межъ тѣмъ какъ жизнь идетъ непрерывно впередъ, творя новыя потребности и новыя отношенiя. Искать для этихъ новыхъ явленiй рѣшенiя въ старомъ законѣ, даже въ общемъ его духѣ,—значитъ либо насиловать жизнь, либо создавать изъ этихъ ссылокъ на законъ очевидную фикцію, недостойную высокаго положенiя суда.

Съ другой стороны, несмотря на всякiя ученiя о безусловномъ главенствѣ закона, въ дѣйствительности, судья никогда не былъ и никогда не можетъ стать простымъ механическимъ примѣнителемъ закона, логической машиной, автоматически выбрасывающей

свои рѣшенiя. Его дѣятельность всегда имѣетъ творческой элементъ, и игнорировать этотъ послѣднiй значитъ также создавать себѣ вредную фикцію, закрывать глаза передъ неустраимой реальностью. Законъ и судъ не двѣ враждебныя силы, а два одинаково необходимыхъ фактора юрисдикци. Оба они имѣютъ одну и ту же цель—достиженiе материально справедливаго; законъ для достиженiя этой цѣли нуждается въ живомъ дополненiи и сотрудничествѣ въ лицѣ судьи. И нечего бояться этой творческой дѣятельности судьи: судья въ не меньшей степени, чѣмъ законодатель, сынъ своего народа и своего времени и въ не меньшей степени носитель того же народнаго правосознанiя.

Постепенно распространяясь и усиливаясь, описанное настроенiе ко времени кодификационныхъ работъ конца XIX столѣтiя настолько овладѣло умами, что отразилось и на этихъ послѣднихъ.

Изъ прежняго, обычнаго ученiя о толкованiи для законодателя естественно вытекало требованiе по возможности все предусмотрѣть и все разрѣшить самому, не оставляя для судьи никакихъ неясностей и недомолвокъ; пробѣлы закона или его неопредѣленность мыслились только, какъ нѣчто возможное, но не должное. Съ точки зрѣнiя новыхъ представлений все это радикально мѣнялось. Законодатель могъ теперь умышленно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ему по тѣмъ или инымъ причинамъ точное опредѣленiе не давалось или было затруднительнымъ, выразить свою мысль въ общей, неопредѣленной формѣ, предоставивъ затѣмъ восполненiе подобнаго „каучуковаго параграфа“ свободному усмотрѣнiю суда. Этой возможностью воспользовались, дѣйствительно, въ широкомъ масштабѣ новѣйшіе кодификаторы.

Что именно такое расширенiе свободы судейскаго усмотрѣнiя составляетъ характерную черту Германскаго Уложенiя, это признается единодушно всѣми современными германскими цивилистами, причѣмъ многiе изъ нихъ именно эту его черту ставятъ ему въ особую заслугу.

Равнымъ образомъ на ту же позицію принципиально становятся и составители нашего проекта. Согласно предпосланному ими общему объясненiю, они положили въ основанiе проекта слѣдующія начала: 1) законъ прежде всего долженъ быть справедливымъ, 2) законъ долженъ стремиться къ достиженiю материальной, а не формальной правды и 3) законъ долженъ предоставлять возможно широкiй просторъ усмотрѣнiю суда, такъ какъ только при этомъ условiи могутъ быть въ каждомъ данномъ случаѣ опредѣлены отношенiя сторонъ на справедливыхъ основанiяхъ“.

Еще болѣе опредѣленно ту же тенденцію санкционируетъ новыи швейцарскій кодексъ, который въ своей ст. 1 даетъ слѣдующія правила для судебной дѣятельности: „Законъ примѣняется ко всѣмъ тѣмъ вопросамъ, для которыхъ онъ по буквѣ или толкованію содержитъ опредѣленіе. Если въ законѣ нельзя найти такого опредѣленія, то судья долженъ рѣшать на основаніи обычнаго права, а гдѣ и этого послѣдняго нѣтъ, то на основаніи такого правила, которое онъ, судья, установилъ бы, если бы былъ законодателемъ (nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde). При этомъ онъ долженъ слѣдовать принятому учению и традиціи (Erfolgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung)“.

Наконецъ, въ томъ же духѣ начинаютъ теперь и въ Австріи толковать вышеупомянутый § 7 Австрійскаго Уложения, параграфа, которому до сихъ поръ не придавали никакого значенія (по словамъ Унгерера, онъ былъ не чѣмъ инымъ, какъ лишь удовлетвореніемъ чисто теоретическихъ вкусовъ его авторовъ) и который теперь сопоставляютъ (даже отдавая порой предпочтеніе) со ст. 1 Уложения Швейцарскаго ¹⁾.

Поднятый заново всѣмъ этимъ движеніемъ вопросъ объ отношеніи суда къ закону, о расширеніи судейскаго усмотрѣнія и о такъ называемомъ свободномъ правѣ (Freies Recht) составляетъ въ настоящее время одинъ изъ самыхъ гучихъ вопросовъ гражданскаго права. Вокругъ этого вопроса выросла и продолжаетъ расти огромная литература. И кажется, что мы и здѣсь имѣемъ полное возвращеніе на тѣ же принципиальныя позиціи на которыхъ стояла эпоха естественнаго права.

Но есть ли это возвращеніе разрѣшеніе проблемы? Попытаемся прежде всего опредѣлить точнѣе область спора, такъ сказать, локализовать его.

Какъ было указано, часто даже самый ясный законъ, при примѣненіи его къ тому или другому конкретному случаю, въ силу особенностей этого случая или въ силу радикально измѣнившихся условій, можетъ оказаться несправедливымъ: извѣстно вѣдь изреченіе „summius jus summa injuria“. Спрашивается, можно ли въ такихъ случаяхъ предоставить судѣ право игнорировать этотъ ясный законъ и постановить свое рѣшеніе вопреки ему, на основаніи чувства справедливости или какихъ-либо иныхъ соображеній? Старые представители школы естественнаго права

¹⁾ См. Wellspacher. Naturrecht und das ABGB, S. 185, а также v. Scheu. Gesetzbuch und Richter. Статьи въ цитированномъ выше юбилейномъ сборникѣ.

на этотъ вопросъ часто отвѣчали безъ колебаній утвердительно: „sin vero aequitas juri scripto contraria videatur, secundum ipsam judicandum est“, читаемъ мы въ знаменитомъ Brachylogus, учебникѣ XII вѣка; „Potius est jus naturale quam principatus“, училъ извѣстный „комментаторъ“ Baldus. Идутъ ли такъ же далеко представители нынѣшняго направленія „свободнаго права“?

Да, есть между ними и такіе. Наиболѣе смѣлости и рѣшительности въ этомъ отношеніи обнаруживаютъ представители новѣйшаго юридическаго „прагматизма“ и „релятивизма“.¹⁾ Они откровенно низводятъ законъ до степени простого „литературнаго произведенія“, имѣющаго своимъ единственнымъ назначеніемъ поддерживать въ публикѣ иллюзію объективнаго и для всѣхъ равнаго правосудія. Они принципиально объявляютъ верховной правотворческой инстанціей „иррациональную“ природу судьи, передъ которой должны померкнуть всѣ „раціоналистическіе“ (а въ томъ числѣ и законодательные) критеріи.—Есть такіе, но—по крайней мѣрѣ, въ настоящій моментъ—огромное большинство сторонниковъ „свободнаго права“ въ самой энергичной формѣ отрицаются отъ подобныхъ идей. Они понимаютъ, что допустить свободу судейскаго усмотрѣнія contra legem значило бы въ корнѣ подорвать силу законодательства. Если бы всякій судья, движимый стремленіемъ къ „матеріальной, а не формальной правдѣ“, имѣлъ право критиковать и по своему усмотрѣнію примѣнять или не примѣнять законъ, тогда, очевидно, все законодательство лишилось бы своего властнаго значенія и оказалось бы поставленнымъ подъ контроль судовъ. Власть законодательная оказалась бы подчиненной власти судебной, даже въ лицѣ ея самыхъ низшихъ органовъ, судовъ первой инстанціи. Идти такъ далеко указанное большинство не рѣшается, хотя ученіе о томъ, что законъ есть не абсолютное вѣднѣе власти, а только извѣстная директива в суду, составляетъ довольно обычное положеніе въ ряду догматовъ теории „свободнаго права“. Во всякомъ случаѣ двусмысленность этого положенія устраняется торжественнымъ заявленіемъ представителей этого большинства о томъ, что направленіе „свободнаго права“ отнюдь не является „конспираціей съ цѣлью вызвать неповиновеніе законамъ“²⁾.

Такимъ образомъ, споръ между такъ называемой „традиціонной методой толкованія“ и главнымъ русломъ новаго теченія касается только случаевъ неясности или неполноты закона

¹⁾ См. объ этомъ мою вышеуказанную статью „Прагматизмъ“ и „релятивизмъ“.

²⁾ Radbruch. Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914, S. 198 Anm. II.

именно здесь суды должны быть освобождены от обязанности восходить по аналогии к мысли и воле закона; именно здесь им должна быть предоставлена свобода усмотрения и творчества.

Однако, первый вопрос, который при этом неизбежно возникает, заключается в следующем: если суду должна быть предоставлена свобода усмотрения, то о какой свободе здесь может быть речь? Должны ли мы допустить усмотрение субъективно-свободное? Должны ли мы признать, что, при неясности закона или наличности пробела в законодательстве, судья может решать, как ему лично угодно?

В этом пункте течение „свободного права“ разбивается на два рукава.

Одни из его представителей отвечают на заданный вопрос утвердительно: да, судья может черпать решение из своего субъективного правосознания или из своего правового чувства („aus dem subjektiven Rechtsgefühl“—Ehrlich, „aus Rechtsempfinden“—Fuchs, „nach seiner persönlichen Ueberzeugung“—Radbruch, „la recherche spontanée“—Van der Eyken и т. д.).

Возникающее при этом естественное опасение, что субъективно-свободное правосознание судьи легко может превратиться в субъективно-свободный произвол, пытаются парализовать возражением, что все равно никаких объективных гарантий против этой опасности найти нельзя, что весь вопрос заключается в надлежащем личном подборе судебного персонала. Сюда мы должны направить наше внимание и помнить, что не всякий, кто только изучил законы, уже способен занимать ответственное место судьи; для этой роли годятся лишь люди выдающихся интеллектуальных и моральных качеств. Так совершенно определенно ставит вопрос, напр., Эрлих, но вариации на эту тему мы находим в конце концов почти у всех. Однако, очевидно, что такое перенесение проблемы на личную почву едва ли способно дать разрешение указанного выше сомнения. Справедливо по этому поводу было замечено, что подобная постановка вопроса представляет в деле правосудия создание своего рода „культу героев“ („Rundstein—, „Romantik des Richterlichen Heroenkultus“). Общество дает только таких судей, которых оно может, и всякий судья, какой бы выдающейся личностью он ни был, неизбежно будет захвачен политическими, этическими и т. п. течениями своего времени. А при таких условиях субъективизм и партийность окажутся неизбежными атрибутами правосудия.

В виду этого другие — и таковых, повидимому, большинство—подобной субъективной свободой усмотрения не удовлетворяются. Установление ее, говорят они, обозначало бы санкционирование судебного произвола и, вместе с тем, судебной анархии. Оно позволяло бы каждому судье проводить на судебной трибуне свои личные взгляды, как бы экстравагантны они ни были. Оно вносило бы величайшую неопределенность в область гражданских отношений и делового оборота: люди не знали бы заранее, как будет разрешено то или другое правоотношение, как будет юридически оценена та или другая сделка. Оно вносило бы хаос в дело правосудия: один судья разрешал бы данное дело так, а другой—рядом— иначе. Если бы дело дошло до этого, тогда „свободное право“ принесло бы не улучшение, а весьма серьезное ухудшение. Ньтъ, если судам должна быть предоставлена большая свобода усмотрения, то лишь при том условии, если им может быть одновременно указано в виде руководства хотя и внзаконный, но все же такой или иной объективный критерий.

Но что может сыграть роль такого объективного критерия? Здесь направление „свободного права“ разбивается уже на множество отдельных, мелких потоков, перечислить которые едва ли даже есть возможность. Одним кажется достаточно объективным понятие справедливости („Billigkeit“, напр., Schmölder), другим понятие культуры („was die Kulturentwicklung fordert“—Brütt), третьим „природа вещей“, как система „объективных моральных ценностей“ („nature de choses“—Gény), Штаммлер предлагает в качестве руководства построенный им критерий социального идеала („Gemeinschaft der frei wollenden Menschen“) с его принципами „уважения“ и „участия“ („Grundsatz des Achtens“ и „Grundsatz des Theilnehmens“). Одни видят надежную пристань в общественном правосознании (Stampe, Kantorowicz), другие выставляют теорию взвешивания интересов („Interessenabwägung“) и т. д., и т. д. Чем больше разрастается литература „свободного права“, тем труднее дается обзорение этих потоков; к тому же все они в отдельности от взаимного трения мало-помалу утрачивают свою яркость и определенность; очевидно, все течение этого рукава пошло на какое-то мелкое песчаное место.

Здесь нтъ возможности останавливаться на подробном критическом пересмотре всех этих предлагаемых „критериев“; остановимся поэтому лишь на некоторых, особенно подкупающих с первого взгляда.

Подъ чрезвычайно симпатичнымъ флагомъ выступаетъ, прежде всего, теорія взвѣшиванія интересовъ: при всякомъ новомъ правоотношеніи, съ которымъ встрѣчается судья, онъ долженъ выяснитъ и оцѣнить сталкивающеяся интересы и отдать предпочтеніе болѣе достойному. Съ этой точки зрѣнія, напр., Салейль рисуеъ роль судьи, какъ роль нѣкотораго социального посредника, примирителя социальныхъ конфликтовъ. Но все это учение разбивается о естественный и логически неизбѣжный вопросъ: а гдѣ же мѣра для подобнаго взвѣшиванія, гдѣ критерій для оцѣнки коллизирующихъ интересовъ? Сама въ себѣ идея *Interessenabwägung* никакого критерія не заключаетъ.

Какъ будто больше определенности даютъ тѣ, которые полагаютъ руководиться общественнымъ правосознаніемъ. Но и эта определенность только мнимая. Выше мы говорили уже о томъ, что при современной классовой дифференціи общества по всѣмъ наиболее острымъ вопросамъ, которые именно вызываются вновь возникающими конфликтами, единства общественного правосознанія мы не найдемъ. Мы встрѣтимся только съ противоположностями: на одной сторонѣ правосознаніе рабочихъ, на другой—предпринимателей; на одной сторонѣ правосознаніе промышленниковъ, на другой — землевладѣльцевъ и т. д., и т. д. Примиреніе этихъ противоположностей возможно только или путемъ добровольнаго соглашенія сторонъ или путемъ властнаго закона, причѣмъ какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ случаяхъ примиреніе это состоится чаще всего не на почвѣ правосознанія однихъ или правосознанія другихъ, а на нѣкоторой третьей, средней нормѣ, которая, какъ таковая, будетъ чужда и однимъ и другимъ, являясь только нормой компромиссной. Какъ въ случаѣ войны только мирный договоръ опредѣлитъ дальнѣйшее взаимное отношеніе воюющихъ сторонъ, такъ же точно и во внутреннихъ социальныхъ конфликтахъ только указанный компромиссъ въ большинствѣ случаевъ опредѣлитъ самое „общественное правосознаніе“; до него мы будемъ имѣть дѣло только съ колебаніями и съ болѣе или менѣе неопредѣленными симпатіями отдѣльныхъ лицъ въ ту или другую сторону. При такихъ условіяхъ свободное „взвѣшиваніе интересовъ“ на основаніи „общественнаго правосознанія“ неминуемо превратится въ осуществленіе на судейской трибунѣ личныхъ симпатій и партійныхъ пристрастій. „Свободное судебное правотвореніе,—справедливо говоритъ *Rundstein* 1),—могло бы быть допущено только тогда, если бы социальное пра-

1) *Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins* въ „*Archiv f. bürgerl. Recht*“. Bd. 34, Heft. 1 (1909).

восознаніе дѣйствительно представляло собою какое-нибудь единство, если бы заимствованный изъ него масштабъ дѣйствительно могъ привести въ своемъ конкретномъ примѣненіи къ единообразнымъ оцѣнкамъ. Въ противномъ случаѣ борьба интересовъ окажется перенесенной и въ область правосудія, причѣмъ и въ немъ найдеть себѣ резонансъ преобладаніе группъ социально сильнѣйшихъ“. Вместо примиренія такое правосудіе привело бы, напротивъ, лишь къ обостренію социальныхъ конфликтовъ, а, вмѣстѣ съ тѣмъ, во всѣхъ ищущихъ суда окончательно подорвало бы вѣру въ безпристрастность и правомѣрность судебныхъ рѣшеній.

Едва ли опредѣленіе и то правило, которое дается въ ст. 1 Швейцарскаго Уложенія: судья долженъ рѣшить на основаніи той нормы, которую онъ установилъ бы, какъ законодатель. Согласно этому положенію, судья долженъ мысленно вообразить себя законодателемъ, призваннымъ создать для случаевъ подобнаго рода общую норму. Но можетъ ли онъ при этомъ вообразить себя законодателемъ совершенно свободнымъ? Можетъ ли онъ, если онъ нищанецъ, дать просторъ своимъ теоріямъ о сверхъ-человѣкѣ и о христіанствѣ, какъ о морали рабовъ? Можетъ ли онъ, если онъ социаль-демократъ, осуществлять свою программу, если онъ крайній реакціонеръ, возстановлять порядки феодальнаго или крѣпостнаго права? Или же онъ долженъ представить себя законодателемъ въ данныхъ реальныхъ условіяхъ, при данномъ реальномъ соотношеніи партійныхъ и политическихъ силъ, мысленно учесть вѣроятный исходъ голосованія данной нормы въ парламентѣ? Въ конечномъ итогѣ и та и другая альтернативы неизбѣжно приведутъ къ (немножко большому или немножко меньшему) торжеству личныхъ настроеній и пристрастій. Правильно и здѣсь дифференцированныхъ круговъ, гдѣ общество состоитъ изъ дифференцированныхъ круговъ, гдѣ національныя и классовыя противоположности создаютъ различныя оцѣнки какъ существующихъ, такъ и предлагаемыхъ нормъ—тамъ понятие „нормальнаго законодателя“ будетъ съ роковой необходимостью оставаться фикціей, прикрывающей судейскій субъективизмъ“ 1).

На всѣ подобныя возраженія представители теченія „свободнаго права“ отвѣчаютъ указаніемъ на то, что и при „традиціонной методѣ“ по существу суды сплошь и рядомъ подъ видомъ толкованія закона или примѣненія его по аналогіи проводятъ то, что

1) *L. cit.*, стр. 27.

им кажется справедливым, говоря проще—то, что хотая провести. Пусть это до известной степени вѣрно, но все же не подлжит сомнѣнію, что для судейскаго субъективизма и произвола при этой методѣ простора значительно меньше: она принципиально отрицаетъ возможность личнаго усмотрѣнія, межъ тѣмъ какъ теорія „свободнаго права“ его принципиально признаетъ. А такое принципиальное признание или отрицаніе, разумѣется, будетъ имѣть различное дѣйствіе на психологию судьи.

Съ другой стороны, нельзя игнорировать и общественно-психологическаго значенія нашей проблемы. Какъ бы ни прорывались при нынѣшней методѣ толкованія субъективныя настроенія судей, въ обществѣ все же сохраняется вѣра въ то, что приговоры постановляются на основаніи объективныхъ велѣній закона. Самая несправедливость приговора относится не на счетъ судьи, а на счетъ закона. Иное психологическое послѣдствіе будетъ имѣть провозглашеніе свободы судейскаго усмотрѣнія: вѣра въ объективность приговоровъ будетъ разрушена, и сознаніе того, что судья постановляетъ свой приговоръ исключительно на основаніи своихъ личныхъ убѣжденій, будетъ подрывать довѣріе даже къ приговорамъ, постановленнымъ на основаніи закона. Вѣра въ правосудіе будетъ народомъ утрачена окончательно ¹⁾.

Къ аналогичнымъ результатамъ приведутъ и всѣ другіе предложенныя „критеріи“, въ родѣ „справедливости“, „культуры“, „природы вещей“ и т. д. По поводу ихъ уже указывалось въ литературѣ, что все это не критеріи, а величайшія проблемы; отданныя въ руки судовъ, всѣ эти понятія превратятся въ фикцію, которой будутъ прикрываться субъективныя политическія или моральныя симпатіи судей ²⁾.

Мы менѣ всего станемъ отрицать существованіе объективныхъ началъ справедливости, культуры, природы вещей; возстановленіе вѣры въ существованіе абсолютныхъ началъ добра и права мы считаемъ важнѣйшимъ моральнымъ приобрѣтеніемъ нашего времени. Но въ то же время нельзя отрицать и того, что содержаніе этихъ началъ, даже среди признающихъ ихъ, остается еще чрезвычайно спорнымъ. Давать это спорное въ руки

¹⁾ Rundstein, I. cit., стр. 38—39.

²⁾ Ср., напр., Grabowski, Recht und Staat, стр. 53.—Rundstein, I. cit., стр. 34.—Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912, стр. 36. и сл.: „Die Anrufung der Billigkeit bedeutet auch nichts anderes, als ein Zurückgehen auf die letzten, vorläufig nur gefühlsmässig bewussten Unterlagen des Rechtsempfindens.“—Даже Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, стр. 163 и сл.: „Das alles sind Fragen des Gefühllebens“.

многихъ тысячъ отдѣльныхъ судей—это значитъ не только внести величайшую неопредѣленность въ практическое дѣло правосудія, но и рисковать самой вѣрой въ эти абсолютныя начала добра. Мною было въ другомъ мѣстѣ ¹⁾ на основаніи историческихъ примѣровъ показано, что именно въ этомъ заключалась основная ошибка всѣхъ предыдущихъ періодовъ господства идеи естественнаго права, ошибка, неминуемо влекая за собой дискредитированіе самой этой идеи и рѣзкіе повороты назадъ. Провозглашеніе, что jus naturale или aequitas является такимъ же источникомъ правовыхъ нормъ, какъ законъ, и давая судамъ свободу ихъ примѣненія, доктрины естественнаго права этимъ самымъ, невольно для себя, широко открывали дверь для судейскаго субъективизма и произвола. И результаты сказывались быстро. Въ обществѣ терялось довѣріе къ судамъ и къ юристамъ; ихъ надѣляли насмѣшливыми прозвищами „juris peritii“ вмѣсто „juris periti“, ихъ обзывали софистами, шиканирующими правосудіе, и т. д. Общество отворачивалось даже отъ самыхъ понятій естественнаго права или справедливости и устремлялось въ болѣе грубую, но болѣе надежную пристань положительнаго закона. Предполагаемое благо превращалось въ очевидное зло: желаніе облагородить практику судовъ благодѣтельнымъ началомъ справедливости приводило въ концѣ концовъ къ уничтоженію вѣры въ самую эту справедливость, къ усиленію скептическихъ и морально-нигилистическихъ теченій. Точно дьяволъ замѣшивался въ благое начинаніе и подъ шумокъ подмѣнялъ добрыя сѣмена злыми плеведами.

Современное „возрожденіе естественнаго права“ должно уберечь отъ этой многократно повторившейся въ исторіи ошибки, должно уберечься отъ своего „вульгаризированія“ и превращенія въ ширму для судейскаго произвола ²⁾.

¹⁾ Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражд. права; цит. выше.

²⁾ Любопытно, что какъ-бы въ противовѣсъ теченію „свободнаго права“ въ послѣднее время въ Германіи былъ поставленъ вопросъ о необходимости, въ цѣляхъ большаго упорядоченія судебной практики, созданія особаго органа для обязательнаго толкованія законовъ. Вопросъ этотъ былъ возбужденъ впервые Zeller'омъ („Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesanlegung“, 1911), который предлагалъ образованіе особаго высшаго суда для этой цѣли. Не идя въ этомъ направленіи еще дальше и предлагая радикальное измѣненіе въ самомъ порядкѣ законодательства: законъ дается только общія положенія; ихъ развитіе возлагается затѣмъ на особое учрежденіе, и т. обр. создается нѣкоторое „Zweiteilung der Gesetzgebungs aufgaben“. Kohler и Gerland предлагаютъ нѣчто аналогичное для процессуальныхъ нормъ.—Однако, всѣ подобныя проекты едва-ли могутъ быть признаны целесообразными. Предлагаемое Егкомъ „раздвоеніе законодательныхъ задачъ“ не можетъ быть принято уже потому, что за-

Но это не значит, что вследствие этого идея естественного права обречается на практическую бесплодность. Отнюдь нѣтъ: она должна найти себѣ доступъ въ положительное законодательство; она должна непрестанно одухотворять это послѣднее своими высокими началами, придавать ему ту „радость творчества“, которой, какъ мы видѣли, такъ недостаетъ современнымъ кодификаціямъ.

Подъ влияніемъ тенденцій „свободнаго права“, современное законодательство становится на скользкій путь. Тамъ, гдѣ проблема представляетъ наибольшія трудности, гдѣ желательная норма нелегко поддается формулированію, гдѣ вопросъ не вполне ясенъ, законодатель съ легкостью прибѣгаетъ къ излюбленному приему—употребляетъ какое-нибудь общее выраженіе, создаетъ одинъ изъ такъ называемыхъ „каучуковыхъ“ параграфовъ, представляя затѣмъ судамъ и юристамъ вложить въ него надлежащее содержание. Приемъ, конечно, соблазнительный, но представляющий не разрѣшеніе проблемы, а уклоненіе отъ нея. Проблема остается проблемой, но только она передается на плечи отдѣльныхъ судей и на ихъ отвѣтственность. Тамъ, гдѣ долженъ быть бы тщательнѣе подумать законодатель, должны теперь думать отдѣльные судьи. Но, конечно, никакой судья не располагаетъ тѣми матеріалами и тѣми средствами для надлежащаго разрѣшенія вопроса, которыми можетъ располагать законодатель. Равнымъ образомъ никакое рѣшеніе отдѣльнаго судьи, какъ бы удачно оно ни оказалось, не будетъ имѣть того авторитета, какимъ обладала бы норма, установленная закономъ. Соціальное творчество при такомъ порядкѣ распадается, утрачиваетъ свой естественный центръ, а вследствие этого и ослабляется: концентрированная законодательная работа замѣняется ничѣмъ несогласованной работой многихъ, въ которой безоплезно тратится огромное количество народной энергии. Если Герингъ правильно характеризовалъ появленіе законодательства, какъ пробужденіе народа къ сознательному въ социальномъ отношеніи существованію, то указанное переложеніе законодательныхъ вопросовъ на

конодательныя учрежденія не могутъ ограничить себя только принципиальными резолюціями: известно, какіе споры часто разгораются въ парламентахъ по поводу тѣхъ или другихъ деталей, тѣхъ или другихъ „поправокъ“. Съ другой стороны особый высшій судъ съ правомъ обязательнаго толкованія только излишне стѣснитъ бы судебное толкованіе вообще. Насколько возможно и нужно, соответствующую роль органа руководящаго играть въ настоящее время во всѣхъ странахъ высше кассационныя суды. (Ср. Bierling, Brauchen wir einen Gerichtshof für bindende Gesetzesanlegung? въ Archiv für Rechts-und wirtschaftsphilosophie. Bd. VI. 1912—1913. стр. 158—165).

плечи судей обозначаетъ умышленное усыпленіе народа, возвращеніе его въ стадію полусознательности. И если, какъ мы видѣли, новѣйшіе европейскіе кодексы, при всей массѣ проявляющейся въ нихъ эрудиціи, вызываютъ чувство какой-то общей неудовлетворенности и разочарованія, то причина этого чувства, безъ сомнѣнія, заключается именно въ описанномъ уклоненіи отъ многихъ настоятельныхъ проблемъ. Тамъ гдѣ ожидалась отъ нихъ такая или иная опредѣленная идея, яркій принципъ, мы находимъ вмѣсто этого „каучуковое“ пустое мѣсто, наполнить которое долженъ кто-то другой. Но, конечно, не такого должна быть роль законодателя, стоящаго въ центрѣ борющихся интересовъ и многостороннихъ социальныхъ конфликтовъ.

Сторонники „свободнаго права“ часто ссылаются на примѣръ Рима съ его преторскимъ правомъ и на примѣръ Англии съ ея „судами справедливости“. Но что касается Рима, то они забываютъ, во-первыхъ, о томъ, что римское свободное правотворчество одного претора далеко не равно свободному правотворчеству множества нынѣшнихъ отдѣльныхъ судей, а, во-вторыхъ, о томъ, что и тамъ тенденціей развивающагося права было стремленіе къ кодификаціи и къ установленію преторской подзаконности¹⁾. Примѣръ Англии также неубѣдителенъ. Съ одной стороны, и здѣсь нерѣдки голоса, энергично протестующіе противъ постоянной неопредѣленности права²⁾, а, съ другой стороны, едва ли сами ссылающіеся на Англию пожелали бы замѣнить наше континентальное правосостояніе англійскимъ хаосомъ вѣками накопившихся прецедентовъ.

1) См. объ этомъ мое соч. „Право и фактъ въ римскомъ правѣ“. Часть II. Генезисъ преторскаго права“. 1902. стр. 208—209, а также цитированную выше статью Wengera „Antikes Richterkönigtum“.

2) В. Э. Грабаръ сообщилъ мнѣ, что одинъ изъ Англійскихъ писателей XVII вѣка такъ говорилъ по поводу „справедливости“ канцлерскихъ судовъ: „Справедливость—шельмецкая вещь. Для закона у насъ есть мѣрило. Справедливость же измѣряется совѣстью того, кто является канцлеромъ, и, какъ эта совѣсть бываетъ шире или уже, такъ и справедливость. Это все равно, какъ если бы образомъ для мѣры, которую мы называемъ футомъ (по англійски—ногаю), мы приняла канцлерскую ногу. Какая бы это была неопредѣленная мѣра! У одного канцлера нога длинная, у другого—короткая, у третьяго—ни то ни се. То же самое и съ совѣстью канцлера“.—Еще энергичнѣе выражался Бенгтамъ (цитир. выше сочиненіе „Fraits de législation“, t. I. p. 355—356): Неписанное право, говоритъ онъ,—„ce droit incertain pas essence, droit sans commencement et sans but, droit par lequel on gouverne les animaux, et qui n'est pas digne des hommes“. При немъ судья является законодателемъ, но такимъ, „dont les lois sont toutes particulières et toujours et nécessairement ex post facto: législateur qui ne promulgue ses lois que par la ruine des individus sur qui elles portent“.

Не въ замѣнъ „традиціонной методы“ толкованія закона методомъ „свободнаго права“ заключается задача будущаго, а въ оживленіи и одухотвореніи законодательства, въ усовершенствованіи его аппарата, дабы оно могло лучше улавливать голосъ жизни и живѣе реагировать на него. Возможно, что еще разъ въ юридической жизни народовъ прокатится волна „свободнаго права“ и судейскаго усмотрѣнія, но рано или поздно будетъ понято, что всякое теченіе этого рода лишь отбрасываетъ насъ отъ настоящей дороги, увлекая насъ на ложный путь.

Если теорія свободнаго судейскаго правотворенія заключаетъ въ себѣ органическую и неустранимую опасность судейскаго произвола, если она самую неопредѣленность и неясность права возводитъ въ принципъ, она, очевидно, идетъ въ разрѣзъ съ интересами развивающейся человѣческой личности. Эта послѣдняя можетъ мириться со многими ограниченіями своей свободы, если они установлены закономъ и если они ясны, но она не можетъ мириться съ зависимостью отъ чьего бы то ни было произвола, хотя бы и самого доброжелательнаго. Стремленіе къ строгой законности составляетъ такую же непремѣнную черту развивающагося гражданскаго права, какъ и развивающагося права публичнаго, и никакой судейскій „трансперсонализмъ“ этого стремленія подавить не сможетъ¹⁾.

¹⁾ Мое отрицательное отношеніе къ школѣ „свободнаго права“ вызвало по преимуществу возраженіе со стороны рецензентовъ моей книги (М. Я. Пергаментъ, А. Э. Нольде, Е. А. Лаппа-Старженецкая). Они рекомендуютъ въ этомъ вопросѣ нѣкоторую среднюю, примирительную, позицію. Не сочувствуя крайностямъ новаго, направленія, они желаютъ „удержать его въ границахъ дѣйствительной необходимости“ (А. Э. Нольде, М. Я. Пергаментъ); не одобряя „качушковъ параграфовъ“, они полагаютъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ свободное судейское усмотрѣніе можетъ быть все-же полезнымъ (Е. А. Лаппа-Старженецкая). Но мои взгляды на этотъ вопросъ съ логической необходимостью вытекаютъ изъ принимаемаго мною постулата опредѣленности права, какъ непремѣннаго предположенія самой личности, какъ нѣ котораго неотъемлемаго права ея по отношенію къ обществу и государству. Эта же точка зрѣнія не позволяетъ мнѣ послѣдовать за уважаемыми рецензентами и отступить на указываемую ими примирительную позицію. Самая эта позиція кажется мнѣ какъ съ теоретической, такъ и съ практической стороны неясной. Неясенъ, прежде всего, ея теоретическій, принципиальный фундаментъ: есть-ли свободное судейское усмотрѣніе само по себѣ благо, или же зло? Если оно—благо, то зачѣмъ ограничивать его какими-то предѣлами „дѣйствительной необходимости“; если же оно—зло, т. е. нѣчто, противорѣчащее самому понятію права, то какъ можно рекомендовать его хотя-бы въ самыхъ тѣсныхъ предѣлахъ? Вся исторія школы „свободнаго права“ свидѣтельствуетъ именно о необходимости такого или иного принципиальнаго отвѣта на этотъ вопросъ: не

VI.

Проблема прочности права.—Вопросъ о субъективномъ гражданскомъ правѣ и о злоупотребленіи правомъ.

Если первымъ требованіемъ развивающейся личности къ правопорядку является требованіе опредѣленности права, то вторымъ является требованіе его прочности. Впрочемъ, оба требованія тѣсно другъ съ другомъ связаны: они оба—только двѣ стороны одной и той же естественной и „неотъемлемой“ потребности индивида имѣть свое ясное и опредѣленное мѣсто въ жизни цѣлаго социальнаго организма.

даромъ же въ поискахъ принципиальнаго обоснованія, доходить до всяческаго „прагматизма“ и „релятивизма“. И всякое затуманеніе этой принципиальной стороны дѣла, характерное для вульгарнаго „фрейдхеллерства“, будетъ только запутывать вопросъ до безнадежности. Часто говорятъ, конечно, что жизнь не укладывается въ рамки принциповъ, что приходится балансировать между относительнымъ благомъ и относительнымъ зломъ, что извѣстный оппортунизмъ неизбеженъ. Но, во-первыхъ, самый этотъ оппортунизмъ нельзя возводить въ принципъ, а, во-вторыхъ, благо юридической опредѣленности—такъ же, какъ благо религіозной свободы, благо чести и т. д.—есть не относительное только, а абсолютное благо человѣческой личности. Здѣсь, въ особенности, имѣютъ значеніе слова В е u d a n 't а (цит. выше сочиненіе, стр. 2): „Les peuples, qui n'acceptent pas la discipline des principes s'ouissent tôt ou tard la discipline de la force.“.—Равнымъ образомъ, неясно рекомендуемое „примиреніе“ и съ практической стороны. Гдѣ „границы дѣйствительной необходимости“ и чѣмъ предполагается удержать судейское усмотрѣніе отъ извращенія въ судейскій произволъ? И, вообще, если мы освободимъ судью отъ связанности закономъ, гдѣ мы найдемъ критерій для разграниченія „усмотрѣнія“ отъ „произвола“? Какъ бы ни старалась наука и практика „конкретизировать содержаніе внѣ-законныхъ критеріевъ“ (А. Э. Нольде) оно все же будетъ оставаться юридически необязательнымъ; таковымъ оно станетъ только тогда, когда будетъ предписано прямо закономъ, т. е. когда мы вернемся снова къ нашей отправной точкѣ.—Пусть, наконецъ, свободное судейское усмотрѣніе и тогда можетъ оказаться полезнымъ для тѣхъ или другихъ частныхъ интересовъ личности, но оно всегда бесконечно вредно для основнаго и общаго интереса личности, интереса въ опредѣленности ея правового положенія, въ независимости отъ чьей бы то ни было милости или немилости. И снова приходять на память слова Бенгтама (l. cit. t. II. p. 105—106): „Toute usurpation d'un pouvoir supérieur à la loi, quoique utile dans ses effets immédiats, doit être un objet d'effroi pour l'avenir. Il y a de bornes, et même de bornes étroites, au bien qui peut résulter de cet arbitraire, mais il n'y en a point au mal possible, il n'y en a point à l'alarme.“.

Необходимость удовлетворения этой потребности приводить къ признанію индивида субъектомъ правъ и къ закрѣпленію за нимъ тѣхъ или другихъ субъективныхъ правъ.

Гражданское право, какъ система юридической децентрализованности, по самой своей структурѣ поκειται на предположеніи множества маленькихъ центровъ, автономныхъ устроителей жизни въ тѣхъ областяхъ, которыя охватываются гражданскимъ правомъ. Эти центры и суть субъекты правъ. Для осуществленія той свободы и инициативы, которая составляетъ основную задачу гражданского права, этимъ субъектамъ правъ предоставляются такъ называемыя субъективные права (напр., право собственности, право требованія и т. д.), общая сущность которыхъ заключается въ извѣстной, юридически обезпеченной, возможности дѣйствовать по своему желанію.

Такимъ образомъ, понятіе субъекта правъ и принадлежащихъ ему субъективныхъ правъ составляетъ необходимое логическое предположеніе всякаго гражданского права; безъ этихъ понятій самое гражданское право было бы немислимо. Не будучи юридической личностью, т. е. субъектомъ правъ, и не обладая субъективными правами, личность физическая, т. е. индивидъ, никогда не могла бы явиться полнымъ господиномъ своихъ силъ и способностей, никогда не могла бы стать необходимымъ дѣйственнымъ агентомъ культурнаго и экономическаго прогресса.

Все это казалось до послѣдняго времени безспорной истиной. Можно было спорить о количествѣ и широтѣ тѣхъ правъ, которыя должны быть предоставлены индивиду, но самая идея личности, какъ субъекта правъ, и самая идея субъективныхъ гражданскихъ правъ не подвергались сомнѣнію.

Однако, въ новѣйшее время стало замѣтно теченіе, которое, не отрицая, какъ социализмъ, принципиально самага гражданского права, рѣшительнымъ образомъ возстаетъ именно противъ этихъ идей и усматриваетъ въ уничтоженіи ихъ необходимое условіе дальнѣйшаго прогресса. Правда, теченіе это еще не вылилось въ стройную и всесторонне проведенную систему, тѣмъ не менѣе оно начинаетъ уже то тамъ, то здѣсь находить себѣ сочувственные отклики, и потому, въ виду его огромнаго принципиальнаго значенія, заслуживаетъ хотя бы самага общаго упоминанія.

Глашатаемъ этого теченія въ нѣмецкой литературѣ явился G. Schwarz ¹⁾. Отправляясь отъ теоретическаго вопроса о природѣ юридическихъ лицъ, — вопроса, который и донныи остается.

все еще спорнымъ, — этотъ ученый пришелъ къ заключенію, что вся путаница въ этомъ вопросѣ, какъ и въ цѣломъ рядѣ другихъ, происходитъ именно отъ нашей неудачной идеи субъекта правъ. Самая эта идея, по его мнѣнію, совершенно несостоятельна. То, что придаетъ извѣстному имущественному комплексу юридическое единство и что индивидуализируетъ одинъ комплексъ отъ другого, заключается отнюдь не въ субъектѣ, которому то или другое имущество принадлежитъ, а въ той юридической цѣли, которой это имущество служить. Имущество вообще служить не кому-нибудь, а чему-нибудь, т. е. такимъ или инымъ признаннымъ и одобряемымъ правопорядкомъ цѣлямъ. Даже если имущество принадлежитъ кому-нибудь, напр., лицу А, то и въ этомъ случаѣ такая принадлежность значить только одно — именно то, что данное имущество предоставлено правопорядкомъ для служенія цѣлямъ лица А. Но и эти личныя цѣли А признаются заслуживающими правовой охраны не потому, что онѣ цѣли А, какъ личности, какъ самостоятельнаго субъекта правъ, а потому, что онѣ считаются необходимыми, разумными цѣлями всего общества. Если человѣкъ начинаетъ тратить предоставленное ему имущество на цѣли неразумныя, т. е. всему правопорядку ненужныя, то государство ставитъ на его мѣсто другого „управителя“ (Wegwarter), который и возвращаетъ имущество къ его объективно-разумному назначенію (такъ бываетъ, напр., въ случаѣ расточительства). Человѣкъ, такимъ образомъ, по существу, есть не субъектъ правъ, а лишь объектъ правительственной заботы („Objekt der rechtlichen Fürsorge“); онъ не автономный авторъ цѣлеполаганія, а лишь управитель имущества, предназначеннаго служить уже извнѣ положеннымъ цѣлямъ. Вслѣдствіе этого, говоритъ Шварцъ, современная юриспруденція поступила бы правильно, если бы вовсе выбросила изъ системы своихъ понятій понятіе субъекта правъ и замѣнила его понятіемъ „правовой цѣли“ — Rechtszweck.

Однако, наиболѣе яркимъ представителемъ этого возрѣнія является французскій ученый Leon Duguit (профессоръ въ Бордо) ¹⁾. Если у Шварца оно еще окутано теоретическими туманностями, то Дюги даетъ ему уже довольно опредѣленный практическій видъ.

Весь нынѣшній строй, говоритъ Дюги, поκειται на двухъ основныхъ понятіяхъ: понятіи власти государства (imperium) и

¹⁾ Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état. 1908. — Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. 1912.

¹⁾ Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 32 и 34.

понятія субъективнаго права отдѣльныхъ лицъ (*dominium*). Но оба эти понятія отжили свой вѣкъ.

Идея государства, какъ чего то безгранично властвующаго надъ индивидомъ, не мирится съ нашимъ современнымъ представлениемъ объ индивидуальной свободѣ; поэтому она должна исчезнуть. Современное государство уже мертво („l'état est mort“); на его мѣсто возникаетъ иная форма государства — государства болѣе свободнаго, болѣе мягкаго и гуманнаго, не повелѣвающего, а покровительствующаго. Элементами этой новой формы являются, съ одной стороны, идея объективнаго права, какъ нѣкоторой социальной нормы, естественно вытекающей изъ взаимной социальной зависимости людей („interdependance sociale“), а съ другой стороны, идея децентрализаціи или синдикалистическаго федерализма. Понятію субъективнаго права при этомъ совершенно нѣтъ мѣста.

Ни общество, ни индивидъ не имѣютъ правъ. Но всякій индивидъ имѣеть въ обществѣ известную функцію, которую онъ долженъ выполнять. Въ этомъ заключается основная сущность новаго порядка, порядка „реалистическаго и социалистическаго“, который, разумѣется, долженъ глубоко измѣнить всѣ наши представления и учрежденія.

Возьмемъ, напр., понятіе свободы. Ее въ нынѣшней индивидуалистической системѣ опредѣляютъ обыкновенно какъ право дѣлать все, что не вредитъ другимъ, т.-е. прежде всего, а fortiori, право ничего не дѣлать. Новое понятіе свободы иное. Всякій человекъ долженъ выполнять нѣкоторую социальную функцію, вслѣдствіе чего на немъ лежитъ обязанность, прежде всего, насколько возможно развивать свои физическія и духовныя силы, необходимыя для наилучшаго выполнения этой функціи. Онъ не въ правѣ оставаться пассивнымъ и ничего не дѣлать; въ случаѣ его бездѣтельности власть можетъ вмѣшаться, чтобы возложить на него работу („pour lui imposer le travail“); тѣмъ болѣе она можетъ регламентировать его трудъ. Поэтому, въ частности, нарушеніемъ социальной функціи является самоубійство, и правы тѣ законодательства, которыя караютъ покушенія на него. Изъ той же идеи обезпеченія социальной функціи исходитъ, далѣе, законодательство, регулирующее работы въ общепасныхъ промыслахъ или устанавливающее maximum рабочего времени. Смыслъ этого законодательства заключается не только въ томъ, чтобы оградить рабочихъ отъ эксплуатаціи въ чужомъ предпріятіи; нѣтъ: законъ долженъ вмѣшаться и тогда, когда человекъ работаетъ для себя. Истинную цѣль законовъ подобнаго рода составляетъ защита рабочаго противъ самого себя.

Точно также и собственность. Она, конечно, есть и должна оставаться; она составляетъ неперемѣнное условіе процвѣтанія и величія обществъ, и всѣ коллективистическія доктрины представляютъ собою возвратъ къ варварству. Но собственность не есть право; она также только социальная функція. Собственникъ, т.-е. держатель известнаго имущества, уже вслѣдствіе факта своего обладанія, подлежитъ выполнению известныхъ, связанныхъ съ этимъ обладаніемъ, обязанностей. Поскольку онъ выполняетъ эти обязанности, всякій его актъ заслуживаетъ охраны; но если онъ ихъ не выполняетъ или выполняетъ дурно, если, напр., онъ не культивируетъ своей земли или оставляетъ свой домъ на разрушеніе, власть въ правѣ вмѣшаться и принудить его къ выполненію социальной функціи собственника, которая состоитъ въ употребленіи богатствъ сообразно ихъ назначенію. На собственникѣ лежитъ обязанность употреблять вещь для удовлетворенія не только своихъ, но и общихъ потребностей, потребностей націи или другихъ болѣе мелкихъ союзовъ, и лишь изъ этой его обязанности вытекаетъ его власть надъ вещью.

Таково въ своихъ основныхъ чертахъ ученіе Дюги. Мы видимъ, что если Шварцъ свои главные удары направляетъ противъ понятія субъекта правъ, то Дюги стремится ниспровергнуть идею субъективнаго права. Но по существу оба ученія однородны. Отрицая понятіе субъекта правъ, Шварцъ долженъ вмѣстѣ съ нимъ выбросить и понятіе субъективнаго права, такъ какъ субъективное право внѣ понятія субъекта правъ логически немислимо. Съ другой стороны, Дюги, отвергая идею субъективныхъ правъ, этимъ самымъ уничтожаетъ и понятіе субъекта правъ: субъектъ правъ, не надѣленный никакими правами, очевидно, логическій *pensens*. Съ точки зрѣнія обоихъ ученій человекъ, дѣйствительно, не субъектъ правъ, а лишь объектъ государственной заботы, подлежащій во всѣхъ сторонахъ своего существованія начальственному контролю.

Въ этомъ послѣднемъ отношеніи ученіе Дюги обнаруживаетъ непримиримое внутреннее противорѣчіе. Съ одной стороны, какъ мы видѣли, Дюги провозглашаетъ, что нынѣшнее государство, покоящееся на идеѣ власти (*impetium*), умерло и должно уступить свое мѣсто иному государству, государству безъ власти. Однако, съ другой стороны, все то, что онъ говоритъ о социальной функціи, лежащей на индивидѣ, свидѣтельствуетъ о противномъ. Власть („les gouvernants“) вмѣшивается не только тогда, когда индивидъ бездѣйствуетъ, но даже и тогда, когда онъ слишкомъ много дѣйствуетъ; власть не только налагаетъ на индивида ра-

боту, но и удерживает его от слишком усердной работы. Будет ли такое государство, как уверяют Дюги, меньше повелевающим, чѣмъ нынѣшнее,—въ этомъ съ полнымъ основаніемъ можно сомнѣваться.

Тѣмъ болѣе, что тѣ „règles de droit“, которыя, по ученію Дюги, якобы сами собой вытекаютъ изъ „interdependance sociale“ и которыя опредѣляютъ „соціальную функцію“ каждаго, въ дѣйствительности въ его ученіи остаются совершенно неопредѣленными. Въ чемъ заключается социальная миссія каждаго, каково социальное назначеніе того или другого имущества, каковы подлинныя потребности нации и т. д.,—все это вопросы, которые Дюги совершенно не считаетъ нужнымъ сколько-нибудь освѣтить. Естественно, что для тѣхъ „gouvernants“, на обязанности которыхъ, по мысли Дюги, должно лежать наблюденіе за выполненіемъ социальныхъ функцій, подобныя „règles de droit“ даютъ въ сущности полную carte blanche: подъ видомъ этихъ „règles“ долженъ былъ бы неминуемо водвориться тиранической субъективизмъ.

Въ этомъ послѣднемъ отношеніи даже тѣ „коллективистическія доктрины“, которыя Дюги клеймитъ, какъ возвращеніе къ варварству, заслуживали бы безусловнаго предпочтенія: въ централизованной системѣ хозяйства „соціальная функція“ каждаго была бы ясно опредѣлена. Государство требовало бы отъ индивида только одного—выполненія рабочей повинности въ опредѣленномъ размѣрѣ; за предѣлами этой повинности никакихъ претензій къ индивиду „рабочее государство“, по крайней мѣрѣ въ идеѣ, не предъявляетъ. Между тѣмъ неизвѣстно еще, во что обратилось бы въ рукахъ „gouvernants“ туманно сформулированная Дюги общая обязанность каждаго всесторонне „развивать свою индивидуальность“.

Если, съ одной стороны, ученіе Дюги о государствѣ и власти („l'état est mort“) звучитъ, какъ анархизмъ, то, съ другой стороны, его ученіе о свободѣ и собственности заставляетъ вспоминать давно пережитыя времена „доброжелательной“ правительственной опеки. Любопытно въ этомъ смыслѣ полное совпаденіе мысли Дюги о томъ, что, если собственникъ оставляетъ свою землю впустѣ, власть должна вмѣшаться и принудить его къ обработкѣ въ интересахъ удовлетворенія общей потребности, съ аналогичнымъ мертворожденнымъ постановленіемъ стараго Прусскаго Земскаго Уложенія. Это послѣднее (II. VII. § 8 и 9) говорило: „Всякій земледѣлецъ обязанъ культивировать свой участокъ и въ интересахъ удовлетворенія общей нужды („auch zur Un-

terstützung der gemeinen Nothdurft“); онъ можетъ быть принужденъ къ этому даже мѣрами власти, а если бы таковыя оказались недостаточными, можетъ быть вынужденъ къ продажѣ земли въ другія руки“. Дюги это постановленіе Прусскаго Земскаго Уложенія осталось неизвѣстнымъ, и потому высказываемая имъ мысль кажется ему новѣйшимъ открытіемъ утонченнаго правосознанія.

Какъ ученіе Шварца, такъ и ученіе Дюги построены на предположеніи какихъ-то надъ индивидомъ и имуществомъ стоящихъ „социальныхъ функцій“ или „правовыхъ цѣлей“. Не индивидъ опредѣляетъ цѣли для своей дѣятельности, но индивидъ даетъ же даны чѣмъ-то объективнымъ, стоящимъ выше отдѣльныхъ лицъ. Что такое это надъ-индивидуальное, объективное, — на этомъ вопросѣ ни Дюги, ни Шварцъ не останавливаются; тѣмъ не менѣе очевидно, что все ихъ ученіе покоится на одной общей идеѣ—идеѣ полнаго отрицанія личности. И дѣйствительно, Дюги въ одномъ мѣстѣ своихъ „Transformations“ прямо вскрываетъ этотъ принципиальный фундаментъ всего своего ученія ¹⁾. „Въ настоящее время, — говоритъ онъ, — мы пришли къ ясному сознанию, что индивидъ не цѣль, а средство, что онъ не что иное, какъ только колесо въ той огромной машинѣ, которою является социальное тѣло; каждый изъ насъ имѣетъ raison d'être лишь постольку, поскольку онъ выполняетъ ту или другую социальную миссію“.

Быть можетъ, для всѣхъ тѣхъ, кто раздѣляетъ это основное воззрѣніе Дюги, его дальнѣйшіе выводы и могутъ оказаться пріемлемыми, но во всякомъ случаѣ никакъ нельзя выдавать этого воззрѣнія за продуктъ новѣйшаго правосознанія. Мы знаемъ, что это воззрѣніе есть не интуитивное прозрѣніе грядущаго, а возвращеніе къ прошлому ²⁾. Едва ли современное этическое сознание примирится съ тезисомъ, что человекъ не цѣль, а средство, что онъ только колесо въ огромной машинѣ, имѣющее право на существованіе лишь постольку, поскольку оно крутится въ интересахъ этой безличной машины. Признать это воззрѣніе—

¹⁾ Стр. 157.

²⁾ Въ частности, все „новое“ ученіе Дюги заключается уже въ слѣд. словахъ О. Контя („Catéchisme positiviste“, p. 288 и сл.): „La notion du droit doit disparaître du domaine philosophique... Le positivisme n'admet que des devoirs... Tout droit humain et absurde autant qu'immoral. Et puisqu'il n'existe pas de droit divin, cette notion doit s'effacer complètement comme purement relative au régime préliminaire et directement incompatible avec l'état final, qui n'admet que de devoir d'après des fonctions“.

значило бы зачеркнуть весь пройденный до сих пор человекством путь, забыть всё страдания подавляемой личности, всю трагическую борьбу за свои права и отдать даже то, что должно, въ полное распоряжение нѣкотораго огромнаго Молоха—яко бы безъ impregium, но, въ дѣйствительности, съ безграничной и всюду проникающей властью.

Развивающаяся и приходящая къ сознанию самой себя чело-вѣческая личность, напротивъ, чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе будетъ не въ состояніи мириться съ какою бы то ни было непрочною, прекращающею своего юридическаго положенія. Не милости, а права требуетъ она. Не „объектомъ государственнаго призрѣнія“ желаетъ она быть, а самостоятельнымъ субъектомъ цѣлеполаганія. А съ этой точки зрѣнія никакой правопорядокъ не можетъ обойтись безъ признанія челоуѣка, какъ такового, юридической личностью, субъектомъ правъ и безъ предоставленія ему правъ въ субъективномъ смыслѣ, какъ необходимаго средства для осуществленія индивидуальной самодѣятельности и самоутвержденія. Въ борьбѣ за субъективное право, справедливо замѣчаетъ Радбрухъ¹⁾, челоуѣкъ борется за свою моральную личность.

Но если необходимость признанія субъективныхъ правъ не подлежитъ сомнѣнію, то, съ другой стороны, нельзя отрицать и того, что осуществленіе этихъ правъ можетъ, въ томъ или другомъ случаѣ, приводить къ нежелательнымъ съ точки зрѣнія правопорядка, послѣдствіямъ. Должно ли право мириться съ этими послѣдствіями, какъ съ неизбежнымъ зломъ, какъ съ неотдѣлимой оборотной стороной субъективныхъ правъ, или же оно можетъ какимъ-нибудь образомъ парализовать ихъ? Въ этомъ заключается также одна изъ наиболѣе острыхъ проблемъ современнаго гражданскаго права. Болѣе конкретно она представляется въ слѣдующемъ видѣ.

Согласно общему принципу, тотъ, кто имѣетъ какое-либо право, можетъ его осуществлять, не зная на то, что въ результатѣ такого осуществленія можетъ возникнуть вредъ для другою; еще римскіе юристы говорили: „qui jure suo utitur, nemini facit injuriam“. Я могу построить на своемъ участкѣ огромный домъ, который совершенно лишитъ свѣта ваше сосѣднее строеніе. Я могу взыскивать съ васъ долгъ, хотя бы мнѣ деньги были въ данный моментъ не нужны, а вы будете вслѣдствіе взысканія совершенно разорены, и т. д. Каждый, такимъ образомъ, въ области гражданскаго права можетъ дѣйствовать, исключительно

руководясь своими собственными интересами и не заботясь объ интересахъ другихъ: эти послѣдніе должны заботиться о себѣ сами. Нужно только, чтобы осуществляющій свое право оставался въ формальныхъ границахъ этого послѣдняго.

Однако, на этой почвѣ возможны случаи, когда лицо, имѣющее право, воспользуется имъ не для удовлетворенія какихъ-либо своихъ интересовъ, а съ исключительною цѣлью причинить другому вредъ. Однимъ изъ наиболѣе типичныхъ и исторически древнѣйшихъ случаевъ этого рода былъ случай постройки на зло сосѣду (т. н. Neidbau): я строю на границѣ своего участка высокую стѣну съ исключительною цѣлью лишить свѣта окна вашего дома. Подобное осуществленіе права съ цѣлью причинить другому вредъ носить названіе злоупотребленія правомъ, или шиканы (abus de droit, Chikane, Rechtsmissbrauch). Можетъ ли гражданское право къ случаямъ подобнаго рода относиться равнодушно?

Уже римскіе юристы обращали вниманіе на проявленія шиканы и уже у нихъ, на ряду съ вышеприведеннымъ положеніемъ „qui jure suo utitur, nemini facit injuriam“, мы находимъ рѣшенія въ смыслѣ запрещенія шиканы и изреченія вродѣ „malitiiis non est indulgendum“. На основаніи этихъ рѣшеній юриспруденція новыхъ народовъ—опредѣленно въ XVII и XVIII вѣкахъ—поставила вопросъ о необходимости общей нормы на этотъ счетъ. Изъ законодательствъ мысль о недопустимости злоупотребленія правомъ впервые нашла себѣ санкцію въ Прусскомъ Земскомъ Уложеніи (I. 6. § 36 и 37, I. 8. 26). Два другіе кодекса начала XIX вѣка, Code Napoléon и Уложеніе Австрійское, проходятъ этотъ вопросъ молчаніемъ. Тѣмъ не менѣе во французской практикѣ и литературѣ идея „abus de droit“ была извѣстна и имѣла реальное значеніе.

Заново вопросъ возникъ при составленіи проекта Германскаго Уложенія. Какъ въ первой, такъ и во второй комиссіи вопросъ о необходимости общаго запрета шиканы возбуждался, но оба раза былъ рѣшенъ отрицательно, причемъ главнымъ мотивомъ для такого отрицательнаго рѣшенія послужило опасеніе, что подобное общее правило весьма повредило бы прочности правопорядка, создало бы опасную неопредѣленность въ пользованіи правами и вызвало бы гораздо болѣе нежелательныхъ явленій, чѣмъ желательныхъ. Однако, несмотря на эти соображенія, Bundesrath внесъ въ проектъ соответствующее положеніе относительно осуществленія права собственности: „осуществленіе права собственности, которое можетъ имѣть своею цѣлью

¹⁾ Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914, стр. 52.

только причинение вреда другому, недопустимо". Комиссия отрейстага решила распространить это правило на все права вообще, перенесла его из отдела о правах собственности в общую часть кодекса. Таким образом, возник нынешний § 226 Германского Уложения, гласящий: „Осуществление права недопустимо, если оно может иметь своею исключительную целью причинение вреда другому“ („Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen“).

В том же направлении пошло затем и Швейцарское Уложение. Уже в первом проекте 1900 г. находилась статья (644), запрещающая осуществление права собственности с очевидною и исключительною целью причинить другому вред. Но точно так же и здесь в дальнейших стадиях обсуждения это запрещение было обобщено и поставлено во главу всего кодекса. Ст. 2 его гласит: „Всякий при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей должен поступать по доброй совести. Очевидное злоупотребление правом недопустимо“ („Jeder mann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechts ist unzulässig“).

Аналогичный проект предложен и во Франции Салейлем, который внес в комиссию по пересмотру Code Civil предложение дополнить Art. 6 этого кодекса следующими: „Un acte dont l'effet ne peut être que de nuir à autrui, sans intérêt appreciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licit d'un droit“¹⁾.

Наконец, на ту же точку зрения становится и наш русский проект обязательственного права. Правда, этому предшествовали долги колебания. Прежняя комиссия по составлению проекта Гражданского Уложения, коснувшись этого вопроса при обсуждении обязательств, пришла к заключению отрицательному. Настоящий проект, — читаем мы в объяснениях²⁾, — не признает целесообразным установить ответственность за вред, причиненный недобросовестным пользованием своим правом, так как случаи подобного рода едва ли часто встречаются, а с другой стороны, установление такой ответственности стесняло бы лиц во осуществлении своих прав в виду сопряженного

¹⁾ Общая сравнительно-историческая данная по вопросу о запрещении шиканы см., напр., у K a r l H u b e r. Ueber den Rechtsmissbrauch, 1910.

²⁾ Проект обязательственного права Кн. V. Объяснения к ст. 1066, Ср. Объяснения во второй редакции, ст. 1037, в том же духе.

с сим нарушением чужих имущественных интересов и колебало бы твердость приобретённых прав". Однако, при обсуждении проекта обязательственного права, внесенного ныне на обсуждение законодательных учреждений, точка зрения уже изменилась. „Нельзя не признать, — читаем мы в объяснительной записке министра юстиции к проекту, — что осуществление права, направленное исключительно на причинение вреда другому, без всякой пользы для себя, является в сущности не чем иным, как извращением права, вопреки его экономическому и историческому назначению, т. е., другими словами, дьянием явно неправомысленным. С этой точки зрения германское законодательство поступает, несомненно, весьма целесообразно, относя такого рода дьяния к разряду дьяний недопустимых“. В виду этого в проект включена ст. 1174, которая гласит: „Действовавший в пределах предоставленного ему по закону права не отвечает за причиненный вред, разве бы он осуществлял свое право единственно с намерением причинить вред другому“.

Нужно, впрочем, сказать, что в теории гражданского права общее правило о недопустимости злоупотребления правом встречает многочисленных и авторитетных противников (Ihering, Unger, Rewoldt, Stubenrauch, Martin и др.), причем основными мотивами для такого отрицательного мнения являются те же, которые высказывались как в германской, так и в нашей комиссии: опасность для прочности субъективных прав, легкость при обсуждении конкретного вопроса о шикане смешения права с моралью, вероятность большего вреда для правопорядка, чем пользы.

И нужно признать, что все эти опасения не вовсе лишены основания. Дело в том, что, выйдя из одной и той же отправной мысли, запрещение шиканы вылилось в два совершенно различных типа.

Как явствует из приведенных выше текстов, между законом германским и швейцарским есть весьма существенная разница. В то время как § 226 Германского Уложения шиканой или злоупотреблением правом считает только такое осуществление права, которое может иметь свою единственную целью причинение вреда другому, швейцарская ст. 2 объявляет недопустимым всякое осуществление, противное началам „доброй совести“, „Treu und Glauben“. Относительно последнего понятия нам придется говорить далее, но, во всяком случае, не подлежит сомнению, что швейцарское понятие шиканы гораздо шире и растяжимее понятия германского. Для германского закона суще-

ственным признакомъ понятія является субъективный умыселъ причинить другому вредъ (*animus nocendi*, „осуществление права, которое можетъ имѣть свою единственную цѣлью причинение вреда“); для Швейцарскаго Уложения, напротивъ, достаточно объективное несоотвѣтствие принципамъ „*Treu und Glauben*“. Подъ это послѣднее понятие могутъ быть подведены, напр., и тѣ случаи, когда я осуществляю свой малый интересъ въ ущербъ вашему большому, или когда я причиняю вамъ вредъ не потому, что желаю его, а просто потому, что не обращаю на ваши интересы никакого вниманія. Такъ, напр., согласно мнѣнью К. Huber'a, швейцарская ст. 2 поражаетъ не только случаи умышленнаго злоупотребленія, но и случаи „злоупотребленія по небрежности“ („*auch den culposen*“). Согласно мнѣнью другого комментатора, Trueb'a, ст. 2 предполагаетъ со стороны судьи взвѣшивание вѣрныхъ интересовъ „съ точки зрѣнія справедливости“ („*aus Billigkeitsgründen und aus Gründen der Rücksichtnahme auf die Lebensinteressen*“). Однимъ словомъ, ст. 2 разсматривается въ юридической литературѣ какъ возстановленіе знаменитой пандектной *exceptio doli generalis*.

Не можетъ подлежать спору, что такое „объективное“ пониманіе шиканы открываетъ для швейцарской ст. 2 неизмѣримое болѣе широкое поле дѣйствія и возможность болѣе серьезнаго социального значенія. Но только будетъ ли это социальное значеніе положительнымъ или отрицательнымъ?

Предоставляя судамъ возможность опредѣлять наличность злоупотребленія правомъ по соображеніямъ справедливости, предоставляя имъ возможность взвѣшивания коллидирующихъ интересовъ по степени ихъ важности, Швейцарское Уложение этимъ самымъ выводитъ всю область осуществленія правъ изъ-подъ дѣйствія юридическихъ нормъ, отдавая ее подъ контрольъ нѣкоторыхъ внѣзаконныхъ критеріевъ. Мы видѣли уже выше, какую степень объективности имѣютъ всѣ эти „внѣзаконные“ критеріи, и мы знаемъ, что по существу примѣненіе ихъ обозначаетъ только установленіе объективнаго судейскаго усмотрѣнія. Ст. 2 Швейцарскаго Уложения представляетъ собою одинъ изъ тѣхъ „каучуковыхъ“ параграфовъ, о которыхъ была рѣчь выше. Противъ такого широкаго пониманія шиканы, дѣйствительно, имѣютъ полную силу всѣ вышеприведенныя соображенія противниковъ, имѣютъ полное значеніе слова германской комиссиі: „на мѣсто твердыхъ правовыхъ нормъ стануť субъективныя чувства судьи,

границы между предписаніями права и требованіями морали сотрутся“¹⁾.

Въ конечномъ счетѣ подобный всеобщій контроль судовъ надъ осуществленіемъ субъективныхъ правъ, если бы онъ только былъ проводимъ послѣдовательно, сообразно съ теоретическимъ содержаніемъ разсматриваемой статьи, привелъ бы практически къ тому же, о чемъ думалъ Дюги, т.-е. къ полному отрицанію самыхъ субъективныхъ правъ. И, дѣйствительно, если мы присмотримся ближе, мы увидимъ, что изъ-за всѣхъ аргументовъ въ пользу такого широкаго, „объективнаго“, пониманія шиканы въ концѣ концовъ непременно проглянетъ мысль о нѣкоторой социальной функціи всякаго права. Такъ, напр., вышеупомянутый К. Huber прямо говоритъ: „*Das Recht kann nur gemäss der Tendenz seiner sozialen Function gebraucht werden*“²⁾. По словамъ Porcherot, „я свободенъ пользоваться моимъ правомъ во всемъ его объемѣ, но я могу это дѣлать лишь подъ условіемъ преслѣдованія цѣли, согласной съ социальнымъ и экономическимъ назначеніемъ этого права“³⁾. Равнымъ образомъ, Jossierand говоритъ о томъ, что каждое право „*a sa finalité, que lui est propre*“⁴⁾. Но въ чемъ состоитъ эта „социальная функція“ права, его „finalité“, его социальное и экономическое назначеніе,—это выясняется теоретиками „объективной шиканы“ такъ же мало, какъ и Дюги. Совершенно правильно отвѣчаетъ имъ P. Roussel: „Право можетъ служить многимъ цѣностямъ, и ничто не даетъ вамъ права выбирать изъ нихъ одну и отвергать другія; нельзя жертвовать свободой въ пользу гипотезы“⁵⁾.

Быть можетъ, при такомъ всеобщемъ контролѣ судовъ и будутъ охранены въ отдѣльныхъ случаяхъ тѣ или другія конкретныя цѣнности извѣстныхъ конкретныхъ лицъ, но неизбѣжнымъ конечнымъ результатомъ его явится паденіе большой общей цѣнности—самаго субъективнаго права. Пока мы дорожимъ этой социальной цѣнностью, пока мы вмѣстѣ съ Дюги не рѣшаемся выбросить ее за бортъ, до тѣхъ поръ подобный подрывъ ея долженъ быть признанъ недопустимымъ.

Совершенно иначе ставится вопросъ о шиканѣ въ Уложеніи Германскомъ. Кладя въ свою основу предположеніе субъективнаго намѣренія причинить другому вредъ, Германское Уло-

¹⁾ Motive I, стр. 174.

²⁾ L. cit., стр. 84.

³⁾ De l'abus du droit, стр. 157.

⁴⁾ См. Pierre Roussel. L'abus du droit. 2-me ed., 1914, стр. 112.

⁵⁾ L. cit., стр. 117.

жение остается на позитивно-правовой почвѣ¹⁾. Можно возражать против туманности употребленныхъ въ § 226 выражений,—туманности, которая даетъ поводъ и нѣкоторымъ изъ германскихъ комментаторовъ подводить подъ этотъ параграфъ даже случаи „неразумнаго“ пользованія своимъ правомъ²⁾, тѣмъ не менѣе несомнѣнно, что германскій § 226 по своему содержанию значительно уже, но зато и значительно опредѣленнѣе ст. 2 швейцарской. Пусть случаи его примѣненія будутъ значительно рѣже, но зато и опасности судейскаго произвола значительно меньше онѣ не больше, чѣмъ при всякомъ другомъ параграфѣ закона.

Запрещеніе пользоваться своимъ правомъ безъ всякаго интереса для себя, съ исключительною цѣлью причинить другому вредъ, столь же естественно, какъ запрещеніе умышленнаго правонарушенія вообще. Иначе можно было бы утверждать, что всякій убійца только пользуется своимъ правомъ на ножъ, всякій разрушитель чужого имущества — своимъ правомъ на употребленіе своихъ рукъ. Шикана въ этомъ смыслѣ есть не что иное, какъ самый обыкновенный деликтъ. То обстоятельство, что средствомъ для причиненія вреда является здѣсь осуществленіе права, никоимъ образомъ не можетъ послужить оправданіемъ, такъ какъ права предоставляются для удовлетворенія собственныхъ законныхъ интересовъ, а не для причиненія зла другимъ.

Намѣреніе причинить зло, *animus nocendi*, является поэтому непремѣннымъ и единственно-надежнымъ критеріемъ шиканы. Тамъ, гдѣ такое намѣреніе отсутствуетъ, естественно падаетъ и основаніе для отвѣтственности. Мы сплошь и рядомъ своими дѣйствіями причиняемъ невольно другимъ вредъ. Я, напримѣръ, открываю рядомъ съ вами такой же магазинъ, какъ у васъ, и своею конкуренціей подрываю вашу торговлю. Я занимаю то мѣсто, на которое претендентомъ являлись вы, и т. д. Возложить во всѣхъ подобныхъ случаяхъ на меня еще обязанность дѣйствовать „разумно“ и принимать во вниманіе чужіе интересы—это значитъ возлагать задачу совершенно непосильную. Быть можетъ, ваше разореніе отъ моей конкурентной торговли будетъ для васъ неизмѣримо чувствительнѣе, чѣмъ для меня воздержаніе отъ открытія магазина; быть можетъ, мѣсто, занятое мною только для времяпровожденія, было необходимо для самаго вашего или вашей семьи существованія. Все это мо-

¹⁾ Ср. H a g e r. Chikane und Rechtsmissbrauch im heut. bürgerl. Rechte. 1913. стр. 65 и сл., въ особ., стр. 88 и сл.

²⁾ Hanp., De n b u r g. Bürgerl. Recht. Bd. I, 1902, стр. 110, прим. II: „Ein nützlich, vernünftigen Zweckes entbehrendes Verhalten ist gleichzustellen.“

жетъ быть, но возложить на меня обязанность каждый разъ сообразоваться со сравнительнымъ положеніемъ тѣхъ лицъ, интересы которыхъ могутъ быть моими дѣйствіями затронуты, „взвѣшивать“ интересы мои и чужіе, предвидѣть ихъ,—это значитъ въ дѣйствительности совершенно парализовать возможность всякой человѣческой дѣятельности. Мы можемъ привѣтствовать съ нравственной точки зрѣнія поступки подобнаго рода, но не можемъ возвести ихъ въ юридическую норму, влекущую за собой обязанность имущественной отвѣтственности. И можно думать, что широковъщательный швейцарскій параграфъ о шиканѣ въ своемъ примѣненіи на практикѣ значительно сдѣлается по сравненію со своими теоретическими, потенциальными возможностями и фактически совпадетъ съ параграфомъ германскимъ (и русскаго проекта).

Не впадая въ крайность, не берясь за неосуществимую задачу насажденія морали принудительнымъ путемъ, запрещеніе осуществлять право съ исключительною цѣлью причинить зло будетъ имѣть уже само по себѣ огромное морализующее значеніе. Если гражданское право является по преимуществу областью частнаго самоопредѣленія, т. е. областью дозволеннаго эгоизма, то запрещеніе шиканы устраняетъ крайніе, антисоціальныя шипы этого эгоизма. Современное гражданское право какъ бы говоритъ человѣку: если тебѣ позволено быть въ извѣстныхъ предѣлахъ эгоистомъ, то это не значитъ, что ты можешь быть злымъ: *malitias non est indulgendum*.

И только въ этихъ предѣлахъ запрещеніе шиканы не будетъ противорѣчить необходимому для всякаго правопорядка принципу прочности права.

VII.

Проблема личности, как таковой.— Развитие защиты так называемых „прав личности“ и ее конкретных особенностей.

Разсмотрѣнныя выше начала опредѣленности и прочности правопорядка составляютъ лишь формальныя условія, необходимыя для независимаго юридическаго положенія личности въ обществѣ. Но затѣмъ это положеніе характеризуется своимъ матеріальнымъ содержаніемъ: оно можетъ быть лучше или хуже въ зависимости отъ того, какія права признаются за человѣческой личностью, какія стороны ее существованія оказываются защищенными.

Мы говорили выше о томъ, что первымъ признакомъ юридической самостоятельности личности является признаніе ее носительницей субъективныхъ правъ. Освобожденіе личности отъ полного поглощенія ее обществомъ знаменуется прежде всего признаніемъ ея самостоятельнымъ субъектомъ правъ, обладательницей правоспособности и дѣеспособности: благодаря этому она стоитъ теперь передъ лицомъ общества и его властей, какъ нѣкоторая самостоятельная сила, какъ нѣкоторая юридическая самоцѣльность.

И чѣмъ дальше, тѣмъ больше крѣпнетъ убѣжденіе, что эта юридическая самоцѣльность неотдѣлима отъ самаго понятія члвчской личности: рабство уничтожается, а по отношенію къ свободнымъ устанавливается принципъ неотчуждаемости правоспособности и дѣеспособности (нормы объ этихъ послѣднихъ дѣлаются нормами *juris publici*). Если въ древнія времена возможно было распоряженіе самой юридической личностью, возможны были самопродажа и самозакладъ члвчка, то въ настоящее время такія распоряженія невозможны: юридическое качество субъекта правъ неотдѣлимо отъ физическаго бытія члвчской личности.

Но затѣмъ личность растетъ, и понятіе субъекта правъ наполняется все болѣе и болѣе широкимъ содержаніемъ; личность

добивается признанія за собой новыхъ и новыхъ правъ. При этомъ, разумѣется, ростъ ея субъективныхъ правъ идетъ параллельно росту самаго ея внутренняго содержанія, росту ея интересовъ.

Всякое примитивное право является, конечно, въ этомъ отношеніи скуднымъ: бѣдності внутренняго содержанія личности соотвѣтствуетъ и бѣдность субъективныхъ гражданскихъ правъ. Но чѣмъ далѣе, тѣмъ шире развертывается одно и другое; усложненію внутри соотвѣтствуетъ усложненіе внѣшнее; новыя потребности вызываютъ и новыя формы для ихъ удовлетворенія.

Однако, этотъ неуклонный ростъ личности имѣетъ двѣ стороны. Въ общемъ ходѣ экономическаго и культурнаго развитія неизбежно повышается общій уровень требованій личности въ данной средѣ: растутъ самосознаніе и самооцѣнка средняго, типичнаго члвчка, и въ соотвѣтствіи съ этимъ расширяется общая система субъективныхъ правъ; право объективное неизбежно должно поспѣвать за этимъ возрастающимъ общимъ самосознаніемъ и давать ему надлежащее удовлетвореніе.

Рядомъ съ этимъ на болѣе высокихъ ступеняхъ развитія усиливается сознаніе самобытности и особенности каждой отдѣльной личности, и вмѣстѣ съ тѣмъ начинается чувствоваться потребность въ правѣ на эту самобытность, въ правѣ на индивидуальность.

Въ примитивной жизни этой потребности еще нѣтъ. Отдѣльная личность еще слишкомъ поглощается обществомъ, она еще слабо дифференцирована отъ другихъ единиц; она еще живетъ тѣмъ же, чѣмъ живутъ и другіе, и „узелъ особенности“ въ ней почти не существуетъ. Съ теченіемъ времени дѣло мѣняется. Прогрессъ общества возможенъ только въ прогрессѣ отдѣльныхъ личностей и непрерывное развитіе индивидуальности составляетъ его необходимое предположеніе: только въ богатствѣ индивидуальныхъ особенностей и въ ихъ взаимодействіи заключается истинное культурное богатство народа. По справедливому замѣчанію Зома, именно личность въ своихъ непрерывныхъ, иногда даже дерзкихъ исканіяхъ похищаетъ огонь у боговъ, чтобы затѣмъ освѣщать имъ путь цѣлымъ народамъ.

Вслѣдствіе этого для права возникаетъ новая задача: помимо охраны члвчка въ его „общей, родовой сущности“, въ его типичныхъ интересахъ, дать охрану конкретной личности; „во всемъ богатствѣ ея своеобразныхъ особенностей и творческихъ проявленій“¹⁾. И дѣйствительно, чѣмъ далѣе, тѣмъ опредѣленнѣе

¹⁾ См. Покровскій. Абстрактный и конкретный члвчекъ передъ лицомъ гражданскаго права. 1913.

наблюдается движение по пути охраны человеческой личности, как таковой, во всей совокупности ее индивидуальных интересов и особенностей. Мы остановимся здесь только на самых основных моментах этого движения.

Первое, в чем человек нуждается, это, конечно, охрана его самых элементарных благ—жизни, телесной неприкосновенности, свободы. И право, действительно, искони берет на себя такую охрану, ограждая эти блага путем самых серьезных уголовных наказаний за их нарушение. Однако, и гражданское право не остается в стороне: оно рассматривает, в свою очередь, все посягательства на эти блага, как гражданский деликт, и связывает с ними обязанность возмещения причиненного вреда.

Естественность и необходимость подобной защиты была настолько очевидна, что предшественники старой естественно-правовой школы (Гуго Гроций, Хр. Томазий, Вольф и др.) построили на ней учение о правах личности¹⁾. Человек уже в самый момент своего появления приобретает естественное право на защиту этих благ, они составляют его природенные права, *jura connata*, права, вытекающие из самого качества человека, как личности. Если мыслители этого направления расходились между собой, то только в перечислении этих прав: одни насчитывали их больше, другие меньше, но самое существование природенных прав личности у них не вызывало никаких сомнений. Отголоском этой теории является еще и доныне § 16 Австрийского Уложения, который гласит: „Всякій человек имѣетъ природенныя, уже самимъ разумомъ диктуемыя, права и вслѣдствіе этого долженъ почитаться, какъ личность“ („Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten“).

Нарушение естественно-правовой доктрины повлекло за собой падение вместе с прочими ее тезисами и этой теории природенных прав личности. Отрицательно настроенная ко всему „природенному“ и „неотъемлемому“, позитивистическая юриспруденция первой половины XIX столѣтія не находила оснований для конструирования в случаях этого рода каких-либо особых субъективных прав, прав личности. Все, что мы здесь имѣемъ, является, по ее мнѣнію, не чѣмъ другимъ, какъ лишь рефлекс-

¹⁾ См. объ этомъ статьи E. Adler'a („Die Persönlichkeitsrechte im allg. bürgerl. Gesetzbuch“) и J. Mauczka („Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die angeborene Rechte“) въ „Festschrift zum Jahrhundertfeier des allg. bürgerl. Gesetzbuchs“, 1911. Bd. II.

сомъ объективной нормы: законъ охраняетъ жизнь, телесную неприкосновенность, свободу или честь гражданъ, но никакихъ субъективныхъ гражданскихъ правъ на жизнь, свободу и т. д. нѣтъ, и самая конструкция этихъ правъ является искусственной. Субъективное гражданское право частнаго лица возникаетъ только съ момента нарушения запрета закона и имѣетъ тогда своимъ содержаниемъ лишь возмѣщеніе понесенныхъ убытковъ.

Подъ влияніемъ подобнаго „реалистическаго“ ученія идея субъективныхъ правъ личности сошла съ юридической сцены. Но не надолго. И здѣсь сама жизнь заставила скоро снова вспомнить о ней.

Если по отношенію къ жизни, телесной неприкосновенности или свободѣ вопросъ о субъективномъ гражданскомъ правѣ, въ виду широкой охраны этихъ благъ со стороны уголовного закона, имѣетъ чисто теоретическое значеніе, то въ цѣломъ рядѣ другихъ, болѣе тонкихъ, личныхъ интересовъ онъ приобретаетъ значеніе непосредственно практическое. Чѣмъ болѣе усложняется жизнь и чѣмъ туче дѣлается личность, тѣмъ труднѣе становится удержаться на точкѣ зрѣнія „рефлекса объективной нормы“. Одинъ за другимъ развертываются самые несомнѣнные интересы человеческой личности, настойчиво требуя своего признанія и защиты, и въ концѣ XIX столѣтія юриспруденція и законодательство снова заговорили о правахъ личности, о „*Persönlichkeitsrechte*“.

Наиболѣе ярко и наглядно процессъ этого возрожденія идеи правъ личности обрисовывается въ вопросѣ о правѣ на имя. Имя является обозначеніемъ личности; оно отличаетъ человека отъ другихъ и связываетъ съ собой всю совокупность представляемой о внѣшнихъ и внутреннихъ качествахъ его носителя. Естественно поэтому, что ростъ личности, ростъ индивидуальнаго самосознанія неизбѣжно долженъ привести къ возрастанію той цѣнности, которая приписывается имени, какъ таковому. Чѣмъ богаче, внутреннее содержаніе личности, тѣмъ болѣе дорожитъ она своимъ именемъ, и тѣмъ нежелательнѣе для нея какое-нибудь злоупотребленіе или смѣшеніе. Всѣмъ извѣстно, какъ дорожатъ своимъ именемъ старыя аристократическія фамиліи; но то, что раньше было только достояніемъ аристократіи, съ теченіемъ времени дѣлается общей тенденціей человека, вырастающаго въ сознаніи своего собственнаго достоинства. И право не можетъ остаться глухимъ къ этой тенденціи: въ своихъ новѣйшихъ кодификаціяхъ оно санкціонируетъ долготѣ неизвѣстное право на имя.

Нужно, однако, отметить, что первым толчком в этом направлении послужили имущественные интересы, связанные с именем. Прообразом и предшественником общего права на имя явилось право торговца на фирму. С фирмой связывалась известная репутация торговца или торгового дома в деловом мире, — репутация, которая нередко уже сама по себе представляет высокую ценность. Пользование фирмой лицом посторонним способом, конечно, причинит вред (отвлечь клиентов, подорвать кредит и т. д.), и право должно было взять на себя защиту от всяких злоупотреблений в этом отношении. Так возникло право на фирму, т.-е. на торговое имя лица.

Но мало-по-малу из-за имущественных интересов начинают проглядывать интересы неимущественные. Уже для торговой фирмы важна не только имущественная сторона, важна самая репутация со стороны ее честности и добросовестности. Не менее важна эта репутация и для людей неторговых. Между тем объективные нормы уголовного закона карают злоупотребление чужим именем только при особых условиях, а гражданский иск из деликта о возмещении вреда часто невозможен, с одной стороны, вследствие того, что имущественного вреда нет, а с другой стороны, потому, что ответственность за вред предполагается по общему правилу вину делинквента. Недостаточность такого положения вещей делалась все больше и больше очевидной; чувствовалась необходимость предоставить заинтересованному лицу возможность добиваться судебным порядком простого признания своего права на имя и запрещения другим пользоваться этим именем¹⁾. А это предполагало возведение права на имя на степень самостоятельного субъективного гражданского права, и притом права, не приобретаемого тем или другим специальным актом, а связанного с самым бытием личностной личности, — другими словами, одного из прав самой личности — „*Persönlichkeitsrechte*“.

Уже в судебной практике XIX столетия указанная потребность стала находить себе частичное удовлетворение, но первый решительный шаг в этом направлении сделалось новое Германское Уложение, признавшее в своем § 12 общее право на имя и дающее каждому лицу судебную возможность требовать устранения незаконного пользования его именем. Примеру Германского Уложения последовало Уложение Швейцарское (ст. 29), а также наш русский проект Гражданского Уложения (ст. 4), и

¹⁾ Ср. Protokolle der Kommission für zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, I, стр. 145.

таким образом право на имя стало бесспорным достоянием новейшего гражданского права.

Но интересы, связанные с именем, были далеко не единственными в этом роде. Недостаточность теории „объективных норм“ обнаруживалась в меньшей степени, напр., в области охраны интересов чести. Уголовное преследование нарушителя чужой чести находится также в зависимости от различных специальных условий, вследствие чего потерпевший далеко не всегда может добиться в этом порядке восстановления своего добраго имени. Так, напр., уголовное наказание за клевету может отпасть вследствие того, что истек срок уголовной давности, что оклеветавший был добросовестно убежден в истинности сообщений, что он закрыл своею должностною безответственностью (как лицо официальное, как член парламента и т. д.). Между тем всякое подобное оправдание способно возбудить мысль о том, что клеветнический слух соответствует истине, и тем поставить оклеветанного в самое невыносимое положение¹⁾. Очевидно, и здесь необходимо дать потерпевшему средство для восстановления своей репутации, дать иск о признании распускаемых слухов невящими; но также очевидно, что и здесь мы имеем дело с некоторым особым правом, вытекающим из самой идеи личности.

Не менее ощутительна такая же потребность в охранѣ разнообразных интимных сторонъ человеческого существования от вторжения в них лицъ постороннихъ. Многое в жизни человека составляет область, не предназначенную для посторонняго глаза, и потому всякое непростое вторжение в нее может причинить весьма серьезныя страдания. Такъ, напр., весьма существенны личныя интересы связаны съ перепиской и письмами: опубликованіе вашего письма получателемъ или продажа его въ качествѣ автограммы, прочтеніе или разглашеніе его содержанія третьимъ на то неуправомоченнымъ лицомъ и т. д., — все это можетъ далеко выходить за предѣлы вашихъ намѣреній и причинитъ вамъ немало неприятностей. Къ аналогичнымъ послѣдствіямъ можетъ привести далѣе, при известныхъ условіяхъ, и нѣкоторое распоряженіе вашимъ изображеніемъ: фотографическая карточка какой-нибудь дамы оказывается выставленною въ витринѣ магазина въ ряду карточекъ различныхъ особъ сомнительной репутации. Къ тому же ряду явленій принадлежать случаи, когда кто-либо безъ вашего раз-

¹⁾ Ср. цитир. статья Adler'a, стр. 253—254. — Покровский. Право на честь, в „Вѣстникѣ Гражданскаго Права“. 1916, кн. 4.

рѣшенія распространяетъ или показываетъ фотографію вашего кабинета или будуара, когда актеръ при изображеніи какой-либо роли копируетъ васъ въ своей гримировкѣ, когда писатель описываетъ вашу интимную жизнь въ какомъ-нибудь романѣ, хотя и не называя вашего имени, но такъ, что всякій, болѣе или менѣе посвященный, васъ узнаетъ, и т. д., и т. д. Чуткость современной личности не можетъ мириться со всѣми подобными посягательствами, и дѣйствительно, чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе въ юриспруденціи начинаютъ говорить объ особыхъ правахъ на тайну писемъ, на собственное изображеніе и т. д., или вообще—о правахъ на охраненіе интимной сферы („Das Recht auf die eigene Geheimsphäre“) или на утверженіе индивидуальности („Das Recht auf Behauptung der Individualität“)¹⁾.

За юриспруденціей начинаетъ слѣдовать и законодательство. Въ эпоху подготовки Германскаго Уложения вопросъ о правахъ личности еще не былъ настойчиво поставленъ, и потому, кромѣ вышеуказаннаго права на имя, они не нашли себѣ въ этомъ кодексѣ надлежащаго выраженія. Честь перваго принципиальнаго признанія ихъ, и притомъ во всемъ объемѣ, принадлежитъ Уложенію Швейцарскому. Ст. 28 этого кодекса гласитъ: „Тотъ, чьи личныя отношенія будутъ неправомѣрно нарушены, можетъ предъявить искъ объ устраниеніи нарушенія. Сверхъ того, въ случаяхъ, закономъ предусмотрѣнныхъ, онъ можетъ требовать возмѣщенія убытковъ или извѣстной денежной суммы въ видѣ удовлетворенія“ („Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen.—Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig“). Какъ явствуетъ изъ самаго надписанія отсюда, въ которомъ находится эта статья, подъ скромнымъ названіемъ „личныя отношенія“ имѣется въ виду не что иное, какъ именно защита личности („Schutz der Persönlichkeit“) во всей совокупности ея законныхъ индивидуальныхъ интересовъ. Какъ ни скромно это названіе, во всякомъ случаѣ появленіе такого общаго положенія въ новѣйшемъ изъ кодексовъ представляетъ крупнѣйшій принципиальный шагъ впередъ. Мы снова возвращаемся къ идеямъ стараго естественнаго права, хотя и въ ихъ нѣсколько иномъ, болѣе конкретномъ, но зато и болѣе жизненномъ, видѣ. Въ „правахъ личности“ встаетъ передъ нами совершенно новая категорія

¹⁾ См. Adler, цит. статья.

особыхъ абсолютныхъ правъ, связанныхъ съ самой человѣческой личностью, неотчуждаемыхъ и непередаваемыхъ и потому въ этомъ смыслѣ „прирожденныхъ“. Интуція естественно-правовой школы и здѣсь, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, блестяще оправдалась: она задолго предугадала необходимый процессъ историческаго развитія.

Нельзя не отмѣтить, конечно, что многое въ этихъ правахъ личности до сихъ поръ еще остается невыясненнымъ; даже среди самихъ защитниковъ этихъ правъ по ряду существенныхъ пунктовъ имѣются разногласія. Но все это совершенно естественно: надо помнить, что въ этихъ правахъ передъ юриспруденціей открылась новая, обширная и совершенно неизслѣдованная область; понятно поэтому, что на первыхъ порахъ она можетъ представляться намъ только въ самыхъ общихъ и туманныхъ очертаніяхъ. Дальнѣйшая разработка внесетъ сюда большую ясность и опредѣленность, но уже теперь имѣетъ огромное значеніе самое признаніе этихъ правъ. Въ этомъ признаніи нельзя не видѣть крупнѣйшаго завоеванія личности и правъ Kohler, когда онъ говоритъ, что изъ всѣхъ новыхъ идей въ области правовѣдѣнія едва ли есть болѣе важная, чѣмъ идея правъ личности¹⁾.

Въ тѣсной принципиальной связи съ охраной „личныхъ отношеній“ находится и вопросъ о значеніи договоровъ, непредусмотрѣнныхъ въ законѣ, иными словами—договоровъ нетипичныхъ.

При помощи договоровъ люди могутъ регулировать свои отношенія къ другимъ лицамъ и такимъ образомъ удовлетворять свои разнообразныя личныя потребности. Въ обществѣ со слабой дифференціацией индивидуальностей потребности людей болѣе или менѣе одинаковы, типичны, а вслѣдствіе этого и право считается только съ этими однообразными, типичными потребностями, санкционируя тѣ формы, въ которыхъ онѣ могутъ получить свое удовлетвореніе, и игнорируя все то, что отъ этого общаго, средняго типа отклоняется. Даже римское право, несмотря на всю свою утонченность, признавало юридически дѣйствительными только такіе договоры, которые могли быть подведены подъ тотъ или иной типъ, предусмотрѣнный или регулированный закономъ (contractus). Всякія же другія соглашенія, слѣдовательно, соглашенія нетипичныя (pacta), хотя бы они не противорѣчили ни закону, ни добрымъ нравамъ, въ принципѣ юридической силы не имѣли, были „голыми“ соглашениями,

¹⁾ Kohler. Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart. 1914, стр. 28.

pacta sunt servanda. Правда, римская система признанных, типичных договоров была так широка, что в ней могли найти себѣ удовлетвореніе самыя разнообразныя потребности, тѣмъ не менѣе принципиально римское право было построено не на признаніи договора, какъ такового, а на признаніи лишь извѣстныхъ типовъ его.

Въ противоположность этому, доктрина естественнаго права провозгласила общій принципъ—*pacta sunt servanda*: всякое соглашеніе (если оно, разумѣется, не противорѣчитъ закону или нравственности) должно быть священо. Обязанность исполнять данныя обѣщанія вытекаетъ не изъ признанія или непризнанія ихъ государствомъ, а изъ общаго требованія естественнаго права; вслѣдствіе этого эта обязанность не зависитъ отъ ея содержанія, отъ типичности или оригинальности этого послѣдняго.

Подъ вліяніемъ этой естественно-правовой доктрины въ современномъ гражданскомъ правѣ твердо установилось начало, что всякій договоръ имѣетъ юридическую силу, хотя бы его содержаніе не подходило ни подъ одинъ извѣстный закону типъ (купля-продажа, наемъ, заемъ и т. д.). Правда, иногда слышатся еще голоса въ пользу стараго воззрѣнія, бессознательно проникнутаго духомъ опеки надъ гражданами, но голоса эти уже никакого практическаго значенія не имѣютъ. Общимъ лейтмотивомъ всѣхъ современныхъ законодательствъ могутъ служить слова германской комиссіи: „надо предоставить гражданамъ право заключать даже договоры необычнаго содержанія“¹⁾.

А это начало обозначаетъ собою новое признаніе права живой конкретной индивидуальности на охрану ея особенныхъ личныхъ интересовъ, на охрану ея самобытности. Пусть тѣ или другіе интересы данной конкретной личности съ точки окружающей ея соціальной среды будутъ казаться странными, они тѣмъ не менѣе заслуживаютъ защиты закона. Этотъ послѣдній беретъ подъ свою охрану не только типичное или шаблонное, но и оригинальное, и въ этомъ отношеніи указанное правило представляетъ новое звено въ ряду мѣръ, направленныхъ къ охранѣ личности, какъ таковой.

Ниже мы будемъ встрѣчаться съ цѣлымъ рядомъ другихъ явленій того же рода; здѣсь же мы остановимся еще только на одномъ: признаніе конкретной человеческой личности пробивается и въ нормахъ о недѣйствительности сдѣлокъ, заключенныхъ подъ вліяніемъ обмана или угрозы.

¹⁾ Protokolle. Bd. 1, стр. 281. См. Покровскій. Абстрактный и конкретный человекъ передъ лицомъ гражд. права. 1913.

Юридическая сдѣлка можетъ быть заключена подъ вліяніемъ какой-нибудь ошибки, подъ вліяніемъ обмана со стороны другого контрагента или, наконецъ, подъ давленіемъ угрозы. Спрашивается, можетъ ли подобная сдѣлка быть признана дѣйствительной?

Древнѣйшее право, проникнутое всецѣло духомъ формализма, отвѣчало на этотъ вопросъ утвердительно: принявшій на себя обязанность долженъ ее выполнить. Это было его дѣло заблаговременно, до заключенія сдѣлки, во всемъ тщательно осматрѣться, чтобы не ошибиться или не быть обманутымъ; если онъ этого не сдѣлалъ, онъ долженъ пенять на себя. Это было его дѣло противиться угрозѣ; если онъ не противился и предпочелъ откупиться отъ нея договорнымъ обѣщаніемъ, онъ долженъ теперь это обѣщаніе исполнить.

Съ теченіемъ времени, однако, формализмъ ослабляется, и право начинаетъ обращать болѣе вниманіе на внутреннюю сущность юридическаго акта, на подлинную волю контрагента. Тамъ, гдѣ есть форма договора, но нѣтъ истинной воли обязавшаго, есть только видимость договора, но нѣтъ его подлинной сущности. Вслѣдствіе этого право начинаетъ при указанныхъ порокахъ воли давать возможность оспаривать подобныя порочныя сдѣлки, требовать признанія ихъ недѣйствительными.

Но тогда естественно возникаетъ вопросъ: всякая ли ошибка, всякій ли обманъ, всякое ли принужденіе могутъ послужить основаніемъ для ниспроверженія сдѣлки? Можно ли допустить расторженіе договора о покупкѣ огромнаго имѣнія на томъ только основаніи, что данное имѣніе лежитъ не на разстояніи 29 верстъ отъ желѣзной дороги, какъ думалъ покупатель, а на разстояніи 30? Можно ли требовать разрушенія обязательства на томъ основаніи, что кредиторъ вынудилъ должника къ подписанію его угрозою уколотъ булавкой? и т. д.

Въ отвѣтъ на всѣ эти вопросы возникли детальныя ученія объ ошибкахъ, обманѣ, угрозахъ. Однако, внутри этихъ ученій съ теченіемъ времени замѣчается нѣкоторая смѣна тенденцій. Мы остановимся на нихъ здѣсь лишь настолько, насколько онѣ связаны съ непосредственно интересующимъ насъ вопросомъ.

Въ виду того, что всякое разрушеніе сдѣлки, уже заключенной, вызываетъ извѣстное потрясеніе въ сферѣ дѣловаго оборота, естественнымъ кажется желаніе ограничить это потрясеніе только тѣми случаями, когда оно по нашимъ представленіямъ о справедливости абсолютно неизбѣжно. Вслѣдствіе этого было создано ученіе о существенности ошибки, обмана, угрозы:

разрушение сделки возможно только тогда, если ошибка или обман касались не второстепенных, а существенных элементов договора, если принуждение было настолько существенным, что могло действительно оказать давление на волю.

Но где найти критерий существенности? То, что кажется существенным для одних, может не иметь никакого значения для других; то, что неважно для всех, в силу особенностей моей природы или личных условий моей жизни, может иметь огромное значение для меня. Какой же из этих двух возможных критериев выбрать? Выбрать ли критерий объективный (то, что считается существенным по воззрениям данной среды, оборота) или же субъективный (то, что важно для данного конкретного человека)? Вот именно в этом вопросе и замечаются любопытные для нас течения.

При наличии ошибки другому контрагенту ничто не может быть поставлено в упрек: я ошибся, но вы в моей ошибке неповинны. Вследствие этого понятно, что для разрешения конфликта между ними естественно выбрать масштаб объективный, т. е. допускать разрушение сделки только в том случае, если ошибка касалась пунктов существенных с точки зрения общих понятий данной среды, а не субъективных взглядов конкретного контрагента. Так, например, нанимая дом, я не знал, что он значит под № 13; пусть для меня, человека суеверного, это обстоятельство имеет огромное значение — знай я об этом заранее, я ни за что не нанял бы дома, — тем не менее расторжение сделки на основании такой ошибки не допускается, так как по объективным воззрениям делового оборота номер дома не имеет никакого значения.

Напротив, в случае обмана или принуждения приведенное выше соображение о невинности контрагента отпадает, вследствие чего здесь замечается тенденция к применению масштаба субъективного.

Что касается, в частности, обмана, то в настоящее время является, повидимому, общепризнанным то положение, что обманутый может требовать расторжения сделки даже тогда, если обман касался пункта существенного только с его личной точки зрения. Таким образом, если в приведенном выше примере на мой прямой вопрос при найме дома, не значит ли он под № 13, собственник ответить умышленно отрицательно, я могу потребовать расторжения договора, несмотря на всю объективную неосновательность моего суеверия. Основательны ли или неосновательны мои взгляды и вкусы, это уже не имеет значе-

ния; каковы бы они ни были, я имью право обеспечивать их в договор.

Подобный же переход к субъективному масштабу намечается, хотя пока и не столь определенно, и в законодательных нормах об угрозах.

Едва только отступившее от начал примитивного формализма, римское право, признав возможность расторжения сделки, заключенной под влиянием угрозы, требовало, однако, чтобы эта угроза была серьезной — такой, которая могла бы поддѣйствовать и на человека неробкого. Не требовалось, чтобы человек был героически храбр, но нужно было, чтобы он не был и чрезмерно труслив. Другими словами, римское право предполагало некоторого среднего, типичного человека, как объективный критерий для решения вопроса о серьезности или несерьезности угрозы.

Это римское представление перешло в право новых народов и до настоящего времени является господствующим. Даже новый швейцарский закон об обязательствах (30 марта 1911 г.), руководясь тем же мысленным объективным критерием, стремится дать легальное определение „основательной“ угрозы, достаточно серьезно для того, чтобы она могла оказать давление на человека нетрусливого (ст. 29 и 30). Равным образом и наш внесенный в Государственную Думу законопроект об обязательствах в ст. 28 говорит: „Изъявление воли признается последовавшим под влиянием принуждения, когда оно вынуждено насилем, лишением свободы, истязанием по отношению к заключившему сделку или к кому-либо из его близких, или возбуждением основательного страха угрозою нанести им личный или имущественный вред“.

Однако, или рядом с этим старым римским воззрением пробивается другое. Новое Германское Уложение (§ 123) уже говорит об угрозах просто, без всяких определений и ограничений: достаточно только доказать, что лицо было действительно угрозой подавлено; какова же была эта угроза — безразлично. Такой постановкой вопроса Германское Уложение перешло от масштаба объективного к субъективному и поступило, конечно, совершенно правильно.

В другом месте¹⁾ мы говорили подробнее о том, насколько антисоциально применение здесь объективного масштаба, и к каким вопиющим последствиям оно способно приводить.

¹⁾ Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права. Ст. 16 и сл.

При известных условиях личной жизни самая пустая с объективной точки зрения угроза — вроде угрозы перестать кланяться или петь под окнами похоронные псалмы — может оказаться достаточно сильной, чтобы вынудить то или другое обещание. Пусть люди, испугавшиеся этой угрозы, люди больные или слабые, но эта их слабость не может быть признана в культурном законодательстве достаточным социальным основанием для обогащения других. В противном случае мы укажем самую беззастенчивую эксплуатацию этих несчастных людей со стороны всех тех, кто имел возможность узнать их слабость и кто возмел намерение на ней играть. Быть может, с точки зрения тех, которые идут за Ницше, подобная защита слабых будет лишь проявлением „морали рабов“, но, думается, право поступить лучше, если словами Евангелия этой морали скажут: „придете ко Мне все истомленные и обремененные, и Я упокою вас“.

Уже приведенных иллюстраций достаточно для того, чтобы мы могли наглядно убедиться в несомненной и характерной тенденции всякого прогрессирующего гражданского права: личность, как таковая, личность во всей совокупности ее конкретных особенностей, получает себя все большее и большее признание. Перед лицом современного правосознания общество не стадо однородных человеческих особей, величин замкнутых, а союз самоценных личностей, имеющих право на индивидуальность. Пусть даже эта индивидуальность значительно отклоняется от среднего типа; если только она не вредит другим, она заслуживает охраны закона. Пусть эта индивидуальность кажется нам порою странностью, чудачеством, нужды нет: мы должны даже за чудачком признать право на существование. Этого требует растущее уважение к человеческой личности; этого требует развивающееся нравственное сознание.

VIII.

Проблема нематериальных интересов.

Выше было сказано, что содержание гражданского права находится в прямой и непосредственной зависимости от содержания человеческих интересов, и что вследствие этого гражданское право должно неизбежно расти вместе с ростом человеческой личности.

Но рост личности начинается с внешнего, материального. Поэтому первыми областями, в которых за личностью признаются субъективные права, являются области отношений имущественных и семейных, причем эти последние, семейные, отношения в примитивном быту рассматривались также под углом зрения интересов материальных (физиологических и экономических). Все то, что выходило за пределы этих материальных отношений, еще мало интересовало личность, а вследствие этого не находило себя отражения и в гражданском праве.

Мало-по-малу, однако, индивид начинает ценить и нематериальные, духовные, блага, и право начинает давать им охрану — сначала частичную, слабую и бессистемную, а потом все полнее и полнее.

Мы не можем входить здесь в детальное изложение постепенного роста гражданского права с этой стороны; укажем только на то, что даже в римском праве, этом столь культурном и развитом праве, духовная сторона человеческой личности нашла себя только очень слабое и поверхностное отражение. Это может быть объяснено тем, что римское право, развившееся главным образом в интересах торгового оборота, получило отпечаток торгового, коммерческого духа. Вследствие этого праву новых народов пришлось самому пробивать дорогу. И оно, действительно, начало работу в разных местах, создавая различные отдельные институты, которые, казалось, сначала, ничего общего между собой не имеют, но которые, как мы можем видеть теперь, сливаются в одно общее не-

прерывное течение, имѣющее своей цѣлю охрану духовныхъ, нематеріальныхъ, интересовъ человека. Уже разсмотрѣнная выше охрана „правъ личности“ проникнута этой тенденціей; укажемъ на нѣкоторыя другія важнѣйшія явленія этого рода.

Рядомъ съ матеріальной, экономической дѣятельностью во всякомъ культурномъ обществѣ развивается дѣятельность духовная, имѣющая своей цѣлю создание нематеріальныхъ, духовныхъ, благъ. Многіе изъ продуктовъ этой духовной дѣятельности получаютъ общественное признаніе, а вслѣдствіе этого дѣлаются объективными, общественными благами и даже приобрѣтаютъ извѣстную экономическую, матеріальную цѣнность. Таково, напримѣръ, литературное произведеніе, картина художника, научное или техническое открытіе.

Не только въ правовыхъ системахъ примитивныхъ народовъ, но даже еще въ правѣ римскомъ духовная дѣятельность подобнаго рода не давала никакихъ субъективныхъ правъ на ея продукты ихъ авторамъ и не пользовалась никакой правовой защитой. Всякій могъ опубликовать или воспроизвести, безъ согласія автора, его произведеніе, осуществить его техническое изобрѣтеніе. Насколько мало цѣнилась въ римскомъ правѣ духовная дѣятельность сама по себѣ, видно уже изъ того, что въ классическую эпоху, напримѣръ, поэма, написанная на чужомъ писчемъ матеріалѣ, или картина, нарисованная на чужой доскѣ, принадлежали не поэту или художнику, а собственнику писцаго матеріала или доски. Правда, для Юстиніана такая норма показалась уже конфузной и была отмѣнена, но тѣмъ не менѣе о какихъ бы то ни было авторскихъ правахъ и въ Юстиніановскомъ Сводѣ нѣтъ рѣчи.

Съ такимъ положеніемъ вещей не могло, конечно, мириться дальнѣйшее развитіе духовной дѣятельности въ новомъ мірѣ, и право начинаетъ постепенно работу по созданію такъ хорошо намъ въ настоящее время извѣстныхъ авторскихъ правъ въ широкомъ смыслѣ слова. При этомъ любопытно отмѣтить, что и здѣсь (какъ въ правѣ на имя) прежде всего получаютъ себѣ признаніе имущественная сторона этихъ правъ. Такъ, напр., такъ называемое право литературной собственности впервые появляется не въ видѣ права автора, а въ видѣ права издателя произведенія. Съ изобрѣтеніемъ книгопечатанія изданіе сочиненій стало обыкновеннымъ коммерческимъ предпріятіемъ, нуждавшимся въ защитѣ своихъ имущественныхъ интересовъ. Въ виду этого издатели стали испрашивать себѣ у правительства особые привилегіи, запрещавшія перепечатку. Позже привилегіи стали да-

ваться на имя авторовъ, но правовая охрана все еще имѣетъ свою исключительную цѣлю обезпеченіе имущественныхъ интересовъ этихъ послѣднихъ. Духовная дѣятельность получила себѣ признаніе, но пока лишь постольку, поскольку она является источникомъ матеріальныхъ благъ.

Дальнѣйшее развитіе авторскихъ правъ идетъ въ слѣдующихъ двухъ направленіяхъ. Съ одной стороны, на мѣсто сепаратныхъ привилегій, создававшихъ права лишь для отдѣльныхъ авторовъ, мало-по-малу появляются общіе законы объ авторскомъ правѣ, превращающіе охрану этихъ правъ въ общую норму. Съ другой стороны, рядомъ со стороной имущественной начинается получать себѣ признаніе и сторона неимущественная, которая въ литературномъ или художественномъ творчествѣ играетъ, безъ сомнѣнія, большую роль, и которая въ этомъ отношеніи тѣсно сближаетъ авторскія права съ упомянутыми выше „правами личности“. Мы не будемъ здѣсь вдаваться въ чрезвычайно спорный вопросъ о юридической природѣ авторскихъ правъ, но во всякомъ случаѣ не подлежитъ отричанію то обстоятельство, что появленіе ихъ въ исторіи гражданскаго права представляетъ огромный шагъ впередъ въ дѣлѣ охраны духовной стороны человѣческой личности и человѣческой дѣятельности.

Рѣшительнымъ моментомъ въ дѣлѣ выработки авторскаго права является французскій законъ революціонной эпохи (1793 г.); онъ послужилъ затѣмъ базисомъ для дальнѣйшаго развитія въ XIX столѣтіи во всей Европѣ. Въ теченіе этого столѣтія по образцу правъ на литературныя произведенія получили себѣ признаніе авторскія права на произведенія художественныя, музыкальныя и т. д. Область охраняемыхъ правъ все болѣе и болѣе расширяется, и чувствуется, что гражданское право здѣсь еще находится въ порѣ созиданія.

Аналогичный процессъ развитія прошли и такъ называемыя исключительныя права промышленнаго характера. Основнымъ и передовымъ типомъ здѣсь является право изобрѣтателя, или такъ называемое патентное право. И здѣсь развитіе началось съ сепаратныхъ привилегій, монополій, которыми предоставлялось опредѣленному лицу исключительное право на эксплуатацию извѣстнаго изобрѣтенія. Затѣмъ эти привилегіи превращаются мало-по-малу въ общую норму, причемъ и здѣсь, послѣ нѣкоторыхъ несовершенныхъ законовъ Англіи и Америки, рѣшительное значеніе имѣлъ также французскій законъ временъ революціи (1791 г.). Но исключительныя права этой группы и въ настоящее время имѣютъ только имущественный характеръ. Та-

ковы ли они уже по самой своей природѣ или же и здѣсь со временемъ, рядомъ съ имущественной (здѣсь, конечно, гораздо болѣе сильной) стороною, проглянетъ сторона неимущественная, — объ этомъ судить пока трудно.

Возрастающее значеніе духовной стороны человѣческой личности не могло не отразиться и на духу другихъ принципиально важныхъ вопросахъ гражданского права, которые, впрочемъ, въ современномъ законодательствѣ и литературѣ трактуются не вполне одинаково, хотя и имѣютъ между собой бесспорную связь.

Первый изъ нихъ заключается въ вопросѣ о юридической силѣ обязательствъ на дѣйствія неимущественныя. Могу ли я путемъ договора съ сосѣдомъ обезпечить себя отъ беспокоящей меня игры на роляхъ? Могу ли я обязать кого-нибудь написать о моемъ сочиненіи рецензію? Можно ли подобныя обязательства признавать юридически дѣйствительными?

Римское право и въ этомъ вопросѣ проявило тенденцію отрицательную: въ сферѣ обыкновеннаго гражданского права (иначе въ области административнаго *imperiū*) въ видѣ общаго принципа оно провозглашало правило: только то можетъ быть предметомъ обязательства, что можетъ быть выплачено деньгами („*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*“).

Подъ вліяніемъ этого римскаго правила и позднѣйшая юриспруденція вплоть до сравнительно недавняго времени считала, что дѣйствія неимущественнаго характера не могутъ быть предметомъ юридически-дѣйствительнаго обязательства. Многіе изъ весьма видныхъ юристовъ держатся этого мнѣнія и до сихъ поръ. Однако, въ новѣйшее время рядомъ съ этимъ мнѣніемъ выступило другое (однимъ изъ инициаторовъ его является *I e r i n g*), которое отвергаетъ основательность такого суженія обязательственной сферы и требуетъ признанія и за неимущественными обязательствами юридической силы. Вслѣдствіе этого въ настоящее время въ нашемъ вопросѣ стоятъ другъ противъ друга два радикально противоположныя воззрѣнія; споръ между ними далеко еще не конченъ, но, повидимому, второе воззрѣніе чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе одерживаетъ верхъ.

И дѣйствительно, даже бѣглый пересмотръ основныхъ аргументовъ противниковъ обязательствъ на дѣйствія неимущественныя обнаруживаетъ ихъ полную несостоятельность.

Однимъ изъ первыхъ въ ряду этихъ аргументовъ является утвержденіе, что гражданское право есть принципиально право

имущественныхъ отношеній. Но мы уже видѣли, что это утвержденіе есть совершенно неправильное *petitio principii*: даже въ предѣлахъ стараго гражданского права мы находимъ области неимущественнаго характера — прежде всего область личныхъ семейныхъ отношеній. Тѣмъ болѣе неосновательно это утвержденіе для современнаго гражданского права съ его неимущественнымъ правомъ на имя и другими разнообразными „правами личности“.

Но, и помимо этого, указанное воззрѣніе обречено на безыходное противорѣчіе. Представимъ себѣ, что обязательно на дѣйствія неимущественное (напр., не играть на роляхъ въ сосѣдней квартирѣ) будетъ въ договорѣ обезпечено неустойкой. Едва ли кто изъ представителей этого воззрѣнія пойдетъ такъ далеко, что станетъ отрицать даже возможность взысканія неустойки. Между тѣмъ договоръ о неустойкѣ признается обыкновенно лишь соглашеніемъ дополнителнымъ, дѣйствительнымъ лишь тогда, если дѣйствительно соглашеніе главное. Если же договоръ о неустойкѣ нельзя не признать дѣйствительнымъ, то, очевидно, нельзя не признать дѣйствительнымъ и соглашеніе главное.

Сказанное, однако, имѣетъ силу не только для того случая, когда подобный договоръ обезпеченъ неустойкой. Представимъ себѣ, что неустойки назначено не было, но въ слѣдствіе неисполненія договора для контрагента возникли какіе-нибудь имущественные убытки, напр., въ приведенномъ примѣрѣ, въ слѣдствіе игры на роляхъ вопреки нашему договору, я вынужденъ къ перемѣнѣ квартиры. Имѣю ли я право предъявить искъ о возмѣщеніи этихъ имущественныхъ убытковъ? Опять-таки едва ли найдутся такіе послѣдовательные сторонники разсматриваемаго взгляда, которые стали бы отрицать возможность подобнаго иска. Если же такой искъ допустимъ, то очевидно, что его единственнымъ основаніемъ является договоръ между сторонами, такъ какъ игра на роляхъ, сама по себѣ никакого правонарушенія не составляетъ.

Конечно, въ случаяхъ только что разсмотрѣнныхъ дѣло все же въ концѣ концовъ сводилось къ требованіямъ имущественнымъ (неустойка, возмѣщеніе убытковъ), и въ этихъ предѣлахъ обыкновенно идутъ на уступку. Но, говорятъ, за этими предѣлами, т. е. тамъ, гдѣ кончаются имущественные вопросы, гражданскому праву дѣлать нечего: если бы даже право и захотѣло взять обязательства неимущественныя подъ свою защиту, оно все же сдѣлать этого было бы не въ состояніи: содержаніе ихъ судомъ вынуждено быть не можетъ, а нематеріальныя неспріятности оцѣнкѣ не подлежатъ.

Однако, и это возраженіе неубѣдительно. Прежде всего, мы увидимъ далѣе, что вопросъ о возмѣщеніи нематеріальнаго вреда

современнымъ правомъ вовсе не рѣшается такъ отрицательно, какъ это кажется авторамъ указанного возраженія. Но, и помимо этого, современное гражданское право знаетъ, кромѣ взысканія убытковъ, цѣлый рядъ другихъ способовъ побудить должника къ исполненію своей обязанности, напр., угроза штрафомъ, личнымъ арестомъ и т. д. Наконецъ, взысканіе, штрафъ и т. п. вовсе не исчерпываютъ всего значенія судебного приговора. Миѣніе, будто принудительная осуществимость составляетъ непремѣнный атрибутъ всякаго права, является ошибочнымъ: сила правовой нормы покоится не только на томъ, что она можетъ быть осуществлена принудительно. Въ огромномъ большинствѣ случаевъ даже простое признаніе судомъ (pronuntiatio) того обстоятельства, что отвѣтчикъ своей (неимущественной) обязанности не выполнилъ, имѣло бы большое практическое значеніе въ смыслѣ побужденія къ исполненію такихъ обязательствъ. Предоставленіе истцу права опубликовать этотъ приговоръ во всеобщее свѣдѣніе усилило бы это практическое значеніе во много разъ. Известно вѣдь, что и имущественныя обязательства очень часто исполняются не потому, что должникъ боится судебного пристава, а потому, что онъ боится утратить свою дѣловую репутацію. Поэтому, если бы даже денежное вознагражденіе за нематеріальный вредъ или примѣненіе ареста и штрафа было признано нежелательнымъ, все же нѣтъ причинъ закрывать для подобныхъ обязательствъ двери суда и отказывать имъ въ авторитетномъ судебномъ признаніи. Пусть такое простое судебное признаніе и провозглашеніе не всегда, не для всѣхъ лицъ, будетъ имѣть практическое значеніе, все же во многихъ случаяхъ оно будетъ имѣть это значеніе, и выбрасывать за бортъ эти многіе случаи нѣтъ рѣшительно никакихъ оснований. Пусть подобная судебная защита будетъ несовершенной, но лучше защита несовершенная, чѣмъ никакая. /

Но, говорить далѣе, общее признаніе юридической силы за обязательствами на дѣйствія неимущественныя привело бы къ необъятному расширенію гражданского права, къ распространенію его на такіе случаи, которые по самой природѣ своей противятся юридической регламентации. Передъ судомъ потянулись бы искъ объ обязательствахъ не курить, объ обѣщаніи протанцовать на балу вальсъ и т. д. Судебное разбирательство стало бы часто превращаться въ увеселительный спектакль, совершенно недостойный для правосудія.

Однако, и это возраженіе покоится на очевидномъ недоразумѣніи. Первымъ условіемъ для юридической силы всякаго—даже имущественнаго—договора является наличность у договарива-

ющихся воли придать своему соглашенію юридической характеръ (animus obligandi): вѣдь сплошь и рядомъ даже обѣщанія имущественнаго характера даются безъ намѣренія связать себя юридически (напр., братъ обѣщаетъ поддержку брату при устройствѣ его имущественныхъ дѣлъ и т. д.). Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ акого юридическаго намѣренія нѣтъ, разумѣется, ни о какомъ обязательствѣ, ни о какомъ искѣ не можетъ быть рѣчи. Въ огромномъ же большинствѣ случаевъ изъ тѣхъ, которыми хотятъ запугать насъ авторы приведеннаго возраженія (обѣщаніе не курить, протанцовать вальсъ и т. д.), именно этого непремѣннаго условія, намѣренія обязаться юридически, не будетъ, вслѣдствіе чего вопросъ объ обѣщаніяхъ этого рода самъ собой отпадаетъ. Есть ли налицо такой animus obligandi или нѣтъ, это вопросъ факта, разрѣшить который для судьи будетъ нисколько не труднѣе, чѣмъ цѣлый рядъ другихъ фактическихъ вопросовъ, съ которыми ему приходится имѣть дѣло ежедневно. Вопросъ, такимъ образомъ, возбуждаютъ только тѣ случаи, гдѣ наличность animus obligandi установлена: стороны, заключая свой договоръ, имѣли опредѣленное намѣреніе придать ему юридическую силу; онѣ сами стучатся въ дверь гражданского правосудія, и на какомъ основаніи мы можемъ ихъ оттолкнуть? Будемъ ли мы бояться возможностью „увеселительныхъ спектаклей“ унизить достоинство Оеимиды? Но, во-первыхъ, „увеселительные спектакли“ нерѣдки и при разборѣ имущественныхъ дѣлъ, а, во вторыхъ, гораздо болѣе надо бояться другою: какъ бы намъ за возможнымъ смѣхомъ не проглядѣть подлинныхъ, реальныхъ слезъ, часто связанныхъ съ нарушеніемъ немущественныхъ интересовъ...

Пренебреженіе къ духовнымъ интересамъ является лишь психологическимъ отголоскомъ стараго времени. Ростъ духовной стороны человѣческой личности требуетъ для этихъ интересовъ такого же признанія, какимъ пользуются интересы имущественные. Совершенно правильно подмѣтила это германская коммиссія, пересматривавшая проектъ Уложенія. „У высоко-культурнаго народа,—читаемъ мы въ ея протоколахъ¹⁾—обязательство имѣть свою задачу обеспечивать не только матеріальныя блага, но и блага идеальныя, значеніе и цѣнность которыхъ растутъ вмѣстѣ съ ростомъ культуры“.

Однако, старое возрѣніе, вынужденное отступать передъ натискомъ этой культурной потребности, пытается задержаться на нѣкоторой средней позиціи. Признавая необходимость допущенія

¹⁾ Protokolle. Bd. I, стр. 281. /

обязательствъ на дѣйствія немущественныя, многіе изъ представителей науки современнаго гражданскаго права требуютъ, однако, для такого допущенія наличности „серьезнаго“, „достойнаго охраны“, интереса („schutzwürdiges Interesse“). Недостаточно того, что стороны сами настолько цѣнили свой интересъ, что облекли его въ форму юридическаго договора; необходима провѣрка суда съ точки зрѣнія объективной „общезначимости“ этого интереса. Духовный интересъ, который имѣетъ уже общее значеніе въ данной средѣ, долженъ получить юридическую защиту; то же, что имѣетъ характеръ чисто-личнаго, субъективнаго пристрастія даннаго лица, охранѣ права подлежатъ не можетъ. Такъ, напр., договоръ о томъ, чтобы сосѣдъ не игралъ по ночамъ на роялѣ, можетъ разсчитывать съ этой точки зрѣнія на свое признаніе передъ судомъ, такъ какъ духовное благо ночного спокойствія есть въ настоящее время уже объективное, общепризнаваемое благо. Иное дѣло договоръ, которымъ лицо выговариваетъ только, чтобы сосѣдъ не игралъ какой-либо одной пьесы, слышать которую оно по своимъ личнымъ воспоминаніямъ не можетъ; вопросъ о признаніи такого договора уже можетъ быть сомнительнымъ, такъ какъ охраняемое имъ благо имѣетъ только личный, чисто субъективный интересъ.

Но и это среднее мнѣніе должно быть рѣшительно отвергнуто. Мы знаемъ уже, что новѣйшее развитіе правосознанія движется не только по пути признанія правъ личности вообще, но и по пути признанія правъ конкретной человѣческой личности. Совершенно справедливо и на этотъ вопросъ отвѣчала германская коммиссія: „достоинъ охраны всякій интересъ, который не нарушетъ границъ закона или индивидуальной свободы. Нѣтъ надобности въ иныхъ границахъ, кромѣ той, которая требуетъ, чтобы обязательство не противорѣчило закону или добрымъ нравамъ“ 1).

Съ аналогичной борьбой воззрѣній мы встрѣчаемся и въ другомъ вопросѣ, связанномъ съ духовными, нематеріальными, интересами,—именно въ вопросѣ о возмѣщеніи такъ называемаго моральнаго вреда. Мы видѣли, что этотъ вопросъ сплетается съ тѣмъ что разсмотрѣннымъ вопросомъ о значеніи обязательствъ на дѣйствія немущественныя, хотя отнюдь съ нимъ не совпадаетъ. Неисполненіе договора даже имущественнаго содержания можетъ причинить контрагенту, кромѣ матеріальнаго вреда, еще нематеріальныя непріятности; любое обыкновенное

1) Protokolle, I. cit.

правонарушеніе (деликтъ) можетъ быть источникомъ глубокихъ нравственныхъ потрясеній для того, противъ кого оно было совершено. Хозяинъ гостиницы не предоставилъ вамъ общаго имъ по телеграфу номера, вслѣдствіе чего вамъ, быть можетъ, съ семьей, пришлось провести ночь на улицѣ. Какой-либо злоумышленникъ укралъ у васъ матеріалы для готовящагося вами сочиненія или уничтожилъ послѣднюю фотографическую карточку вашей покойной матери и т. д., и т. д. И вотъ передъ судомъ возникаетъ трудный вопросъ, можно ли во всѣхъ подобныхъ случаяхъ игнорировать нематеріальный вредъ этого рода, ограничиваясь исключительно стороной имущественной.

Римское право и здѣсь принципиально держалось этой второй точки зрѣнія, допуская нѣкоторое вознагражденіе за нематеріальный вредъ лишь въ отдѣльныхъ исключительныхъ случаяхъ (напр., при искахъ объ обидѣ — *actio injuriarum*). Эту римскую точку зрѣнія усвоила себѣ и юриспруденція новыхъ народовъ. Еще въ настоящее время весьма распространено ученіе о томъ, что возмѣщеніе нематеріальнаго вреда не можетъ входить въ задачи гражданскаго права: этотъ вредъ, во-первыхъ, не можетъ быть оцѣненъ на деньги, а, во-вторыхъ, если бы даже такая оцѣнка была какимъ-нибудь образомъ возможна, она была бы нежела- тельна, такъ какъ она унижала бы тѣ самыя духовныя блага, которыя желаютъ возвысить и охранить.

Однако, и здѣсь въ XIX вѣкѣ рядомъ съ этимъ воззрѣніемъ возникло другое, которое считаетъ гражданское право принципиально обязаннымъ взять эти пираемые нематеріальныя интересы подъ свою защиту. Прежде всего это воззрѣніе зародилось въ практической юриспруденціи, именно въ практикѣ судовъ французскихъ и англійскихъ, которые стали широко давать денежное удовлетвореніе за моральный вредъ. За практикой мало-помалу пошла и теорія, а затѣмъ это воззрѣніе перекинулось и въ другія страны. Въ частности, въ Германіи горячими защитниками его явились такіе авторитеты, какъ Ирингъ или Гирке. Настроне въ пользу возмѣщенія нематеріальнаго вреда стало расти и, несмотря на столь же горячую оппозицію, въ значительной степени нашло себѣ отраженіе въ новѣйшихъ кодификаціяхъ.

Правда, всѣ онѣ въ принципѣ продолжаютъ стоять на точкѣ зрѣнія невозмѣщенія моральнаго вреда (§ 253 Герм. Уложения: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden“; ст. 28 Швейцарскаго Уложения: „Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist

pur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig“); тѣмъ не менѣе всѣ онѣ дѣлаютъ изъ этого принципа далеко идущія исключенія.

Такъ, согласно Германскому Уложенію (§ 847), въ случаѣ тѣлеснаго поврежденія, поврежденія здоровья, лишенія свободы или нарушенія женской чести гражданскій судъ можетъ назначить нѣкоторое „справедливое вознагражденіе“ и за нематеріальный вредъ. Далѣе, предоставляя суду право пониженія назначенной пѣ договорѣ неустойки, если она покажется чрезмѣрной, Германское Уложеніе предписываетъ, однако, суду въ такомъ случаѣ принимать во вниманіе и нематеріальные интересы того, кто эту неустойку выговорилъ (§ 343). Наконецъ, сверхъ того, германскій уголовный законъ при цѣломъ рядѣ преступленій (клевета, нарушеніе авторскаго права и т. д.) предоставляетъ суду право назначить, сверхъ уголовного наказанія, еще и частный штрафъ (т. наз. Busse) въ пользу потерпѣвшаго въ видѣ его удовлетворенія.

Швейцарскій законъ объ обязательствахъ 1911 года идетъ еще далѣе. Установивъ въ ст. 47, что, въ случаѣ убійства или тѣлеснаго поврежденія, судъ можетъ возложить на преступника обязанность уплатить нѣкоторую соответственную сумму потерпѣвшему или его ближнимъ въ видѣ удовлетворенія, онъ затѣмъ въ ст. 49 даетъ для всѣхъ другихъ правонарушеній слѣдующее общее правило: „Кто окажется потерпѣвшимъ въ своихъ личныхъ отношеніяхъ („wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird“), можетъ при наличности вины правонарушителя требовать возмѣщенія вреда, а тамъ, гдѣ это оправдывается тяжестью правонарушения или виновности, можетъ требовать, сверхъ того, и уплаты денежной суммы въ видѣ удовлетворенія“; „Нужно отмѣтить, впрочемъ, что приведенное постановленіе закона 1911 года является нѣкоторымъ суженіемъ соответственной статьи (ст. 56) прежняго Швейцарскаго Уложенія объ обязательствахъ (1881 года): это послѣднее не знало оговорки „гдѣ это оправдывается тяжестью правонарушения или виновности“. Тѣмъ не менѣе даже въ его нынѣшнемъ видѣ Швейцарское обязательственное Уложеніе распространяетъ принципъ вознагражденія за нематеріальный вредъ на всю область правонарушеній, поскольку они сопровождалась поврежденіемъ „личныхъ отношеній“. Что же такое по терминологіи Швейцарскаго Уложенія эти „личныя отношенія“, мы уже знаемъ изъ предыдущаго: этимъ именемъ обозначается вся совокупность нематеріальныхъ интересовъ каждой конкретной личности. „Нарушеніе „личныхъ отношеній“, — говоритъ одинъ изъ комментаторовъ Швейцарскаго

Уложенія, — опредѣляется не in abstracto, а въ связи съ самой личностью потерпѣвшаго“¹⁾.

Наконецъ, и нашъ (внесенный въ Госуд. Думу) проектъ обязательственнаго права идетъ по тому же пути, хотя и не совсѣмъ согласно со своими двумя только что приведенными образцами. Такъ, прежде всего, по примѣру Германскаго Уложенія, онъ устанавливаетъ возмѣщеніе нематеріальнаго вреда при нѣкоторыхъ опредѣленныхъ деликтахъ. Ст. 1201 говоритъ: „Въ случаяхъ причиненія обезображенія или иного тѣлеснаго поврежденія, равно какъ и въ случаѣ лишенія свободы, судъ можетъ назначить потерпѣвшему денежную сумму по справедливому усмотрѣнію, принимаю во вниманіе, была ли со стороны виновнаго обнаружена злонамѣренность, и другія обстоятельства дѣла, хотя бы потерпѣвшій не понесъ никакихъ убытковъ (нравственный вредъ)“. Ст. 1202 присоединяетъ сюда случаи любодѣнія и обольшенія. Далѣе, проектъ заимствуетъ изъ германскаго кодекса и положеніе относительно неустойки: ст. 70 предписываетъ судѣ при пониженіи этой послѣдней „принять въ соображеніе не только имущественные, но и другіе справедливые интересы вѣрителя“. Сверхъ того, мы имѣемъ въ нашемъ проектѣ слѣдующее неизвѣстное предыдущимъ кодексамъ и чрезвычайно любопытное правило. Ст. 130 гласитъ: „Вѣрителю должны быть возмѣщены убытки, которые непосредственно вытекаютъ изъ неисполненія должникомъ обязательства и которые могли быть предвидѣны при заключеніи договора.—Должникъ, умышленно или по грубой неосторожности не исполнившій обязательства, можетъ быть присужденъ къ возмѣщенію и другихъ, кромѣ указанныхъ выше, убытковъ, хотя бы они заключались не въ имущественномъ, а нравственномъ вредѣ и не подлежали точной оцѣнкѣ“. Какъ видимъ, нашъ проектъ выходитъ уже за предѣлы деликтовъ и устанавливаетъ возмѣщеніе нематеріальнаго вреда даже при (умышленномъ или по грубой неосторожности) неисполненіи договора. Правда, такое общее правило по отношенію ко всѣмъ договорамъ, при ограниченіи возмѣщенія нравственнаго вреда лишь нѣкоторыми деликтами, можетъ повести къ курьезнымъ и несправедливымъ послѣдствіямъ (напр., мастеръ, не доставившій мнѣ къ сроку костюма, будетъ отвѣчать за нравственный вредъ, а воръ, укравшій тотъ же костюмъ, отвѣчать не бу-

¹⁾ V. Rossel. Manuel du droit civil suisse. T. III. (commentaire) Roussel et Mentha), стр. 84.

деть)¹⁾ тѣмъ не менѣ подобнымъ расширеніемъ ответственности за нематеріальный вредъ на область договоровъ нашъ проектъ далеко обгоняетъ своихъ западно-европейскихъ предшественниковъ.

Всѣ эти факты непреложно свидѣтельствуютъ о томъ, что игнорировать нематеріальный вредъ чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе дѣлается невозможнымъ. Самые исключения, допущенныя новѣйшими кодификаціями изъ принятаго ими общаго начала о невозвѣстности этого вреда, въ корень подрываютъ аргументацію въ пользу этого начала.

Нравственный вредъ не можетъ быть оцѣненъ на деньги! Но вѣдь для указанныхъ въ законѣ отдѣльныхъ случаевъ возможность такой оцѣнки признается; почему же она не признается вообще? Мотивы къ Германскому Уложению оправдываются тѣмъ, что оцѣнка нематеріального вреда зависитъ въ высокой степени отъ судейскаго усмотрѣнія, и распространить это усмотрѣніе на всѣ случаи значило бы отдать въ руки суда опасный "суверенитетъ" надъ всей областью спорныхъ отношеній²⁾. Мотивъ для Германскаго Уложения неожиданный: мы знаемъ уже, что въ цѣломъ рядѣ гораздо болѣе сомнительныхъ позицій оно нисколько не останавливалась передъ подлиннымъ судебнымъ суверенитетомъ. Между тѣмъ именно здѣсь ни о какомъ суверенитетѣ не можетъ быть рѣчи: въ вопросѣ о вознагражденіи нематеріального вреда дѣло идетъ не объ установленіи такой или иной въ законѣ непредусмотрѣнной нормы, а объ оцѣнкѣ извѣстныхъ фактическихъ обязательствъ. Конечно, какая-либо точная оцѣнка нравственнаго вреда невозможна, но вопросъ идетъ собственно не объ оцѣнкѣ, а о предоставленіи потерпѣвшему нѣкотораго удовлетворенія, нѣкоторой компенсаціи за перенесенное. Какъ правильно говорить Гирке³⁾, въ виду того, что деньги являются ключомъ къ цѣлому ряду идеальныхъ благъ, уплата потерпѣвшему извѣстной денежной суммы открываетъ для него возможность вознаградить себя другими духовными радостями и въ этомъ смыслѣ представляеть для него дѣйствительный эквивалентъ потеряннаго.

Видѣтъ съ тѣмъ падаетъ и другое возраженіе—о томъ, что такой оцѣнкой самыя нематеріальныя блага унижаются. Если они не унижаются при тѣлесномъ поврежденіи, лишеніи свободы или

¹⁾ Покровский. Обязательства изъ деликтвъ въ проектѣ гражданскаго уложения.

²⁾ Motive. II, стр. 22.

³⁾ Entwurf und das deutsche Recht, стр. 197. ✓

посягательствахъ на женскую честь, то почему они будутъ унижены вознагражденіемъ при грабежѣ, воровствѣ и всѣхъ другихъ деликтахъ?

Неосновательно, наконецъ, и то опасеніе, что установленіе ответственности за нравственный вредъ создастъ благоприятную почву для разнообразныхъ неблаговидныхъ и даже безнравственныхъ притязаній: мужъ, напр., будетъ искать возмѣщенія нравственнаго вреда съ любовника своей жены и т. п. Дать отпоръ всѣмъ такимъ притязаніямъ прямая обязанность суда: правило о возмѣщеніи нравственнаго вреда создается, конечно, лишь для тѣхъ случаевъ, когда пострадавшій дѣйствительно потерпѣлъ такой вредъ, дѣйствительно перенесъ страданія, а не для случаевъ простой возможности этихъ послѣднихъ. Есть ли въ данномъ конкретномъ случаѣ подлинный нравственный вредъ или же только спекуляція на полученіе денежной суммы, разобратся въ этомъ естественная фактическая задача суда. Во всякомъ случаѣ опасеніе подобныхъ единичныхъ неблаговидныхъ притязаній не можетъ служить основаніемъ къ тому, чтобы оставить безъ вниманія всѣ подлинныя нравственныя страданія людей. Безъ охраны нематеріальныхъ благъ правовая защита сплошь и рядомъ окажется простою насмѣшкой.

Такимъ образомъ, ограниченіе ответственности за нравственный вредъ только случаями нѣкоторыхъ правонарушеній не находить для себя основаній: то, что признано справедливымъ для одного случая, не можетъ быть несправедливымъ для другихъ. И то расширеніе этой ответственности на всю область "личныхъ отношеній", которое содержитъ Швейцарское Уложеніе, должно быть привѣтствуемо, какъ значительный шагъ впередъ.

Но, быть можетъ, возмѣщеніе нравственнаго вреда должно быть ограничено предѣлами правонарушеній (деликтвъ)? Быть можетъ, по отношенію къ обязательствамъ изъ договоровъ право можетъ чувствовать себя отъ этой задачи свободнымъ? Какъ мы видѣли, и Германское и Швейцарское Уложения въ области договоровъ выдерживаютъ свое отрицательное отношеніе къ нравственному вреду послѣдовательно. Мотивомъ служить то соображеніе, что здѣсь заключающій договоръ уже заранѣе можетъ предвидѣть возможность нравственнаго вреда и потому можетъ обезпечить себя установленіемъ на случай неисполненія неустойки. Однако, это соображеніе неубѣдительно. Съ одной стороны, далеко не всегда можно при самомъ заключеніи договора предусмотрѣть всѣ тѣ тяжелыя положенія, въ которыя можетъ поставить неисправность должника, а, съ другой

стороны, какъ справедливо отмѣтилъ Гирке, это одинъ изъ тѣхъ аргументовъ, въ основѣ которыхъ лежитъ предположеніе, что гражданское право пишется для третьихъ дѣловыхъ людей¹⁾. Въ виду этого принципиальнѣе и правильнѣе поступаетъ нашъ проектъ объ обязательствахъ, устанавливая общую обязанность возмѣщенія нравственнаго вреда при неисполненіи договоровъ. Сомнительнымъ только является принятое имъ ограниченіе этой отвѣтственности случаями умысла или грубой небрежности.

Во всякомъ случаѣ, какъ видимъ, принципиальные предразсудки въ нашемъ вопросѣ уже сломлены, и старое воззрѣніе сдаетъ одну позицію за другою. Чѣмъ болѣе развивается человѣчество, чѣмъ болѣе начинаетъ оно жить разносторонними нематеріальными интересами, тѣмъ болѣе праву приходится брать ихъ подъ свою защиту, и, въ частности, гражданское право не можетъ уклониться отъ участія въ этой защитѣ. Пусть граждански-правовая защита будетъ неполной и несовершенною, но, повторяемъ, лучше такая защита, чѣмъ ничто. Даже несовершенною защита содержитъ напоминаніе о необходимости бережнаго отношенія къ нематеріальнымъ интересамъ людей; даже такая защита будетъ имѣть поэтому огромное воспитательное и предупредительное значеніе.

¹⁾ Entwurf, стр. 198.

IX.

Проблема производной личности (юридическія лица).

Возрастающее значеніе личности не можетъ не сказываться въ юридическомъ положеніи создаваемыхъ ею союзовъ и учреждений. Въ этихъ послѣднихъ индивидуальная личность находитъ себѣ естественное продолженіе и восполненіе.

Однако, союзныя образованія отнюдь не составляютъ явленія только новѣйшаго права. Напротивъ, уже всякое древнее общество характеризуется разнообразными формами коллективизма; оно все состоитъ изъ такихъ или иныхъ союзовъ — родовъ, общинъ и т. д., внѣ которыхъ индивидъ находится не можетъ, внѣ которыхъ самая правоспособность его немыслима. Но всѣ эти союзы имѣютъ для индивида принудительный характеръ: онъ не можетъ не состоять въ нихъ, не можетъ выбирать ихъ своей волей, не можетъ по общему правилу и выйти изъ нихъ добровольно.

Съ теченіемъ времени нѣкоторыя изъ этихъ союзовъ (напр., родъ, община) утрачиваютъ свое прежнее всеобъемлющее значеніе, но взамѣнъ ихъ часто возникаютъ другіе союзы такого же недобровольнаго, принудительнаго типа, напр., профессиональныя корпораціи позднѣйшей Римской имперіи, западно-европейскіе цехи и т. д.

Однако, какъ бы ни измѣнялись въ исторіи виды этихъ принудительныхъ союзовъ, на извѣстной ступени развитія самая принудительность ихъ должна была оказаться тормазомъ для свободнаго проявленія индивидуальной силы и инициативы. Необходимы въ свое время, когда отдѣльная личность еще была слишкомъ слаба, и когда неокрѣпнувшее еще государство не могло дать ей надлежащей, всесторонней защиты, всѣ эти принудительные союзы съ измѣненіемъ указанныхъ условій утратили свое прежнее полезное значеніе и стали давать себя знать только своими отрицательными сторонами. Естественно поэтому, что все прогрессивное движеніе въ области гражданскаго права какъ въ старомъ Римѣ, такъ и у новыхъ народовъ сводилось къ борьбѣ съ этими принудительными союзами, остатками стараго родового,

общинного или феодального строя. Личность стремилась освободить себя от этих принудительных путей, выйти на дорогу самостоятельности и самоопределения.

Но эта индивидуальная самостоятельность отнюдь не исключает потребности в соединении с другими себе подобными для достижения тех или других общих целей, потребности в союзах. Развитие личности требует только замѣны союзов принудительных союзами добровольными. И действительно, такая замѣна совершается на глазах истории: очищая постепенно арену гражданского права от обломков старого здания, развивающаяся личность покрывает ее многообразными новыми сооружениями.

Граждански-правовая соединения лиц для совместной деятельности могут иметь различную цель и различный характер, вследствие чего для гражданского права возникает нелегкая задача найти для всего этого разнообразия подходящия формы. И работа над созданием этих форм идет еще от времени римского права. Оставляя и здесь детали в стороне, укажем лишь основные из этих, известных современному гражданскому праву, форм.

Простейшую и вместе с тем древнейшую из них представляет так называемое товарищество (римская *societas*). Ее юридическая сущность заключается в том, что лица, соединяющиеся для одной общей цели, юридически не исчезают в созданном ими союзе; перед лицом гражданского права, перед третьими лицами они, а не союз, являются контрагентами, истцами и ответчиками. Заключенный ими между собой товарищеский договор создает только известную обязательства между ними, следовательно, регулирует только внутреннюю сторону их отношений, не изменяя стороны внешней. Соглашение о товариществе может касаться одного единственного дела (например, покупки сообща имения), по исполнении которого оно прекращается; оно может иметь в виду и некоторую более длительную цель (совместное ведение какого-либо предприятия); но будет ли одно или другое, во всяком случае подобное соглашение характеризуется тем, что оно не создает какого-либо нового юридического центра, нового субъекта прав, отличного от отдельных товарищей.

Однако, развивающиеся интересы гражданской жизни не всегда могут удовлетвориться такой формой. Чем длительнее цель союза, чем неопределеннее его возможный состав, тем более желательным делается придать этому соединению ха-

актерь некоторого нового юридического центра, обособленного от отдельных физических лиц, входящих в его состав, и располагающего своим собственным имуществом. После долгих поисков римское право впервые разрешило эту задачу созданием так называемого юридического лица. С момента своего учреждения союз начинает рассматриваться правом, как некоторое самостоятельное лицо, надѣленное особой гражданской правоспособностью; оно имеет свое имущество, через своих представителей вступает в договоры с внешним миром, ищет и отвечает на суд. Отдельные члены этого союза закрываются его новой юридической личностью: юридическое лицо сохраняет свое тождество, несмотря на смену отдельных членов; оно отвечает своим имуществом, и даже в случае недостатка такового взыскания третьих лиц не могут быть обращены на личное имущество отдельных членов.

Созданная впервые римским правом фигура юридических лиц была воспринята правом новых народов и нашла себя у них чрезвычайно широко применение. Являясь лишь известной формой для определения внешних отношений союза и допуская самую разнообразную внутреннюю отношения между членами, фигура юридического лица была в высокой степени пригодной для самых разнообразных соединений. В эту форму могли вылиться различные торговые и промышленные предприятия, а также всевозможные союзы с целями немущественными — союзы религиозные, научные, артистические, спортивные и т. д. Чем дальше, тем более разрасталась сеть этих союзов, и мы знаем, насколько в настоящее время вся общественная жизнь переплетена ими.

Но в форму юридического лица могут отлиться не только союзы; уже в позднем римском праве эта форма была приспособлена и для так называемых учреждений (*Stiftungen, fondations*). Те или другие цели (призрение бедных, насаждение просвещения и т. д.) могут выходить далеко за пределы индивидуальной жизни; между тем служение им может составлять важнейшее стремление человека. В виду этого естественно желание и здесь отделить служение этим целям от определения физического субъекта, придать этому служению характер прочности и постоянства. Это достигается созданием учреждений: для постоянного служения указанной цели назначается имущество и определяются те органы, которые будут эксплуатировать его соотвѣтственно назначению. Вследствие этого и здесь пред нами появляется некоторый новый юридический центр, имеющий свою

особую правоспособность и независимый отъ тѣхъ или другихъ физическихъ лицъ.

Если признаніе всѣхъ подобныхъ организаций составляло необходимое условіе культурнаго и экономическаго прогресса, то съ другой стороны, появленіе, а тѣмъ болѣе широкое развитіе ихъ поставило на очередь цѣлый рядъ чрезвычайно трудныхъ вопросовъ. Мы не можемъ входить здѣсь въ обстоятельное изложеніе ихъ; мы должны оставить въ сторонѣ, напр., всѣ спеціальныя вопросы акціонернаго права или столь волнующія наше время вопросы объ отношеніи законодательства къ синдикатамъ и трѣстамъ. Мы ограничимся только самыми основными вопросами общаго, принципиальнаго характера.

Юридическія лица были въ теченіе всего XIX вѣка одной изъ излюблѣннѣйшихъ темъ въ цивилистической литературѣ. И, дѣйствительно, уже самый фактъ ихъ особой правоспособности давалъ богатую пищу теоріи права. Чѣмъ объяснить эту правоспособность, чѣмъ объяснить то обстоятельство, что нѣкоторое общественное образование разсматривается и дѣйствуетъ въ оборотѣ какъ единичный реальный человѣкъ, какъ физическая личность („*personae vicem fungitur*“)? Въ отвѣтъ на этотъ вопросъ въ теченіе XIX вѣка былъ предложенъ цѣлый рядъ ученій, начиная съ теоріи фикціи и кончая теоріями, отрицающими вообще самое понятіе субъекта правъ (какъ то мы видѣли выше въ ученіи Густава Шварца). Не будемъ останавливаться на изложеніи этихъ ученій; отмѣтимъ только слѣдующее.

Съ одной стороны, при рѣшеніи вопроса о природѣ юридическихъ лицъ, вопроса о томъ, представляютъ ли они нѣкоторую фикцію нашего юридическаго мышленія или же подлинную реальность, естественно прежде всего разрѣшить вопросъ о томъ, что мы разумѣемъ подъ словомъ „реальность“ въ сферѣ правовыхъ явленій. Различное пониманіе послѣдней даетъ, конечно, и различные отвѣты на вопросъ о природѣ юридическихъ лицъ. Такъ, напр., съ точки зрѣнія „наивнаго реализма“ въ нашей области, того реализма, для котораго реально только то, что болѣе или менѣе осязаемо, юридическое лицо естественно будетъ фикціей, а если съ фикціями оперировать нежелательно, то реальныхъ субъектовъ правъ, скрывающихся подъ видомъ юридическихъ лицъ, придется искать или въ „дестинатарахъ“ (Перингъ) или въ самомъ имуществѣ (Врингъ). Напротивъ, съ точки зрѣнія того своеобразнаго солипсизма, на почвѣ котораго стоитъ Л. I. Петражицкій и для котораго объективная реальность замѣняется нѣкоторымъ психическимъ „субъективнымъ представленіемъ“, не

только юридическое лицо, но даже и обыкновенный физическій человѣкъ будетъ казаться только идеей („представленіемъ“) — наравнѣ съ какимъ-нибудь дьяволомъ, лѣшимъ и другими продуктами разстроенаго воображенія. Выясненіе преюдиціальнаго вопроса о социальной реальности является, такимъ образомъ, необходимымъ предположеніемъ для правильнаго теоретическаго разрѣшенія вопроса о природѣ юридическихъ лицъ. Думается, что юридическая реальность есть вообще нѣкоторая особая реальность: самый физическій человѣкъ, превращаясь въ юридическаго субъекта правъ, утрачиваетъ въ значительной мѣрѣ свою реальность естественную; для понятія субъекта правъ безразлична рость, цвѣтъ волосъ и т. д. Въ особенности въ сферѣ имущественнаго оборота право мыслить людей прежде всего въ качествѣ нѣкоторыхъ абстрактныхъ центровъ хозяйственной жизни. Понятіе субъекта правъ, такимъ образомъ, есть вообще нѣкоторое техническое, условное понятіе, которое, какъ таковое, вполне примѣнимо и къ лицамъ юридическимъ.

Съ другой стороны, всѣ эти споры о природѣ юридическихъ лицъ имѣютъ не только теоретическое значеніе. Такое или иное пониманіе этой „природы“ приводятъ и къ различнымъ практическимъ выводамъ, предопредѣляя принципиальное отношеніе къ основнымъ вопросамъ данной области. Связь эта наглядно показана Салейлемъ въ его превосходномъ сочиненіи „*De la personnalité juridique*“ (Paris. 1910).

Однимъ изъ первыхъ въ ряду этихъ основныхъ вопросовъ является вопросъ объ условіяхъ для возникновенія юридическихъ лицъ. Несомнѣнно, что для возникновенія юридического лица необходимо прежде всего актъ частной воли, т. е. волеизъявленіе его учредителей (мы говоримъ здѣсь лишь о юридическихъ лицахъ частнаго права, оставляя учрежденія публичнаго права — напр., казну, земства, городскія управленія и т. д. — въ сторонѣ). Но, спрашивается, достаточно ли одного такого частнаго волеизъявленія или же, сверхъ того, необходима еще какая-либо санкція со стороны государства?

Въ теоріи мы и донныя встрѣчаемъ на этотъ счетъ два противоположныхъ мнѣнія. Согласно одному изъ нихъ, такая санкція безусловно необходима; она вызывается соображеніями какъ теоретическаго, такъ и практическаго характера. Въ особенности на этомъ требованіи настаиваютъ представители теоріи фикціи; гражданская правоспособность юридическихъ лицъ, говорятъ они, не есть нѣчто естественное, какъ правоспособность лицъ физическихъ; это нѣчто искусственное, что можетъ быть даровано

только государствомъ. Съ другой стороны, возникновение юридическаго лица обозначаетъ появленіе въ составѣ гражданскаго общества новаго члена этого послѣдняго, и естественно, чтобы этотъ новый членъ былъ признанъ обществомъ (т. е. его выразителемъ—государствомъ), былъ принятъ имъ въ свою среду. Наконецъ, утверждение со стороны государства необходимо, какъ средство для охраны этого послѣдняго противъ такихъ союзныхъ образований, которыя могутъ быть для него опасны, а также для охраны публики противъ разнообразныхъ „дутыхъ“ компаній, ставящихъ свою исключительную цѣлью спекулятивную наживу.

Другое направленіе все это рѣшительно отрицаетъ, при чемъ главными сторонниками этого направленія являются представители теоріи реальности юридическихъ лицъ. Юридическое лицо отнюдь не есть нѣчто фиктивное, созданное искусственно нашимъ юридическимъ мышленіемъ; оно—нѣкоторая общественная реальность, и потому правоспособность его такъ же естественна, какъ правоспособность человѣка. Въ свободѣ частныхъ лицъ къ совершенію юридическихъ актовъ eo ipso заключается и свобода создавать союзы и учрежденія. Эта свобода можетъ быть ограничена только общими рамками гражданско-правовой дѣятельности, т. е. требованіями, чтобы возникающее юридическое лицо не противорѣчило закону, добрымъ нравамъ и т. д. Для какихъ-нибудь дальнѣйшихъ ограниченій нѣтъ никакихъ основаній.

Каждому изъ этихъ двухъ воззрѣній соотвѣтствуютъ и двѣ различныя практическія системы: первому—система утвержденія или, правильнѣе, система концессионная, второму—система свободного образованія.

Борьба между этими двумя воззрѣніями наполняетъ собою все истекшее XIX столѣтіе, причемъ колебанія отъ одного къ другому изъ нихъ отражаются какъ въ законодательствѣ, такъ и въ судебной практикѣ. При всемъ томъ колебанія эти чѣмъ далѣе, тѣмъ замѣтнѣе склоняются въ сторону все большей и большей свободы юридическихъ лицъ.

Кодификаціи начала XIX вѣка—Code civil и Австрійское Уложеніе—заняли въ этомъ вопросѣ положеніе очень неопредѣленное. Въ частности, во Франціи въ это время можно констатировать довольно отрицательное отношеніе къ вопросу объ образованіи юридическихъ лицъ. Даже революціонная эпоха, поставившая своимъ лозунгомъ свободу индивидуальной самодѣятельности, не рѣшилась провозгласить принципа свободного образованія юридическихъ лицъ. Съ одной стороны, та „абсолютистическая“ вѣра въ государство, о которой было сказано выше, принципиально противилась вся-

кимъ союзамъ, которые стали бы между государствомъ и личностью. Съ другой стороны, революціонное правительство недружелюбно относилось къ могущественнѣйшимъ корпораціямъ того времени—корпораціямъ церковнымъ. Въ эпоху созданія Code Napoléon положеніе перемѣнилось: союзы стали вызывать опасенія уже съ противоположной точки зрѣнія, съ точки зрѣнія своей революціонности; но общее отношеніе къ вопросу осталось прежне—именно отношеніе опасливой неопредѣленности. Вслѣдствіе этого изъ неясныхъ положеній Code civil французская юриспруденція вывела, какъ общее правило французскаго права, концессионную систему возникновенія юридическихъ лицъ.—Не менѣе туманенъ и § 26 Австрійскаго Уложенія; во всякомъ случаѣ и въ Австріи въ первой половинѣ XIX столѣтія господствовала рѣшительная наклонность къ той же концессионной системѣ.

Однако, съ 60-хъ годовъ замѣчается опредѣленный поворотъ. Движеніе въ пользу болѣе свободнаго образованія юридическихъ лицъ начинается вездѣ въ области торговаго оборота, который требуетъ облегченія для возникновенія торговыхъ товариществъ, въ особенности акціонерныхъ компаній. Затѣмъ это движеніе перебрасывается въ область гражданскаго права, гдѣ борьба концессионнаго, главнымъ образомъ, вокругъ союзовъ съ идеальными цѣлями. Подъ давленіемъ этого движенія совершается постепенный переходъ отъ концессионной системы къ такъ называемой в о ч н о й с и с т е м ѣ, или системѣ „Normativbestimmungen“: законъ устанавливаетъ извѣстныя условія, которымъ юридическое лицо должно удовлетворять, и затѣмъ всякій союзъ, удовлетворяющій этимъ условіямъ, уже eo ipso имѣетъ право на внесеніе его въ реестръ; со внесеніемъ же въ реестръ онъ получаетъ возможность фигурировать въ дѣловомъ оборотѣ въ качествѣ юридическаго лица безъ какого-либо особаго акта со стороны тѣхъ или другихъ органовъ государственной власти.

Во Франціи выраженіемъ этого движенія являются законы 1867 г. (объ акціонерныхъ компаніяхъ, о такъ называем. sociétés anonymes), 1893 г. и, наконецъ, законъ 1 іюля 1901 г. для союзовъ съ идеальными цѣлями, который, устанавливая извѣстныя общія требованія, провозглашаетъ въ видѣ общаго правила: „Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisations ni déclaration préalable“.

Медленно, съ колебаніями, но по тому же пути идетъ и Германія. Уже въ концѣ 60-хъ и 70-хъ годахъ мы видимъ въ отдѣльныхъ государствахъ частичныя попытки къ облегченію образованія юридическихъ лицъ; но во весь свой принципиальный ростъ

всталъ этотъ вопросъ въ эпоху подготовки общегерманскаго гражданскаго уложенія. Комиссія, выработавшая первый проектъ, въ виду остроты вопроса и неясности политическаго горизонта въ этомъ отношеніи, рѣшила обойти этотъ вопросъ, предоставивъ его разрѣшеніе партикулярнымъ законодательствамъ. Такое уклоненіе отъ вопроса вызвало горячую критику, и вторая комиссія рѣшила выработать проектъ общеимперскихъ правилъ, несмотря на возраженіе со стороны прусскаго правительства. По вопросу о возникновеніи юридическихъ лицъ комиссія отвергла одинаково какъ систему концессионную, такъ и систему свободнаго образованія въ качествѣ единой, общей системы. Исключительное проведеніе первой системы, за что стояло прусское правительство, обозначало бы шагъ назадъ по сравненію съ тѣмъ, что уже есть; кромѣ того, эта система ставила бы съ этой стороны всю общественную жизнь подъ тяжелую опеку правительства. Но и вторая система была отвергнута: она создаетъ для третьихъ лицъ полную неопредѣленность, такъ какъ не даетъ имъ твердыхъ признаковъ, по которымъ можно судить о томъ, является ли данный союзъ подлиннымъ (правоспособнымъ) юридическимъ лицомъ или нѣтъ. Въ результатѣ всѣхъ этихъ соображеній была принята средняя, смѣшанная система: для корпорацій съ идеальными цѣлями явочная (Normativbestimmungen и регистрація), для компаній, преслѣдующихъ имущественныя цѣли,—система концессионная ¹⁾).

Къ гораздо болѣе рѣшительнымъ результатамъ привелъ тотъ же процессъ развитія въ Швейцаріи, гдѣ опасенія политическаго свойства отпадали. Уже въ обязательственномъ кодексѣ 1881 г. для акціонерныхъ компаній, товариществъ и союзовъ съ идеальными цѣлями была установлена система Normativbestimmungen. Уложеніе 1907 г. пошло еще дальше: система Normativbestimmungen съ занесеніемъ въ реестръ необходима только для корпорацій приобрѣтательныхъ; союзы же съ идеальными цѣлями (религіозныя, политическія, артистическія, благотворительныя и т. д.) приобрѣтаютъ юридическую правоспособность безъ всякихъ формальностей, если только изъ ихъ устава явствуетъ воля существовать въ качествѣ корпорацій (ст. 52, 60).

Такимъ образомъ, уже изъ этого суммарнаго обзора можно усмотрѣть, что идея свободнаго образованія юридическихъ лицъ все болѣе и болѣе завоевываетъ себѣ признаніе. Для насъ имѣетъ второстепенное значеніе вопросъ о регистраціи; быть можетъ, въ

интересахъ третьихъ лицъ такая официальная регистрація всѣхъ возникающихъ юридическихъ лицъ и желательна. Важно во всякомъ случаѣ то, что въ общественномъ правосознаніи и въ законодательствѣ все болѣе и болѣе крѣпнетъ убѣжденіе въ томъ, что юридическое лицо создается частной волей, а не концессіей со стороны государства. Все ярче и ярче ощущается тягота концессионной системы, отдающей союзную жизнь общества à la merci государства, превращающей всякое образованіе юридическаго лица въ актъ милости со стороны этого послѣдняго, въ испрошеніе нѣкоторой особой привилегіи. Въ противоположность этой идѣ милости все опредѣленнѣе и ярче выдвигается идея права по отношенію къ государству. Союзъ, говорить даже „Мотивы“ къ первому проекту Германскаго Уложенія, имѣетъ право на приобрѣтеніе юридической личности; эта послѣдняя не является уже, какъ раньше, привилегіей ¹⁾. Даже тогда, когда для превращенія въ юридическое лицо необходима обязательная регистрація (явочная система), юридическое лицо является съ этой регистраціи съ правомъ на свое существованіе, а не съ просьбой о дарованіи ему жизни. Пусть, наконецъ, въ тѣхъ или иныхъ законодательствахъ для тѣхъ или иныхъ отдѣльныхъ видовъ юридическихъ лицъ еще примѣняется или будетъ примѣняться концессионная система, она уже должна мотивировать себя соображеніями не вышеуказаннаго принципиальнаго характера, а какими-либо иными, чисто относительными и практическими. Личность и здѣсь отвоевала себѣ по отношенію къ государству весьма серьезную позицію. Ибо, какъ совершенно справедливо говорить Салейль ²⁾, въ этомъ вопросѣ играетъ роль не только интересъ общности, но и интересъ человѣческой личности: юридическое лицо есть не что иное, какъ продолженіе и произведеніе индивидуальныхъ личностей, и уваженіе къ этимъ послѣднимъ требуетъ признанія того, что составляють ихъ юридическую эманацию.

Параллельное, хотя и болѣе слабое, движеніе наблюдается и по отношенію къ другой категоріи юридическихъ лицъ—по отношенію къ учрежденіямъ. Въ началѣ столѣтія учрежденія вообще не пользовались симпатіей законодательства. Въ эту эпоху, проникнутую общимъ стремленіемъ освободить имущества какой-либо цѣли навсегда и этимъ связывавшія ихъ новой связью, отдававшія ихъ въ нѣкоторую „мертвую руку“ (main morte, tote Hand), должны были естественно возбуждать сомнѣнія. Создавая учрежденіе, учредитель какъ бы диктуетъ свою волю всѣмъ послѣдующимъ поколѣніямъ,

¹⁾ Motive. 1, стр. 89.

²⁾ De la personnalité juridique, стр. 632.

ограничивая свободу их деятельности. Защита этих будущих поколений, казалось, требовала весьма строгого отношения к учреждениям: приходя в мир, каждое новое поколение должно найти поле для своей деятельности свободным. Вследствие этого концессионная система, применявшаяся тогда ко всем юридическим лицам, по отношению к учреждениям казалась особенно умственной и справедливой. Вследствие же этого даже тогда, когда во второй половине XIX века в области корпораций началось движение в сторону более свободного образования, учреждения оставались в стороне от этого движения. Даже те, которые в эпоху подготовки Германского Уложения требовали для союзов явочной системы (напр., Гирке), для учреждений признавали естественной старую систему концессий. И Германское Уложение, действительно, устанавливает для них эту последнюю. Однако, Швейцарское Уложение 1907 г. и здесь покинуло это опасливый путь, распространив и на учреждения явочный порядок.

Конечно, все упомянутая опасения не вовсе лишены значения, но едва ли концессионная система может быть ими оправдана. Конечно, будущия поколения имеют известные права, но, с другой стороны, имеют их и поколения нынешния: нельзя лишить их права посвятить то, что было создано их трудом, тем делам, которые были им дороги; отнять у них это право значило бы в высокой степени ослабить личную энергию. Разумеется, эти цели могут оказаться впоследствии ненужными или вредными, и потому может быть поставлен вопрос о создании такого или иного общественного регулятора для существующих учреждений¹⁾. Но во всяком случае вопрос о полезности или неполезности учреждения пусть решают сами потомки. Концессионная же система рѣшает за них, ибо она есть не суд поколений грядущих, а суд поколения настоящего. Это же последнее имеет право требовать только того, чтобы создаваемое учреждение не противорѣчило закону, добрым нравам и т. д., т. е. общим требованиям всякого юридического акта. Итти дальше этого, устанавливать какую-то дополнительную проверку полезности или целесообразности учреждения, значит предрѣшать голос будущего, а с точки зрения настоящего брать учредительную деятельность граждан под особую опеку государства. Но все развитие современного правосознания протестует против подобной опеки над делами, против принудительного шаблонизирования их.

¹⁾ Saleilles l. cit. стр. 27—28.

И здесь, как правильно говорит Салейль, дело идет о правах индивидуальной личности учредителя, игнорировать которую мы не в праве¹⁾.

Разумеется, деятельность некоторых юридических лиц обнаруживает временами и свои темные стороны; в особенности много различных жалоб вызывают акционерныя компании и союзы предпринимателей (синдикаты и тресты). Мы не будем вдаваться в рассмотрение и оценку этих жалоб; многое в них, без сомнения, справедливо, и нельзя отрицать необходимости каких-либо мероприятий против раскрывающихся злоупотреблений. Однако, нужно при этом помнить, что темные стороны эти не для всех видов юридических лиц одинаковы, и что борьба с этими темными сторонами должна носить характер специальный: за вину одних видов не должны нести ответственности другие. Не надо забывать затѣм того обстоятельство, что часто наилучшія средства для оздоровления лежат за пределами гражданского права—въ улучшении общих условий экономической и общественной жизни. Во всяком случае невозможности одно—возвращение к старой концессионной системѣ, системѣ правительственной опеки. Это признают даже многие изъ техъ, которые склонны рисовать нынешнее положение вещей слишком черными красками. Такъ, напр., Chaumont²⁾, изобразив оборотную сторону нынешних акционерныхъ компаний, спрашиваетъ: что же дѣлать? Возвратиться къ оставленной концессионной системѣ? Объ этомъ, отвѣчаетъ онъ, невозможно и думать: предоставить администраціи оценку своевременности предприятия или его шансовъ на успѣхъ значило бы возложить на нее задачу, для которой она не предназначена; чувствуя себя ответственной, она естественно будетъ слишкомъ недоверчивой, слишкомъ осторожной въ признаніи всякой новой идеи, всякаго новаго открытія.

И здесь, какъ во многихъ другихъ случаяхъ, не слѣдуетъ прибѣгать къ такимъ средствамъ, которыя, устранивъ возможность злоупотреблений, въ то же время уничтожаютъ свободу движения; и здѣсь не слѣдуетъ изъ ванны выстѣть съ водой выплескивать ребенка.

То или другое принципиальное отношеніе къ юридическимъ лицамъ сознательно или бессознательно сказывается и въ вопросѣ о пределахъ ихъ правоспособности. Если самое понятіе

¹⁾ L. cit. стр. 632.

²⁾ Les transformations du droit civil. 1912, стр. 36—37.

юридических лиц вырабатывалось в истории медленно и с трудом, то тем более это надо сказать относительно объема их правоспособности. Ближайшая история юридических лиц в римском праве наглядно показывает, как постепенно и по частям развивалась эта правоспособность¹⁾; история новых народов, в свою очередь, свидетельствует о разнообразных ограничениях, которым она подвергалась. Но подробности этой истории лежат за пределами нашей задачи. Мы не будем поэтому говорить о тех довольно распространенных, особенно в старое время, законах, которые ограничивали юридических лиц в приобретении ими недвижимостей (так называют. *leges de non amortizando*); послѣ всего вышеизложеннаго соображенія, вызывающія эти законы, сами собою понятны. Равным образом мы оставим в сторонѣ и столь занимавшіе старую юриспруденцію вопросы о способности юридических лиц къ владѣнію, къ полученію по завѣщаніям и т. д. Всѣ эти вопросы имѣютъ в настоящее время почти исключительно историческое значеніе. Мы коснемся болѣе общаго и чрезвычайно спорнаго в настоящее время вопроса, который извѣстенъ в современной цивилистической литературѣ подъ именемъ вопроса о правоспособности общей или специальной²⁾.

Сущность его заключается в слѣдующемъ. Разъ юридическое лицо создано, то спрашивается, обладает ли оно въ имущественной области (семейственныя отношенія, конечно, для него недоступны) всѣми теми же юридическими способностями, которыми обладаетъ и физическое лицо, или же кругъ этихъ способностей уже, ограничиваясь лишь тѣмъ, что опредѣляется самой цѣлью юридическаго лица? Можетъ ли оно заключать всѣ сдѣлки, доступныя частному лицу, или же только такія, которыя находятся в связи съ его цѣлью? Можетъ ли, напр., акціонерная компанія, имѣющая своею цѣлью эксплуатацію какого-либо промышленнаго предпріятія и доставленіе прибыли своимъ членамъ, в своемъ общемъ собраніи сдѣлать постановленіе объ ассигнованіи извѣстной суммы въ видѣ пожертвованія на какія-нибудь благотворительныя цѣли? Или, наоборотъ: можетъ ли какое-нибудь научное или спортивное учрежденіе открыть фабрику или торговое заведеніе?

Вопросъ этотъ, какъ сказано, является чрезвычайно спорнымъ, особенно въ виду того, что законодательства на этотъ счетъ не

1) Ср. объ этомъ В. Ельшевичъ. Юридическое лицо, его происхожденіе и функціи в римскомъ частномъ правѣ. Спб. 1910.

2) Болѣе подробныя свѣдѣнія см. в брошюрѣ проф. Пергамента, Къ вопросу о правоспособности юридическаго лица. 1909.

содержать опредѣленныхъ, исключаютъ всякія сомнѣнія, постановленій. Въ то время какъ одни изъ цивилистовъ не усматриваютъ никакихъ основаній для суженія свободы дѣятельности юридическихъ лицъ и въ этомъ смыслѣ признаютъ принципъ правоспособности общей, другіе, отправляясь отъ того соображенія, что дѣловая дѣятельность юридическихъ лицъ создается только въ виду извѣстной цѣли, отстаиваютъ принципъ правоспособности специальной. При этомъ нужно отмѣтить, что на этой послѣдней точкѣ зрѣнія стоятъ не только представители теоріи фиктивности юридическихъ лицъ, но часто и сторонники ихъ реальности (Гирке, Салейль и др.).

Для сужденія объ этомъ вопросѣ нужно, однако, имѣть въ виду слѣдующее. Принципъ правоспособности специальной можетъ имѣть различное обоснованіе и въ связи съ этимъ различное практическое выраженіе. Можно, во-первыхъ, считать, что уставная цѣль юридическаго лица составляетъ уже въ силу самаго закона естественный предѣлъ его правоспособности; тогда всякій актъ, выходящій за этотъ предѣлъ, какъ актъ, нарушающій норму *juris publici*, долженъ ipso jure считаться ничтожнымъ. Онъ долженъ считаться ничтожнымъ даже тогда, если изъ среды членовъ союза никакого спора противъ акта не возбуждается, если, напр., постановленіе общаго собранія акціонеровъ объ отчисленіи на благотворительныя цѣли сдѣлано единогласно. Съ точки зрѣнія правоспособности специальной въ этомъ смыслѣ всякій такой актъ долженъ быть кассированъ *ex officio*, вопреки совершенно опредѣленной волѣ всѣхъ членовъ союза.

Но можно, во-вторыхъ, понимать этотъ принципъ и иначе. Цѣлью ограниченія можно считать не соблюденіе естественныхъ предѣловъ правоспособности, а огражденіе интересовъ меньшинства, т.-е. тѣхъ членовъ союза, которые были несогласны съ состоявшимся постановленіемъ. Въ такомъ случаѣ актъ, выходящій за предѣлы уставной цѣли союза, долженъ быть признаваемъ не ничтожнымъ, а лишь подлежащимъ оспариванію и притомъ только въ такомъ размѣрѣ, въ какомъ онъ наноситъ ущербъ членскимъ интересамъ оспаривающаго.

Въ какомъ именно изъ этихъ двухъ возможныхъ пониманій принципъ специальности защищается его сторонниками, это далеко не всегда можетъ быть установлено съ несомнѣнностью: часто объ точки зрѣнія смѣшиваются. А между тѣмъ цѣнность и значеніе каждой изъ нихъ различны.

Если мы возьмемъ, прежде всего, первое пониманіе нашего принципа, то, конечно, юридическое лицо создается для извѣстной

определенной цѣли, которой оно, какъ таковое, измѣнить не можетъ. Но нашъ вопросъ заключается не въ вопросѣ объ измѣненіи цѣлей, а въ вопросѣ о томъ, кому лучше судить о связи того или иного акта, совершаемаго юридическимъ лицомъ, съ его цѣлью: самому-ли юридическому лицу или органамъ государства. Сплошь и рядомъ тотъ или иной актъ благотворительности можетъ имѣть для корпорации посредственное имущество значение; съ другой стороны, фабрика или торговое заведеніе можетъ давать наилучшія средства для научнаго учрежденія. Входитъ сюда съ мелочнымъ надзоромъ значило бы устанавливать ту же самую опеку надъ дѣятельностью юридическаго лица, которая такъ противорѣчитъ нашему нынѣшнему правосознанію вообще. Конечно, посредствомъ ряда подобныхъ актовъ, систематически совершаемыхъ, юридическое лицо можетъ, не измѣняя своего имени, радикально измѣнить свое существо—учрежденіе научное превратится въ промышленное, промышленное въ благотворительное,—но именно на этотъ случай полная и систематическая измѣненія своихъ цѣлей государство имѣетъ право контроля и прекращенія. Весь вопросъ, слѣдовательно, сводится къ вопросу о томъ, отступаетъ ли дѣятельность даннаго юридическаго лица въ цѣломъ отъ его уставныхъ цѣлей или нѣтъ: если научное учрежденіе употребляетъ доходы отъ своей фабрики на научныя цѣли, если акціонерная компанія, отчисляя извѣстный % изъ своихъ прибылей на дѣла благотворительности, остается въ своемъ существѣ промышленной, нѣтъ никакихъ основаній для контроля надъ отдѣльными актами, лишь бы они не выходили за общіе предѣлы всякихъ частныхъ актовъ, т. е. не противорѣчили закону, добрымъ нравамъ и т. д. Всякій спеціальнй надзоръ, свыше этихъ общихъ требованій, являлся бы исключительно проявленіемъ стараго недоувѣрчиваго и опасливаго отношенія къ юридическимъ лицамъ. Какъ правильно говоритъ Planiol, принципъ спеціальности по отношенію къ частнымъ ассоціациямъ покоится на „une idée de suspicium“¹⁾. Во французскомъ правѣ, по крайней мѣрѣ, принципъ спеціальности являлся бесспорнымъ продуктомъ не цивилистической, а административной практики, проникнутой этой „идеей“. Но ясно, что эта „идея“ имѣетъ здѣсь такъ же мало основаній, какъ и идея концессионной системы въ вопросѣ объ образованіи юридическаго лица.

И, повидимому, большинство изъ сторонниковъ спеціальности стоитъ не на этой, а на второй изъ отмѣченныхъ точекъ зрѣнія. Такъ, напр., Салейль опредѣленно признаетъ дѣятельность

¹⁾ Traité élémentaire de droit civil. III, § 2923.

всякихъ закономѣрныхъ актовъ корпорации по отношенію къ третьимъ лицамъ: эти послѣдніе не могутъ входить въ обсужденіе связи этихъ актовъ съ цѣлями корпорации¹⁾. Равнымъ образомъ и Planiol рѣшительно отказывается дѣлать изъ принципа спеціальности условіе дѣятельности самыхъ актовъ (condition de validité)²⁾.

Но если такъ, то, очевидно, принципъ спеціальности перестаетъ быть ограниченіемъ самой правоспособности юридическаго лица; онъ дѣлается лишь правиломъ для огражденія извѣстныхъ частныхъ интересовъ. Дѣло идетъ не о томъ, чтобы аннулировать непременно тотъ или другой актъ, а лишь о томъ, чтобы избавить членовъ меньшинства отъ ущерба. Поскольку претензій съ этой стороны нѣтъ, никакихъ сомнѣній въ дѣятельности акта не возникаетъ.

Въ такой постановкѣ принципъ спеціальности свободенъ отъ всѣхъ приведенныхъ выше возраженій и можетъ быть предметомъ обсуждения. Въ извѣстныхъ предѣлахъ вопросъ даже можетъ быть рѣшенъ утвердительно; но только нужно помнить при этомъ, что дѣло идетъ не объ ограниченіи правоспособности, какъ таковой, а объ охранѣ частныхъ интересовъ, не о соблюденіи нормы *juris publici*, а о толкованіи акта частной воли (учредительнаго акта). „Il s'agit,—справедливо говоритъ Салейль,—d'interpréter non plus une concession administrative, mais une charte privée“³⁾. Выстъ съ тѣмъ очевидно, что такая точка зрѣнія неизбѣжно приведетъ къ совершенно инымъ практическимъ выводамъ, чѣмъ вышеуказанная „idée de suspicium“. Но дальнѣйшее углубленіе въ этотъ вопросъ завело бы насъ далеко за предѣлы нашей ближайшей задачи.

Юридическое лицо не есть нѣчто мертвое и безжизненное; оно является, напротивъ, нѣкоторой живой клѣточкой социальнаго организма. Эту жизненность, активность придаетъ ему, какъ и физическому лицу, воля—воля корпорации или воля учредителя. Продолжающая одушевлять созданное имъ учрежденіе. Забвеніе этого живого элемента составляетъ основной порокъ теоріи фикции, толкавшій юриспруденцію неоднократно на ложный путь.

Извѣстно, какъ долго казался неразрѣшимымъ вопросъ объ ответственности юридическихъ лицъ за правонарушенія (деликты): изреченіе стараго римскаго Ульпіана „quid enim municipes dolo facere possunt?“ еще до недавняго времени

¹⁾ De la personnalité juridique, стр. 635.

²⁾ Traité, l. cit.

³⁾ L. cit, стр. 636.

казалось непреложной аксіомой и заставляло довольствоваться по существу совершенно фиктивной ответственностью отдельных агентов, т. е. своего рода „стрѣлочников“. Нынѣ мы освободились от гипноза этой идеи, мы уже возлагаем ответственность на самое юридическое лицо, но въ теоретическом обоснованіи этой ответственности мы еще далеки от единодушія. Многие изъ современныхъ цивилистовъ представляютъ эту ответственность исключительно какъ ответственность за чужую вину: вина агентовъ юридического лица разсматривается (слѣдовательно, искусственно) какъ вина самого юридического лица. При этомъ, однако, упускаютъ изъ виду цѣлую массу случаевъ, когда причиной правонарушена и вреда явилась не вина того или другого агента, который дѣйствовалъ лишь сообразно данной ему инструкціи, а вина самой корпорации, давшей агентамъ эту инструкцію. Представимъ себѣ, въ самомъ дѣлѣ, что какая-нибудь желѣзнодорожная компанія въ общемъ собраніи акціонеровъ, руководясь желаніемъ сократить расходы, постановила уменьшить количество фонарей, освѣщающихъ пути, или что-нибудь подобное, въ результатѣ чего произошелъ вредъ. Говорить о томъ, что въ случаѣ этого рода основаніемъ ответственности является какая-либо вина агентовъ, было бы очевидной фикціей: компанія отвѣчаетъ здѣсь не *ex alieno*, а *ex suo facto*, не за чужую вину, а за свое собственное распоряженіе, слѣдовательно—за актъ собственной корпоративной воли. Правильно и здѣсь указываетъ Салейль, что деликтное намѣреніе можетъ сливаться съ волей отдельныхъ агентовъ, но оно можетъ сливаться и съ волей всѣхъ членовъ корпорации, если причинившее вредъ рѣшеніе было принято на общемъ собраніи ¹⁾.

Нельзя отрицать наличности извѣстной корпоративной воли, какъ нѣкотораго произведенія индивидуальныхъ волей, идущихъ въ одномъ и томъ же направленіи. Въ этомъ смыслѣ воля корпорации представляетъ несомнѣнный фактъ реальности, который и является основаніемъ ответственности. Именно на непосредственномъ ощущеніи этой реальности покоится и поднимающіяся въ настоящее время вопросъ о возложеніи на корпорации въ извѣстныхъ предѣлахъ даже ответственности уголовной (напр., въ видѣ штрафовъ и т. д.) ²⁾. Юридическое лицо составляетъ живое продолженіе индивидуальныхъ лицъ; личность и воля этихъ послѣднихъ продолжаетъ жить въ создаваемыхъ ими образованіяхъ.

¹⁾ L. cit, стр. 643.

²⁾ См. Салейль, I. cit, стр. 638 и сл

И чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе этотъ живой личный элементъ будетъ сказываться; если до сихъ поръ это отражалось, главнымъ образомъ, на вопросахъ ответственности, то, съ другой стороны, это начинаетъ находить себѣ отраженіе и въ вопросѣ о правахъ юридическихъ лицъ. Все болѣе и болѣе начинаетъ находить себѣ признаніе не только имущественная, но и личная сторона союзныхъ образованій ¹⁾. Такъ, напримѣръ, уже въ современной юриспруденціи почти общепризнаннымъ можетъ считаться лишь право на имя; но это право, какъ мы знаемъ, является лишь первымъ пионеромъ идеи правъ личности; за нимъ неизбежно послѣдуютъ другія. Въ частности, едва ли даже теперь можетъ встрѣтить себѣ серьезную оппозицію право на честь: для юридического лица имѣетъ огромное значеніе не только состояніе его имуществъ, но и состояніе его чести, незапятнанность его моральной и общественной репутаціи; отказать ему во всѣхъ возможныхъ средствахъ для огражденія этой репутаціи гражданское право не имѣетъ рѣшительно никакихъ основаній. Та или другая репутація союза отраженно падаетъ на репутацію отдельныхъ его членовъ, и уваженіе къ личности этихъ послѣднихъ требуетъ огражденія производной личности юридического лица.

* * *

Мы говорили до сихъ поръ о такихъ союзахъ, которые приобрѣтаютъ качество самостоятельнаго субъекта правъ, принимаютъ форму юридического лица. Но современная жизнь далеко не исчерпывается ими: она каждый день создаетъ безчисленные коллективы, которые имѣютъ характеръ социальнаго единства, но которые не удовлетворяютъ требованіямъ закона о юридическихъ лицахъ и часто даже опредѣленно не желаютъ имъ удовлетворять (напр., разнообразныя рабочіе союзы). Въ такихъ случаяхъ для права создается чрезвычайно трудное положеніе. Съ точки зрѣнія строгой послѣдовательности надлежало бы всѣ подобные коллективы просто игнорировать, трактовать ихъ какъ простыя товарищества, для третьихъ лицъ значенія не имѣющія. Но такая послѣдовательность шла бы слишкомъ въ разрѣзъ могущественнымъ требованіямъ жизни и потому въ дѣйствительности не осуществляется. Закону приходится кое въ чемъ дѣлать уступки, приходится признавать коллективное качество такихъ „неправоспособныхъ союзовъ“ (*associations de pur fait, nichtrechts*

¹⁾ См. J. Mauczka. Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die angeborenen Rechte—статья въ „Festschrift zum Jahrhundertfeier des Allg. bürger. Gesetzbuchs“. Bd. II. стр. 283.

fähige Vereine) хоть отчасти. Такъ, напримѣръ, за ними признается способность выступать на судѣ въ роли истцовъ и отвѣтчиковъ (§ 54 Германскаго Уложения), заключаемые ими договоры считаются дѣйствительными и т. д. Союзная тенденція современной жизни достигаетъ такой силы, что перебарываетъ свои волны черезъ барьеръ закона и принуждаетъ его къ дальнѣйшимъ уступкамъ.

Многіе изъ этихъ—какъ „правоспособныхъ“, такъ и „неправоспособныхъ“—союзовъ играютъ огромную и все возрастающую роль. Въ особенности это слѣдуетъ сказать, съ одной стороны, о союзахъ предпринимателей, а, съ другой стороны—о союзахъ рабочихъ.

Союзы предпринимателей (трѣсты, синдикаты, картели и т. д.) чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе занимаютъ рѣшающее положение по отношенію къ важнѣйшимъ отраслямъ промышленности и транспорта. Они диктуютъ свои условія не только извѣстнымъ районамъ, но цѣлымъ государствамъ, а иногда даже цѣлому міру. Вслѣдствіе этого естественно, что вопросъ объ отношеніи къ нимъ является въ настоящее время одной изъ настоятельнѣйшихъ, но въ то же время и труднѣйшихъ законодательныхъ проблемъ¹⁾.

Не менѣе трудная проблема создается и рабочими союзами. Возникнувъ, какъ необходимое средство въ борьбѣ за лучшія условія труда, эти союзы начинаютъ оказывать все большее и большее вліяніе на внутренней распорядокъ промышленныхъ предприятий, а вслѣдствіе этого и на всю экономическую жизнь страны. Наиболѣе важнымъ съ юридической точки зрѣнія способомъ этого вліянія являются т. наз. коллективные или тарифныя договоры, которые заключаются этими союзами съ предпринимателями и которые имѣютъ своею цѣлью установитъ условія будущихъ рабочихъ договоровъ съ отдѣльными лицами. Появленіе такихъ коллективныхъ договоровъ поставило передъ юриспруденціей, а затѣмъ и законодательствомъ цѣлый рядъ чрезвычайно трудныхъ вопросовъ, которые и до настоящаго момента не могутъ считаться разрѣшенными²⁾.

Не имѣя возможности вдаваться здѣсь въ обсужденіе этихъ сложныхъ проблемъ, отмѣтимъ только, что какъ съ одной, такъ

¹⁾ См. объ этомъ А. И. Каминка. Предпринимательскіе союзы. 1909 г., I. М. Голъдштейнъ. Синдикаты и трѣсты и современная экономическая политика. 1912 г., е го же, Экономическая политика. Изд. 2. 1913 г.

²⁾ Краткій обзоръ этихъ вопросовъ см. у Л. С. Талия. Тарифный (коллективный) договоръ, какъ институтъ гражд. права. 1909 г.

и съ другой стороны мы встрѣчаемся здѣсь по существу съ однимъ и тѣмъ же явленіемъ, представляющимъ продолженіе той же тенденции, о которой была рѣчь выше. Какъ правильно говоритъ Makarewicz, всѣ подобные союзы, соединяя разрозненныхъ индивидовъ въ добровольные коллективы, творятъ этимъ самымъ новую социальную силу, главною характерною чертою которыхъ является созданіе мощнаго противовѣса противъ въ всемогущества государства¹⁾. На мѣсто регулированія сверху стремится стать регулированіе снизу—изъ среды самихъ заинтересованныхъ общественныхъ группъ. Каждый разъ, говоритъ Iastrow, когда между союзомъ предпринимателей и союзомъ рабочихъ становится коллективный или тарифный договоръ, создается приблизительно такое же положеніе, какъ тогда, когда регулированіе произведено закономъ. Чѣмъ далѣе, тѣмъ яснѣе становится, что государство далеко не все, что рядомъ съ нимъ имѣютъ огромное значеніе разнообразныя „органическія“ социальныя образованія, и т. обр. „eine Art des Individualismus scheint ihren Einzug in die Soziologie zu halten“²⁾.

На этой почвѣ появляются и такія теченія, въ которыхъ отмѣченная тенденція выходитъ уже далеко за предѣлы простого „противовѣса противъ всемогущества государства“: профессиональныя организаціи выдвигаются на еще болѣе значительную роль—роль единственнаго властнаго органа, долженствующаго уничтожить и замѣнить собою нынѣшнее государство. Таково извѣстное теченіе синдикализма, отголоски котораго мы встрѣчаемъ въ разнообразныхъ ученіяхъ (напр., въ разсмотрѣнномъ выше ученіи Дюги). Въ своемъ возстаніи противъ государства синдикализмъ, очевидно, очень близко соприкасается съ анархизмомъ, но отличается отъ него тѣмъ, что вмѣсто „безвластія“ анархизма онъ во главу угла ставитъ власть этихъ профессиональныхъ организацій. Едва-ли нужно говорить о томъ, что подобная замѣна одного всемогущества (государства) другимъ (всемогуществомъ профессиональныхъ организацій) не можетъ представляться для человѣческой личности желательной: можно опасаться, что такая замѣна приведетъ къ не меньшему подавленію ея, чѣмъ въ государствѣ³⁾. Тѣмъ не менѣе синдикализмъ въ такой же мѣрѣ симптоматиченъ, какъ и анархизмъ: оба свидѣтельствуютъ о томъ, что всевластіе государства дѣлается все труднѣе и труд-

¹⁾ Die soziale Entwicklung der Neuzeit въ „Archiv für Rechts—und wirtschaftsphilosophie“. В. VII. 1913—1914, стр. 271.

²⁾ Wasist Arbeiterschutz? въ томъ же Archiv. В. VI. 1912—1913, стр. 510—511.

³⁾ Cp. C. ruet. La vie du droit, стр. 152 и сл.

нѣе переносимымъ. Если государство должно сохранить свое положение, то оно можетъ достигнуть этого не иначе, какъ лишь путемъ широкаго признанія правъ человѣческой личности и ея индивидуальнаго или коллективнаго голоса; чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе устанавливаемый государствомъ правопорядокъ долженъ превращаться въ сознательное соглашеніе его членовъ (или ихъ группъ), долженъ приближаться къ тому, что рисовалось представителямъ старой естественно-правовой школы подъ видомъ „*contrat social*“¹⁾.

X.

Проблема личности въ сферѣ семейственныхъ отношеній.

Одну изъ самыхъ чувствительныхъ областей гражданскаго права представляетъ семейственное право, ибо, быть можетъ, нигдѣ не затрагиваются столь интимные интересы человѣческой личности, какъ именно здѣсь.

Но семья, какъ извѣстно, въ процессѣ своего историческаго развитія совершила длинный путь. Не станемъ забираться въ туманную даль „коллективнаго брака“ или матриархата; если мы даже ограничимся семьей въ ея болѣе современномъ смыслѣ, семьей моногамической, то и тогда мы увидимъ, что эта семья въ древнѣйшее время опредѣлялась совершенно иными началами, чѣмъ нынѣшняя.

Какъ показываютъ остатки древнѣйшаго права и древнѣйшихъ обычаевъ у всѣхъ болѣе извѣстныхъ намъ народовъ, первоначальнымъ источникомъ такой семьи было похищеніе женъ или покупка ихъ, и притомъ, повидимому, изъ чужого племени. Жена же, похищенная или купленная, становилась рабыней своего мужа (быть можетъ, даже это былъ вообще древнѣйшій случай всякаго рабства), дѣлалась его собственностью наравнѣ съ другими рабами или вещами. Примитивное правосознаніе не различало еще отгнѣковъ власти; оно знало только одну единственную власть господина надъ всѣмъ, что входило въ сферу его господства, что ему принадлежало, и эта власть мыслилась, какъ нѣкоторое одностороннее и абсолютное право его: все то, что этому праву подлежить, есть не субъектъ, а объектъ. Это принципиальное единство власти примитивнаго господина ярко выражается въ единствѣ ея наименованія: какъ древне-римскій терминъ *manus*, такъ и древне-германскій терминъ *Munt*, *mundium*, примѣнялись первоначально одинаково и для обозначенія права собственности на вещи и для обозначенія правъ господина-на раба, мужа на жену, отца на дѣтей. Всѣ отношенія представлялись, такимъ образомъ, подъ однимъ и тѣмъ же угломъ зрѣнія вещныхъ отношеній, и для семейственныхъ правъ, какъ особой категоріи, еще не было мѣста.

¹⁾ Cp. Cruet. I. cit. crp. 223. „La loi oblige aujourd'hui par son contenu plutôt que par son origine, et, si c'est une bonne loi, lui obéir n'est pas un devoir, c'est un besoin“. Crp. 236: „La véritable sanction des lois est l'assentissement du plus grand nombre*...—B o u g l é. Le solidarisme. 1907. crp. 68: „Au fur et à mesure que les membres de la société deviendront plus „consentants“, il deviendra de plus en plus difficile de leur imposer un ordre social aux conditions duquel, s'ils avaient été consultés en effet, ils n'auraient pas consentis“. „Quand la théorie de Rousseau ne serait le reflet d'aucune réalité historique, il reste, qu'elle éclaire nettement notre idéal“.

Лишь дальнейшее развитие культуры вносить сюда мало-помалу изменение. Незамѣтно, но неуклонно растущее признание челоуѣческой личности приводит къ тому, что указанная первоначально единая власть начинает дифференцироваться: оставаясь все же по отношенію къ вещамъ, она уже нѣсколько модифицируется по отношенію къ рабамъ и сильно изменяется по отношенію къ женѣ и дѣтямъ. Лишь съ этого момента, момента выдѣленія особаго понятія семейственной власти изъ первоначальнаго общаго понятія „собственности“, можно говорить о появленіи въ гражданскомъ правѣ особой юридической категоріи правоотношеній семейственныхъ.

Но эти правоотношенія на всемъ протяженіи исторіи мѣнялись и продолжаютъ мѣнять свой характеръ. Строеіе семьи и семейственныхъ отношеній затрагиваетъ самые разнообразные интересы—интересы самихъ членовъ семьи, интересы различныхъ общественныхъ группъ, интересы государства, наконецъ, интересы религіи, церкви. Всѣ эти интересы перекрещиваются самымъ различнымъ образомъ, создавая возможность разнообразныхъ и зачастую очень острыхъ конфликтовъ. Внутри семьи коллидируютъ интересы мужа и жены, родителей и дѣтей; на внѣшнюю сторону коллидируютъ интересы супруговъ съ интересами тѣхъ или другихъ общественныхъ группъ, государства, церкви. Невозможно прослѣдить исторію этихъ конфликтовъ во всей ихъ подробности, но уже основная стадія ихъ движенія въ высокой степени поучительна.

Начнемъ съ общаго обзора исторіи римской семьи: это важно не только потому, что римское право имѣло такое исключительное значеніе въ исторіи новѣйшаго праворазвитія, но въ особенности потому, что римская семья во многихъ отношеніяхъ даетъ богатый матеріалъ для принципиальныхъ сопоставленій.

Какъ было только что указано, древне-римская семья была построена на принципѣ абсолютной власти домовладыки надъ женой и дѣтьми: *manus mariti* и *patria potestas* были ея краеугольными камнями. Эта абсолютная власть домовладыки объединяла семью, придавала ей характеръ нѣкотораго юридическаго единства. На ней, а не на общности крови покоилось родство (агнатическій принципъ въ противоположность кровному, когнатическому): все то, что выходило изъ-подъ этой власти (напр., дочь, вышедшая замужъ; сынъ, освобожденный отцомъ, и т. д.), утрачивало родство и всѣ права съ нимъ связанныя (прежде всего—права наследованія). Объединенная этой властью, древне-римская семья внутри представляла область юридически неограниченнаго господства домовладыки. Это господство было его одностороннимъ

правомъ: онъ имѣлъ по отношенію къ женѣ и дѣтямъ право жизни и смерти, право хозяйственной эксплуатаціи ихъ рабочей силы—вплоть до права полной продажи и т. д. Однимъ словомъ, съ точки зрѣнія нашихъ нынѣшнихъ представленій это была отдѣльная „маленькая монархія“.

Передъ третьими лицами эта маленькая монархія была закрыта личностью домовладыки. Отдѣльные члены семьи, жена и дѣти, въ качествѣ личности, субъектовъ правъ, не признавались: они не могли имѣть никакого собственнаго имущества, они не могли ничего приобретать для себя, не могли выступать передъ лицомъ государства въ качествѣ истцовъ и отвѣтчиковъ. Какъ самостоятельныхъ юридическихъ единицъ государство ихъ не знало; они, съ юридической точки зрѣнія, не существовали, исчезая за личностью своего *pater familias*.

Безгранично господствуя внутри семьи, домовладыка не допускалъ никакого вмѣшательства, никакого ограниченія извнѣ. Если еще, быть можетъ, въ древнѣйшее время онъ подчинялся власти рода, то затѣмъ, съ паденіемъ силы родовыхъ союзовъ, римскій гражданинъ оказался въ осуществленіи своей семейной власти совершенно свободнымъ: государство, разложившее старую родовую строй, останавливалось передъ границами семьи: „маленькая монархія“ римской семьи была самостоятельной державой даже для римскаго государства. Не только установленіе семьи и управление ея членами, но даже и прекращеніе ея разсматривалось какъ частное дѣло домовладыки, какъ его одностороннее право: по своему свободному усмотрѣнію, не испрашивая ни у кого разрѣшенія, онъ могъ отвергнуть жену, давъ ей разводъ, отречь дѣтей отъ семьи и т. д.

Таковъ былъ отправной пунктъ римской исторіи. Затѣмъ начинается эволюція, но главнымъ узломъ этой эволюціи является перестроеніе внутреннихъ отношеній въ семьѣ.

Если древне-римская семья представляется намъ нѣкоторымъ юридическимъ единствомъ, крѣпко спаяннымъ желѣзной оболочкой власти домовладыки, то въ дальнѣйшемъ эта желѣзная оболочка начинаетъ давать трещины, черезъ которыя выходятъ на свѣтъ Божій ея отдѣльные, дотолѣ этой властью закрытые, члены. И первой приходитъ жена.

Уже очень рано (повидимому, уже въ эпоху законовъ XII таблицъ) рядомъ со старымъ, только что описаннымъ бракомъ „съ властью“ (*cum manu*) появляется въ Римѣ другой видъ брака—бракъ „безъ власти“ (*sine manu*). Мужъ и жена при этой формѣ брака—люди, юридически другъ другу чужіе: жена не входитъ

въ familia мужа, не вступаетъ въ родство съ нимъ, остается чужой даже своимъ собственнымъ дѣтямъ; она какъ была, такъ и остается членомъ своей старой семьи, своего стараго родственнаго союза. Брачное сожителство, такимъ образомъ, не создаетъ между мужемъ и женой принципиально никакихъ юридическихъ связей, не даетъ никому никакихъ правъ, но и не налагаетъ никакихъ обязанностей. И прежде всего нѣтъ рѣчи о какой бы то ни было власти мужа по отношенію къ женѣ. Онъ не имѣетъ никакихъ правъ ни на ея личность, ни на ея имущество: если она была лицомъ самостоятельнымъ, т.-е., если ея отецъ уже не существовалъ, она могла свободно распоряжаться собой и своимъ имуществомъ, какъ хотѣла. Она могла даже уйти отъ мужа, и мужъ не имѣлъ права требовать ея привода. Въ имущественномъ отношеніи, естественно, господствовала система полной раздѣльности, развѣ бы жена или ея родители спеціально выдѣлили мужу на помощь въ несеніи издержекъ семейной жизни какое-либо имущество; тогда такое „приданое“ (dos) поступало въ пользованіе мужа.

Такимъ образомъ, римляне уже очень рано старому патриархальному браку противопоставили его полную антитезу, бракъ совершенно свободный, и этимъ сдѣлали огромный историческій прыжокъ. Въмѣсто жены, личность которой была совершенно задана личностью мужа, въ этомъ новомъ бракѣ рядомъ съ мужемъ стала жена, лично и имущественно свободная и независимая; бракъ сталъ свободнымъ союзомъ двухъ совершенно равноправныхъ лицъ.

Нѣкоторое время оба эти брака существовали въ римской исторіи рядомъ и, такъ сказать, на выборъ; но затѣмъ старая форма сходитъ со сцены, и свободный бракъ дѣлается единственной основой семьи во всей дальнейшей исторіи Рима. Такъ былъ разрѣшенъ Римомъ важнѣйшій внутрисемейный вопросъ, вопросъ о взаимномъ отношеніи между мужемъ и женой.

Но этимъ самымъ былъ предрѣшенъ уже и другой основной вопросъ семейнаго права, вопросъ о взаимоотношеніи между семьей и государствомъ.

Разумѣется, и римское государство было въ высокой степени заинтересовано въ прочности семьи, какъ извѣстной общественной организациі и какъ учрежденію, сознающаго и воспитывающаго новыя поколѣнія. Но римская государственная власть, за рѣдкими исключениями, избѣгала проводить эти свои интересы путемъ какого-нибудь принужденія въ области супружескихъ отношеній. Правда, былъ одинъ критическій періодъ въ римской исторіи, когда императоръ Августъ, борясь съ распушенностью

и деморализаціей, достигшей въ концѣ республики крайнихъ предѣловъ, выступилъ съ радикальнымъ брачнымъ законодательствомъ, дойдя въ немъ даже до курьезной мысли установить всеобщую повинность лицъ, находящихся въ извѣстномъ возрастѣ, состоять въ бракѣ и имѣть дѣтей (знаменитая *lex Julia et Papia Poppaea*). Но это былъ лишь краткій моментъ, не оставившій затѣмъ никакихъ слѣдовъ. „*Libera matrimonium esse*“, „бракъ долженъ быть совершенно свободнымъ“—таковъ былъ общій лозунгъ римскаго государства на всемъ протяженіи его исторіи.

Такое отношеніе сказывалось въ особенности на вопросѣ о разводѣ. Если при старомъ бракѣ *cum manu* прекращеніе брака зависѣло отъ односторонней воли мужа, то въ новомъ свободномъ бракѣ безъ *manus* рядомъ съ ней стала такая же односторонняя воля жены. Бракъ могъ быть прекращенъ въ любой моментъ не только по взаимному согласію обоихъ супруговъ, но и по одностороннему заявленію того или другого изъ нихъ (врученіе разводнаго письма, *libellus repudii*). Заявленіе это разсматривалось какъ свободный актъ частной воли, не требовавшій никакого разрѣшденія или разрѣшенія со стороны государства. Равнымъ образомъ для дѣйствительности этого акта не требовалось никакихъ уважительныхъ причинъ; даже разводъ безъ объясненія причинъ, даже разводъ по капризу прекращалъ брачныя отношенія. Если вопросъ объ уважительности причинъ имѣлъ извѣстное значеніе, то не для вопроса о дальнѣйшемъ бытіи или небытіи брака, а для взаимныхъ отношеній между супругами послѣ развода: сторона, заявившая разводъ безъ основательныхъ причинъ или подавшая своимъ поведеніемъ поводъ къ разводу, теряла въ пользу другой стороны извѣстную часть своего имущества въ видѣ штрафа. Но и только: если супругъ не боялся этихъ имущественныхъ потерь, и если бракъ утратилъ для него свою неимущественную жизненность, онъ могъ свободно расторгнуть его, не обращаясь ни въ какую инстанцію съ просьбами о разводѣ. Римское право считало, что принудительное продолженіе брака, вопреки волѣ хотя бы одной стороны, глубоко противорѣчитъ внутренней природѣ брачнаго сожителства, и потому избѣгало здѣсь какого бы то ни было вмѣшательства. Какъ ни великъ интересъ государства въ прочности семьи, тѣмъ не менѣе, съ римской точки зрѣнія, этотъ интересъ не можетъ достигаться путемъ принужденія къ брачному сожителству.

Все это радикально мѣняется въ послѣ-римской исторіи. Прежде всего на сцену выступаетъ церковь и беретъ бракъ подъ свою исключительную опеку.

Въ Римѣ указанное воззрѣніе на свободу брачнаго союза было настолько сильно, что христіанство, даже ставъ господствующей государственной религіей, было не въ состояніи его преодолѣть. Но съ превращеніемъ Рима въ Византію вліяніе церкви чрезвычайно усиливается; вся область семейственныхъ отношений переходитъ въ вѣдѣніе церковныхъ судовъ, и церковь начинаетъ безъ всякихъ ограниченій проводить въ этой области свои воззрѣнія. Общая же сущность этихъ воззрѣній заключалась въ томъ, что бракъ не есть союзъ только частныхъ; это есть таинство, устанавливающее въ принципѣ неразрывную мистическую связь между супругами и служащее не земнымъ цѣлямъ супруговъ, а высшимъ цѣлямъ религіи и церкви. Быть можетъ, нѣсколько рѣзко, но по существу правильно Max Neustadt слѣдующимъ образомъ формулируетъ точку зрѣнія церкви (въ особенности Тертуліана): никто изъ отдѣльныхъ членовъ семьи—ни мужъ, ни жена, ни дѣти—не имѣютъ значенія для церкви; какъ машина является производителемъ товаровъ, такъ и бракъ есть лишь производитель чело-вѣческаго рода для потребителя—церкви; только во имя этой цѣли была провозглашена святость брачнаго союза ¹⁾. Отъ воли супруговъ зависѣло только вступить или не вступить въ бракъ, но разъ бракъ заключенъ, супруги переставали быть „цѣлевыми субъектами“ брачнаго союза; ихъ интересы исчезали передъ высшими интересами церкви и всецѣло подчинялись этимъ послѣднимъ. ²⁾

Это принципиальное измѣненіе прежде всего отозвалось, конечно, на вопросѣ о заключеніи и прекращеніи брака.

По римскому праву заключеніе брака совершалось простымъ (даже лишеннымъ какой-либо формы) соглашеніемъ сторонъ (nudo consensu). Церковь вводитъ необходимость церковнаго вѣнчанія, вслѣдствіе чего заключеніе брака изъ акта граждански-правового

¹⁾ Max, Neustadt, Das Eherecht. Kritische Studien. 1910, стр. 73.

²⁾ Еще и въ настоящее время этотъ взглядъ полностью поддерживается представителями церковнаго (католическаго) правосознѣнія. Характерны въ этомъ смыслѣ открытвенныя заявленія небезызвѣстнаго въ юриспруденціи иезуита Саггелли на въ его Moralphilosophie 5-te Aufl. Bd. II. (1911): „Die Ehe ist also ihrer Natur nach eine Institution, deren Hauptzweck nicht das persönliche wohl der Ehegatten, sondern das wohl der menschlichen Art (Gattung), die würdige Erhaltung und Fortpflanzung des Menschengeschlechts ist“. Конечно, прибавляетъ онъ, и личное благо супруговъ „vom Zweck des Ehebandes nicht ausgeschlossen“, но „die Ehe hat an erster Stelle dem wohl der Art zu dienen und nicht persönlichen Interessen“ (стр. 408-409). Или, наконецъ, въ ещенной формѣ: „Zweck des menschlichen Lebens auf Erden ist der Dienst Gottes, und Aufgabe der Ehe ist es, die Reihen der Diener Gottes, die sich durch den Tod beständig lichten, auszufüllen“ (стр. 431).

превращается въ актъ церковный. На Востокѣ необходимость вѣнчанія была установлена закономъ императора Льва 893 г. На Западѣ же этотъ вопросъ былъ долго споренъ даже между самими учителями церкви и былъ разрѣшенъ въ смыслѣ необходимости церковнаго благословенія лишь Тридентскимъ соборомъ 1563 г. Въмѣстѣ съ тѣмъ церковь начинаетъ борьбу съ невѣнчанными браками, объявляя ихъ ничтожными, но борьба эта была нелегкой: и на Востокѣ и на Западѣ народное правосознаніе должно противиться этому новому воззрѣнію.

Гораздо рѣшительнѣе отозвалось вліяніе церкви на вопросѣ о расторженіи брака.

Не только въ Римѣ, но и у новыхъ народовъ до появленія этого церковнаго вліянія расторженіе брака находилось въ волѣ частныхъ лицъ. Оно допускалось не только по взаимному согласію обохъ супруговъ, но и по одностороннему рѣшенію мужа. Древнѣйшая семья и здѣсь, какъ у римлянъ, была построена на односторонней власти мужа, отъ которой послѣдній могъ въ любой моментъ отречься, не испрашивая на то разрѣшенія у какихъ бы то ни было властей. Конечно, если такое одностороннее расторженіе брака было безпричиннымъ, оно являлось обидой для жены и ея родственниковъ и могло навлечь на мужа со стороны этихъ послѣднихъ месть (Fehde); но самый бракъ былъ все-таки прекращенъ.

Церковь вездѣ возстала противъ такой свободы. Въ то время какъ церковь восточная допустила разводъ съ ея разрѣшенія хоть по нѣкоторымъ причинамъ (прелюбодѣяніе и т. д.), церковь западная объявила бракъ абсолютно нерасторжимымъ, признавъ въ крайнемъ случаѣ возможность только „разлученія отъ стола и ложа“ (separatio quoad mensam et thorum), т.-е. установленіе раздѣльнаго жительства, безъ возможности для супруговъ вступленія въ новый бракъ.

Разумѣется, борьба и здѣсь была упорной, но государство было въ подчиненіи у церкви, и церковь, опираясь на весь свой моральный авторитетъ и пользуясь матеріальнымъ авторитетомъ государства, настойчиво проводила свои принципы. Индивидъ былъ еще слишкомъ слабъ, чтобы противостоятъ этимъ двумъ могущественнѣйшимъ „мечамъ“.

Положеніе вещей нѣсколько измѣнилось лишь съ того момента, когда эти два меча обратились другъ противъ друга, когда государство вступило въ періодъ своей эмансипаціи. Союзная группировка „державъ“ по необходимости перестроилась: борясь съ церковью, государство оказалось вынужденнымъ вступить въ союзъ съ индивидомъ и взять подъ свою защиту его права.

Эта новая группировка ярко сказалась в эпоху Великой французской революции. Революционное законодательство вернулось к основным принципам римского свободного брака. Законъ 1791 г. провозглашаетъ: „La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil“, а законъ 1792 г. вводитъ гражданскій бракъ. Этимъ самымъ государство изъемяетъ брачныя отношенія изъ исключительнаго вѣдѣнія церкви и вступаетъ на путь самостоятельнаго, свѣтскаго брачнаго законодательства. „Гражданскій контрактъ“ брака долженъ быть заключенъ не передъ лицомъ церкви, а передъ лицомъ государства: только тогда онъ можетъ имѣть гарантированныя государствомъ юридическія послѣдствія.

Установленіе системы гражданского брака уже само по себѣ обозначало паденіе цѣлаго ряда весьма серьезныхъ ограничений въ области брачнаго права. Упомянемъ о проводившейся церковью недопустимости браковъ съ инославными, а, въ особенности, съ не-христіанами (напр., евреями), о тѣхъ прелестствіяхъ къ браку по родству, которыя были растянуты церковью до чрезвычайности, и т. д. Въ то же время установленіе свѣтской формы брака приводило съ единству и упорядоченію граждански-правовой регистраціи браковъ, дотолъ разбросанной по метрическимъ книгамъ духовенства разныхъ исповѣданій.

За Франціей послѣдовали другія страны, и въ теченіе XIX вѣка институтъ гражданского брака распространился по всей Западной Европѣ, хотя не вездѣ съ одинаковымъ значеніемъ. Въ нѣкоторыхъ странахъ (напр., въ Австріи) онъ допускается только при невозможности брака церковнаго (напр., браки съ не-христіанами; это такъ наз. *Nothivilehe*); въ другихъ (Англія) онъ представляется рядомъ съ церковнымъ вѣнчаніемъ на выборъ сторонъ (такъ наз. факульта тив ный гражданскій бракъ); но въ большинствѣ западно-европейскихъ государствъ онъ установленъ какъ нѣчто обязательное (обязательный гражданскій бракъ). За нимъ можетъ послѣдовать и церковное вѣнчаніе, но для возникновенія юридическихъ послѣдствій брака оно не необходимо. Россія, конечно, остается въ сторонѣ отъ этого теченія; лишь по закону 1874 г. у насъ установлено нѣчто вродѣ гражданской формы заключенія брака для раскольниковъ, не признающихъ священства.

Равнымъ образомъ и по отношенію къ разводу естественнo-правовое и революціонное настроеніе конца XVIII вѣка сказалось движеніемъ въ пользу его свободы. Во Франціи революціонный законъ 1792 г., кромѣ цѣлага ряда причинъ, специально въ законѣ

поименованныхъ, допустилъ разводъ по взаимному согласію супруговъ и вслѣдствіе несогласія характеровъ (*incompatibilité d'humeur*). Точно такъ же и Прусское Земское Уложеніе санкціонировало обѣ эти причины, съ той, однако, разницей, что разводъ по взаимному согласію оно допускало только при бездѣтности, а вмѣсто несогласія характеровъ оно говорило о „непреодолимомъ отвращеніи“ (*unüberwindliche Abneigung*) одного изъ супруговъ къ другому.

Это было уже значительнымъ возвращеніемъ къ началамъ римскаго права, но скоро началась реакція: отвоёвывъ себѣ самостоятельность въ союзѣ съ индивидумъ, государство теперь поворачивается противъ своего недавняго союзника и обнаруживаетъ наклонность занять по отношенію къ нему такое же властное положеніе, какое раньше занимала церковь.

Во Франціи уже *Code Napoléon* является яркимъ выраженіемъ этой реакціи: онъ значительно сократилъ количество поводовъ къ разводу, уничтожилъ разводъ по несогласію характеровъ, и если сохранилъ (по настоянію Наполеона) разводъ по взаимному согласію, то лишь оставивъ его такими условіями, которыя дѣлали его практически трудно осуществимымъ. Реставраціонный законъ 1816 г. возстановилъ въ прежней мѣрѣ католическій принципъ нерасторжимости брака, и лишь законъ 1884 г. допустилъ снова разводъ при наличности тѣхъ причинъ, которыя были указаны въ *Code Civil* (*adultère excès ou sévices, injures graves, condamnations criminelles*), однако уже безъ развода по взаимному согласію.

Аналогичное попятное движеніе можетъ быть отмѣчено и въ Германіи. Въ комиссіи по составленію проекта обще-германскаго кодекса позиція Прусскаго Уложенія встрѣтила рѣшительное осужденіе, и разводъ какъ по взаимному согласію, такъ и вслѣдствіе непреодолимаго отвращенія былъ отвергнутъ. Вслѣдствіе этого по Германскому Уложенію 1896 г. разводъ допускается только при наличности извѣстныхъ опредѣленныхъ причинъ. Такими причинами признаются: прелюбодѣяніе, злоумышленное оставленіе однимъ супругомъ другого и покушеніе на жизнь; это такъ называемыя „абсолютныя“ причины развода. Кромѣ того, возможно расторженіе брака вслѣдствіе „относительныхъ“ причинъ; таковыми являются неизлѣчима психическая болѣзнь и такое поведеніе одного изъ супруговъ, которое настолько портитъ бракъ, что дѣлаетъ для другого продолженіе его невозможнымъ (§ 1569 и 1568). Послѣднія обстоятельства характеризуются какъ относительныя причины потому, что расторженіе брака зависитъ здѣсь отъ оцѣнки конкретнаго положенія со стороны суда.

Оставляя въ сторонѣ католическія страны (Италія, Испанія, Португалія, Австрія), которыя продолжаютъ стоять на церковной точкѣ зрѣнія абсолютной нерасторжимости брака, укажемъ только, что Швейцарское Уложеніе 1907 г. слѣдуетъ примѣру Германскаго. Указавъ цѣлый рядъ специальныхъ причинъ для развода (прелюбодѣяніе, покушеніе на жизнь, здоровье или честь, преступное или порочное поведеніе, злоумышленное оставленіе, неизлѣчимая психическая болѣзнь), оно затѣмъ въ ст. 142 дополняетъ ихъ нѣкоторой общей, „относительной“ причиной; бракъ можетъ быть расторгнутъ, если наступило столь глубокое потрясеніе брачнаго союза, что дальнѣйшее продолженіе его немислимо („Ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemuthet werden darf...“).

Наконѣцъ, что касается нашего русскаго закона, то онъ допускаетъ разводъ только по слѣдующимъ „абсолютнымъ“ причинамъ: прелюбодѣяніе, неспособность къ супружескому сожитію, сопряженное со ссылкой лишеніе всѣхъ правъ состоянія, безвѣстное отсутствіе и постриженіе бездѣтныхъ супруговъ по взаимному согласію въ монашество. При этомъ разводъ даже по этимъ специальнымъ причинамъ разрѣшается въ конечной инстанціи не свѣтскимъ, а духовнымъ судомъ въ порядкѣ архаическаго процесса. Глубокая неудовлетворительность нашихъ законовъ на этотъ счетъ сознавалась русскимъ обществомъ уже давно, но всѣ ожиданія реформы разрѣшились пока только закономъ 12 марта 1914 года, которымъ устанавливается раздѣльное жительство супруговъ. Въ силу этого закона, „требованіе супруга о восстановленіи совмѣстной жизни можетъ быть отклонено другимъ супругомъ, если совмѣстная жизнь представляется для него невыносимой“. Невыносимой же она можетъ быть признана „въ случаѣ жестокаго съ нимъ или съ его дѣтьми обращенія другого супруга, нанесеніе тяжкихъ оскорбленій и вообще явнаго нарушенія другимъ супругомъ основанныхъ на бракѣ обязанностей, либо явнаго злоупотребленія принадлежащими ему въ силу брака правами, либо безчестнаго или порочнаго его поведенія, а также въ случаѣ, если одинъ изъ супруговъ одержимъ тяжкою душевною болѣзью, либо такою приличивою и отвратительною болѣзью, которая представляетъ опасность для жизни либо здоровья другого супруга или ихъ потомства. Сверхъ сего, совмѣстная жизнь можетъ быть признана невыносимой для жены, если она одержима такою болѣзью, при которой продолженіе супружескаго сожитія представляется опаснымъ для жизни или здоровья“.

Какъ видимъ, вездѣ XIX вѣкъ отрекся отъ естественно-правовыхъ идей своего предшественника—даже тамъ, гдѣ государство старается стоять внѣ всякихъ вѣроисповѣднхъ тенденцій. Даже самые прогрессивные въ нашемъ вопросѣ кодексы — Уложенія Германское и Швейцарское—при всей растяжимости ихъ „относительныхъ“ причинъ стоять далеко позади не только римскаго права, но и блаженной памяти Прусскаго Земскаго Уложенія.

Государство взяло на себя ту роль, которую раньше играла церковь. Не интересы супруговъ, какъ частныхъ лицъ, какъ нѣкоторыхъ „самоцѣнностей“, стоятъ при юридической нормировкѣ брака на первомъ мѣстѣ, а интересы чего-то, внѣ ихъ находящагося. Если церковь охраняла бракъ, какъ религиозное таинство, во имя высшихъ трансцендентныхъ благъ, то теперь государство охраняетъ его, какъ нѣкоторое социальное учрежденіе, во имя такихъ или иныхъ земныхъ интересовъ общественности. Бракъ, говорятъ „Мотивы“ къ проекту Германскаго Уложенія, есть нѣкоторый отъ воли супруговъ независимый нравственный и юридическій порядокъ („eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung“¹⁾); онъ есть важное для государства производительное и воспитательное учрежденіе („Fortpflanzungs- und Erziehungsinstitution“) и, какъ таковое, нуждается въ особой принудительной охранѣ закона. Такимъ образомъ, „замѣна церкви государствомъ ничего не измѣнила по существу: нынѣ святость брака провозглашается въ интересахъ государства“²⁾. Отъ воли частныхъ лицъ, зависитъ вступить или не вступить въ бракъ, но разъ они вступили, они уже не принадлежатъ себѣ, такъ какъ должны выполнять теперь нѣкоторую—выражаясь словами Дюги—„соціальную функцію“.

Конечно, вопросъ о сущности брака и о допустимости разводовъ составляетъ одну изъ труднѣйшихъ проблемъ современнаго права, но надо во всякомъ случаѣ освободить его отъ цѣлой массы исторически наросшихъ предубѣжденій, свести его къ яснымъ принципальнымъ предпосылкамъ и тѣмъ облегчить его разрѣшеніе.

Быть можетъ, наиболее яркимъ выраженіемъ отмѣченной выше принципальной позиціи современнаго законодательства является недопущеніе разводовъ по взаимному согласію супруговъ даже при полной бездѣтности ихъ. Конечно, въ вопросѣ о допустимости или недопустимости развода играютъ большую роль соображенія объ интересахъ другого

¹⁾ Motive. IV, стр. 562.

²⁾ Max Neustadt, l. cit., стр. 73—74.

супруга и судьбъ дѣтей, но въ данномъ случаѣ и тѣ и другія соображенія отпадаютъ: дѣтей нѣтъ, а супруги сами желаютъ прекратить брачный союзъ. И тѣмъ не менѣе законъ имъ этого не позволяетъ. Почему? Вотъ что говорятъ, напримѣръ, по этому поводу „Мотивы“ къ проекту Германскаго Уложения: „При разводѣ вслѣдствіе взаимнаго согласія выступаетъ въ качествѣ вѣншнаго основанія развода исключительно произволъ супруговъ. Вслѣдствіе этого возникаетъ опасность, что въ населеніи именно этотъ произволъ будетъ считаться истиннымъ основаніемъ развода, и уваженіе къ браку, представленіе о немъ, какъ о нѣкоторомъ учрежденіи, стоящемъ выше воли супруговъ и служащемъ высшимъ объективнымъ цѣлямъ, будетъ подорвано“¹⁾. Такимъ образомъ, брачный союзъ долженъ продолжаться даже не для осуществленія этихъ „высшихъ объективныхъ цѣлей“, которыя стали уже, какъ о томъ свидѣтельствуеетъ обоюдное желаніе супруговъ разойтись, недостижимы, а лишь для того, чтобы въ народѣ не возникло нежелательнаго для государства представленія о бракѣ. И вотъ во имя этихъ предупредительно-воспитательныхъ цѣлей, супруги должны принудительно влчить опостыльшее супружеское сожителство или же придумывать средства для обхода закона, создавать видимость какой-либо изъ законныхъ причинъ для полученія развода.

Не слишкомъ ли, однако, государство натягиваетъ здѣсь струну своего „трансперсонализма“? Конечно, бракъ служить не только низменнымъ, но и высшимъ цѣлямъ человѣческаго существованія; конечно, онъ имѣетъ огромное значеніе въ этомъ смыслѣ и для государства, но не слѣдуетъ забывать того, что таковымъ онъ можетъ быть лишь до тѣхъ поръ, пока онъ является союзомъ свободнымъ, пока онъ не превращается въ принудительное учрежденіе. Въ противномъ случаѣ изъ очага „нравственнаго порядка“ („sittliche Ordnung“) онъ дѣлается очагомъ нравственной заразы. Превращая бракъ въ клѣтку, въ которую можно свободно войти, но которая тотчасъ же наглухо запирается, придавая ему характеръ вѣншной принудительности, государство этимъ самымъ въ высокой степени извращаетъ ту обстановку, которая необходима для подлиннаго развитія нравственной стороны брачнаго союза.

Принуждая супруговъ, даже вопреки ихъ общему желанію, продолжать брачное сожителство, государство не возвеличиваетъ, а уничтожаетъ идею брака и вслѣдствіе этого вступаетъ въ рѣзкій конфликтъ съ развитою личною нравственностью. Для лицъ

¹⁾ Motive, IV, стр. 167.

съ тонкою нравственною чуткостью брачное сожителство безъ встрѣчной любви со стороны другого супруга невыносимо, и если государство тѣмъ не менѣе предписываетъ продолжать это невыносимое сожителство, оно совершаетъ жесточайшее нравственное насилие надъ личностью. Быть можетъ, до поры до времени этому насилію подчиняются, но наступитъ скоро моментъ, когда личность рѣшительно противъ него запротестуетъ.

Конечно, для государства брачный союзъ важенъ и какъ учрежденіе, создающее и воспитывающее потомство; но и эта „соціальная функція“ брака можетъ быть только результатомъ добраго желанія самихъ супруговъ. При отсутствіи же дѣтей даже эта соціальная функція отпадаетъ. Быть можетъ, бракъ слѣдуетъ все же сохранить въ ожиданіи возможныхъ въ будущемъ дѣтей? Но тогда супруги въ правѣ сказать государству: мы тебѣ не машина для производства потомства, не забывай и нашей собственной человѣческой личности¹⁾.

Послѣдовательнымъ логическимъ выводомъ изъ такого „государственнаго“ представленія о бракѣ была бы только его полная нерасторжимость. Если же государство допускаетъ разводъ въ тѣхъ случаяхъ, когда внутренняя сущность брака разрушена, — если оно признаетъ, что внутренне мертвый бракъ не можетъ служить высшимъ нравственнымъ цѣлямъ, — то недопущеніе развода по взаимному согласію супруговъ является логическимъ противорѣчіемъ. И, какъ мы видѣли, это противорѣчіе объясняется опасеніемъ, какъ бы въ народѣ не возникла мысль о томъ, что воля супруговъ можетъ имѣть въ этомъ вопросѣ какое-нибудь значеніе. Аргументъ, свидѣтельствующій о чрезвычайномъ наивномъ представленіи о народѣ и въ то же время выдающій стремленіе современнаго государства опекать самую народную мысль. Мы думаемъ, напротивъ, что чѣмъ отчетливѣе выяснится передъ народнымъ сознаніемъ нынѣшняя позиція государства, тѣмъ скорѣе она будетъ осуждена. Чѣмъ яснѣе будетъ понято, что, съ точки зрѣнія современнаго государства, воля и нравственная личность супруговъ ничто, тѣмъ рѣшительнѣе будетъ заявлено: этого не должно быть!

Бракъ затрагиваетъ столь интимныя стороны человѣческой личности, столь глубоко проникаетъ въ самую нравственную

¹⁾ Cp. Bentham. Traité de législation. T. II, p. 216. „Vivre sous l'autorité perpétuelle d'un homme qu'on déteste c'est déjà un esclavage. Etre contrainte de recevoir ses embrassements, c'est un malheur trop grand pour avoir été toléré sous l'esclavage même. On a beau dire que le joug est réiproque: la réciprocité ne fait que doubler le malheur.“

сущность этой последней, что полное игнорирование ее со стороны государства чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе будетъ ощущаться, какъ нѣчто невыносимое и недостойное. И любопытно, что даже Гирке, не шдившій выражений для того, чтобы клеймить „индивидуалистическія“ и „романтическія“ тенденціи германскаго проекта, признавалъ тѣмъ не менѣе ршеніе этого послѣдняго относительно недолупустимости развода по взаимному согласію неправильнымъ и съ общественно-нравственной точки зрѣнія вреднымъ ¹⁾.

Но пойдѣмъ далѣе и посмотримъ, въ какой степени нынѣшнее стѣсненіе свободы разводовъ оправдывается интересами другаго супруга, причѣмъ для лучшаго усненія этой стороны дѣла предположимъ снова случай бездѣтности.

Что говорить противъ расторгненія брака не только при взаимномъ согласіи обоихъ супруговъ, но даже и въ случаѣ рѣшительнаго желанія одного изъ нихъ? Можетъ ли государство принудительно создать другому надлежащее, достойное этого имени, брачное сожителство, можетъ ли оно вдохнуть въ брачную связь ея отлѣтѣвшую душу? Не только души, но даже и внѣшности брака оно возстановитъ не можетъ: было, правда, время, когда государство путемъ насильственнаго привода водворяло жену въ домъ мужа, но нынѣ во всѣхъ культурныхъ государствахъ этотъ приводъ оставленъ. Такимъ образомъ, мужъ можетъ уйти отъ жены, жена отъ мужа, и право не беретъ на себя возстановленія даже формы супружескаго сожителства. Что же остается? Только нѣкоторая юридическая связь между разошедшимися супругами, нѣкоторая тяжелая цѣпь, которая, какъ каторжные наручники, танется затѣмъ за обоими всю жизнь. Для чего и для кого она нужна? Ни для кого: ея единственное значеніе можетъ заключаться только въ томъ, что ни тотъ ни другой изъ супруговъ не можетъ вступить въ новый бракъ. Но сторона, неповинная въ расхожденіи, страдаетъ какъ бы въ отместку. Однако, сторона, пожелавшая уйти, страдаетъ отъ этого безъ вины; едва ли такая отместка достойна культурнаго законодательства, едва ли превращеніе брачной связи въ пожизненное наказаніе способно возвысить идею брака. Съ другой стороны, невозможность вступленія въ бракъ для обоихъ супруговъ влечетъ за собою часто возникновеніе незаконныхъ сожителствъ со всѣми ихъ тяжелыми моральными и социальными послѣдствіями. Искупаются ли всѣ возникающія въ этихъ случаяхъ тяжкія страданія лицъ, неповинныхъ абстрактнымъ сохраненіемъ идеи брака, какъ нѣко-

¹⁾ Entwurf und das deutsche Recht. стр. 449.

тораго независимаго отъ интересовъ конкретныхъ лицъ „нравственнаго порядка“? Мы думаемъ, что нѣтъ. Какъ бы ни дорога была для государства прочность семейнаго союза, оно должно признать, что эта прочность не можетъ быть создана принужденіемъ, что она можетъ явиться только результатомъ добровольной дѣятельности самихъ заинтересованныхъ лицъ. Улучшая условія общественной жизни, устраняя разнообразныя социальные причины, влияющія разрушающимъ образомъ на крѣпость брачныхъ связей, государство сдѣлаетъ неизмѣримо болѣе для оздоровленія семейнаго строя, чѣмъ упорнымъ провозглашеніемъ нерасторжимости брака. Къ тому же, чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе такое провозглашеніе дѣлается простымъ самоуслажденіемъ закона: законъ считаетъ существующимъ то, чего въ дѣйствительности уже давно нѣтъ.

Конечно, въ случаѣ прекращенія брака по одностороннему ршенію одного изъ супруговъ другой имѣетъ право требовать постановленія его въ такое имущественное положеніе, въ какомъ онъ находился бы при бракѣ—имѣетъ право требовать соответствующаго содержанія и т. д.; но и только. Дальше этихъ вопросовъ имущественнаго характера государству въ нашей области дѣлать нечего.

Наконецъ, возьмемъ и тотъ случай, когда есть дѣти. Дѣйствительно ли принудительное продолженіе брака соответствуетъ интересамъ дѣтей? И въ этомъ позволительно усомниться. Если естественное чувство любви къ дѣтямъ оказывается безильнымъ, чтобы удержать родителей отъ разрыва, то, думается, что и здѣсь принудительныя мѣры ничему не помогутъ. Думается, что мирная жизнь съ однимъ изъ родителей все же здоровѣе для душевнаго развитія дѣтей, чѣмъ пребываніе съ обоими, но въ атмосферѣ постоянной холодности, раздраженія, а, можетъ быть и крайне тяжелыхъ сцен ¹⁾. Кто знаетъ, какіе мучительные конфликты могутъ возникать въ душѣ ребенка, невольнаго свидѣтеля всѣхъ столкновеній между отцомъ и матерью? Кто можетъ учесть ихъ влияние на все міросозерцаніе, на всю психологію формирующейся души? Во всякомъ случаѣ и здѣсь что можетъ сдѣлать государство для возстановленія нормальнаго семейнаго строя? Можетъ ли оно передѣлать душу супруга, утратившаго супружескую привязанность? Можетъ ли оно даже вернуть его физически въ семью, если онъ ее оставилъ? Ни то, ни другое: семья все равно будетъ фактически разрушена, оставивъ послѣ себя только ту же юридическую каторжную цѣпь, о которой только что было

¹⁾ Cp. Bentham. l. cit. p. 222.

сказано. Нужна ли она дѣтямъ? Очевидно, нѣтъ. Старое зло останется неисправленнымъ, къ нему прибавится только новое. Единственное, что доступно праву и здѣсь, это только установление матеріальнаго обезпеченія для оставленной семьи.

Но, говорятъ, легкость разводовъ будетъ способствовать легкомысленному заключенію браковъ. Какъ будто легкомысліе считается съ какими-нибудь соображеніями! Но и кромѣ того, съ этой точки зрѣнія принудительное продолженіе брака является какою-то карой за легкомысліе и устрашающимъ средствомъ воздѣйствія на другихъ. А можно ли говорить о высокой идеѣ брака, о его нравственномъ значеніи, разъ мы превращаемъ его въ какое-то своеобразное карательное средство?

Безъ сомнѣнія, установленіе свободы разводовъ вызоветъ извѣстное (а первое время, быть можетъ, даже значительное) увеличеніе ихъ количества. Въ ряду аргументовъ противъ такой свободы довольно видное мѣсто занимаетъ статистика вообще и, въ частности, статистика разводовъ въ Франціи въ ближайшіе годы послѣ упомянутаго выше закона 1792 г. Но что обозначаютъ всѣ подобныя статистическія данныя? Онѣ только раскрываютъ передъ нами подлинныя размѣры уже существующей семейной расшатанности, и было бы большою наивностью думать, что запрещеніе разводовъ эту расшатанность устраняетъ. Оно только вгоняетъ болѣзнь внутрь, оно только скрываетъ ее отъ глазъ закона, создаетъ обманчивое впечатлѣніе большаго или меньшаго социальнаго благополучія. Но не слѣдуетъ принимать этого впечатлѣнія за реальность. Сочтите всѣ брачныя союзы, фактически расторгнутые, сочтите всѣ незаконныя сожителства—и только тогда вы получите подлинную картину семейной жизни въ каждомъ данномъ обществѣ. Юридическая квалификація этихъ сожителствъ ни на одну юту не можетъ измѣнить реальнаго положенія дѣлъ; продолжая считать браки, фактически прекратившіеся, за существующіе и фактически существующіе за ничто, мы только тѣшимъ себя вредной иллюзіей¹⁾.

Оборотной стороной этой иллюзіи являются чрезмѣрные страхи. Часто кажется, что съ установленіемъ свободы разводовъ весь семейный строй рухнетъ до основанія. Но вспомнимъ всю исторію стараго Рима. Ни одно изъ современныхъ законодательствъ не знаетъ такой свободы разводовъ, какая существовала въ Римѣ,

и тѣмъ не менѣе римская семейная жизнь едва ли была менѣе прочной и устойчивой, чѣмъ наша современная. Правда, были въ римской исторіи моменты, когда семейные устои приходили въ крайнее колебаніе (вышеупомянутый конецъ республики), но, во-первыхъ, и въ эти моменты кризисъ семьи былъ только отраженіемъ общаго социальнаго кризиса, а, во-вторыхъ, самый тогдашній развалъ семьи былъ едва ли больше, чѣмъ тотъ, который мы наблюдаемъ въ настоящій моментъ въ большихъ городахъ Европы. Проходилъ критическій моментъ въ социальныхъ условіяхъ, и семейная жизнь сама собою снова налаживалась. Конечно, въ верхахъ общества, въ придворныхъ и аристократическихъ кругахъ, она никогда не была образцовой, но здоровые средніе и трудящіеся классы римскаго общества никогда не страдали отъ принциповъ свободнаго брака. Въ этомъ отношеніи исторія римскаго брачнаго права является въ высшей степени поучительной: былъ, по крайней мѣрѣ, одинъ народъ, который зналъ полную свободу разводовъ и который отъ этого не погубилъ. Правда, она сошла со сцены, но едва ли найдется историкъ, который припишетъ гибель античнаго міра слабости его семейныхъ устоевъ.

Мысль о томъ, что брачный союзъ только тогда можетъ исполнять свою высокую миссію, когда онъ внутренне здоровъ, не чужда, конечно, и современнымъ кодексамъ; она сказывается въ особенностяхъ въ тѣхъ статьяхъ Германскаго и Швейцарскаго Уложенийъ, которыя устанавливаютъ такъ называемыя „относительныя“ причины развода. Безспорно, по сравненію съ другими нынѣшними законодательствами эти статьи представляютъ значительный шагъ впередъ; однако, присмотримся къ нимъ поближе.

Что, въ самомъ дѣлѣ, обозначаетъ употребляющееся въ нихъ выраженіе „столь глубокое потрясеніе брака („eine so tiefe Zerrüttung“), что дальѣйшее продолженіе брачнаго сожителства не можетъ уже быть вмѣнено другому супругу въ обязанность“? Кто будетъ судить о томъ, наступила ли уже соотвѣтственная степень потрясенія или нѣтъ? Судить объ этомъ будетъ судъ. Какія мѣрки онъ будетъ примѣнять при этомъ? Предположимъ, что онъ постарается отвлечься отъ своихъ объективныхъ представленій о сущности брака и захочетъ прибѣгнуть къ объективнымъ воззрѣніямъ социальной среды („gemäß der allgemeinen sittlichen Auffassung“, говоритъ E. Huber¹⁾). Но и тогда положеніе супруга, ищущаго развода, можетъ оказаться трагичнымъ въ двоякомъ отношеніи. Во-первыхъ, для того, чтобы получить

¹⁾ Cp. Benthams I. cit. p. 218. „Rendez les mariages dissolubles, il y aura plus de separations apparentes, et il y aura moins de separations réelles.“—Cruet I. La vie du droit. p. 130. „La loi manquerait simplement de sincérité si elle affirmait l'indissolubilité du mariage“.

¹⁾ Erläuterungen zum Vorentwurf, стр. 134.

санкцию суда на развод, супругу необходимо будет посвятить суду во всю интимную драму своей жизни, обнажить всё язвы истерзанной души, раскрыть все то, что, быть может, хотелось бы навсегда спрятать от постороннего взора. А, во-вторых, все это может оказаться напрасным: суд, быть может, признает, что вся эта субъективная драма с объективной точки зрения нравов данной среды не заслуживает внимания. Муж бьет? Ну что ж такое: в вашем кругу это постоянно случается; для данной конкретной личности именно эти-то дикie нравы среды дeлaют всю дальнейшую жизнь невозможной? Снова интимнейшие интересы живой, конкретной личности приносятся в жертву какой-то сомнительной типичности...

Вот на какой идее построены все эти, повторяем, самые либеральные в настоящее время бракоразводные нормы. Брак будет признан „глубоко потрясенным“ не тогда, когда это почувствовали сами заинтересованные лица, а тогда, когда это найдет некоторая внешняя, чуждая инстанция. Но кому же лучше знать, перейден ли предел терпения или нет—суду или тем лицам, которые должны будут затем по его приговору влечь опостылевшее совместное существование? Или государство становится здесь на точку зрения нашего русского старозавтного правила „стерпится—слюбится“?

Римское право было далеко от подобных сомнительных соображений и „объективных“ оценок; оно чувствовало всю неуместность какого-либо объективного контроля в столь субъективной сфере чувства и представляло решение вопроса самими сторонами. И думается, что самое сознание того, что это решение находится всегда в их руках, создавало для супругов хорошую психологическую и нравственную школу: оно приучало супругов ко взаимному уважению и деликатности, оно гарантировало добрые семейные нравы в гораздо большей степени, чем внешний полицейский надзор современного государства.

Область брачных отношений одна из тех областей, где идет дело о самых интимных, самых внутренних сторонах человеческой личности, и не нужно быть пророком, чтобы предсказать для будущего дальнейшее движение всякого культурного законодательства по тому пути, на котором далеко опередила нас старое римское право. Вырастающая и дeлaющаяся больше чуткой личностью употребить все усилия, чтобы приобрести себе свободу духа, и не положить оружия до тех пор, пока не отвоюет ее у государства. Именно во имя внутренней святости

брака она протестует против высшего принуждения, как во имя святости религиозного чувства она протестовала против всяких религиозных стеснений. В истинном брачном соединении двух лиц есть подлинный элемент религиозного настроения, и если некогда церковь взяла брак под свое видение, если она объявила его таинством, то в значительной мере опираясь на это психологическое явление. Но именно потому, что брак в идеале своем содержит элемент религиозного чувства, что он есть некоторое личное таинство двух душ, он не может выносить никакого внешнего принуждения и вмешательства.

* * *

То или иное представление о сущности брака влияет, конечно, и на дальнейший трудный вопрос семейственного права—на вопрос о взаимных отношениях между супругами во время брака.

Мы видели, что римское право совершило в этом отношении огромный принципиальный прыжок: от патриархальной идеи безусловной власти мужа над женою оно перешло сразу к идее полной супружеской равноправности и независимости. Развитие права новых народов такого исторического прыжка не знало; перестроение отношений между супругами совершалось здесь путем медленной и постепенной эволюции.

Как нам приходилось уже упоминать, и у новых народов древнейшая семья покоилась на началe юридически безусловной власти мужа над женой. Во взаимных отношениях муж был субъектом этой власти, а жена ее объектом. Супружеские отношения мыслились под углом зрения одностороннего права мужа на самую личность жены.

С течением времени, однако, положение дела меняется: право начинает понемногу признавать жену личностью, подлежащей охране закона. Права мужней власти подвергаются ограничениям: запрещается произвольное убийство жены, продажа ее и т. д.; с другой стороны, за мужем начинают признавать и известные обязанности. Мало-помалу соотношение между этими правами и обязанностями изменяется настолько, что самая власть мужа начинает рассматриваться под углом зрения естественной опеки мужа над женой: самая права мужа конструируются, как необходимые средства для осуществления мужем лежащей на нем общей обязанности опеки. Так наступает вторая принципиальная стадия в эволюции супружеских отношений; но развитие права на ней не остановилось.

По мѣрѣ того, какъ устанавливается въ гражданскомъ правѣ равенство половъ, идея опеки теряетъ подѣ собою почву. Она была естественна въ ту пору, когда женщина вообще должна была всю жизнь находиться подѣ чьей-нибудь защитой и опекой (отца, ближайшихъ родственниковъ), но она утрачивала свой смыслъ съ того момента, когда женщина была признана наравнѣ съ мужчинами вполне дѣеспособной. На какомъ основаніи женщина, дотолѣ дѣеспособная, должна была утрачивать свою дѣеспособность съ выходомъ въ замужество? Утрачивала ли она съ замужествомъ способность разумнѣя или необходимо для гражданско-правовой дѣятельности зрѣлость воли? Очевидно, нѣтъ, а вслѣдствіе этого не было основанія и для мужней опеки.

Однако, съ другой стороны, семья создаетъ известное единство жизни, создаетъ общее хозяйство, общіе интересы дома; для осуществленія этой общности, очевидно, необходимо и нѣкоторое единство въ руководствѣ общей жизнью. Изъ двухъ лицъ, стоящихъ во главѣ семьи, мужа и жены, право передаетъ указанное руководство мужу, и такимъ образомъ взаимныя отношенія между мужемъ и женой начинаютъ опредѣляться новымъ принципомъ—принципомъ главенства мужа въ общесемейныхъ дѣлахъ. Это главенство, въ идеѣ, уже отнюдь не является ни властью надъ женой, ни опекой надъ ея личностью; оно просто право преимущественнаго рѣшенія общесемейныхъ вопросовъ.

На этой послѣдней принципиальной ступени и стоятъ новѣйшіе европейскіе кодексы. Однако, нужно сказать, что всѣ прежнія пережитыя стадіи оставляютъ еще до сихъ поръ свои слѣды то въ отдѣльныхъ законодательныхъ нормахъ, то въ способѣ толкованія ихъ судебной практикой и литературой. Въ однихъ странахъ такихъ переживаній прошлаго больше, въ другихъ меньше—но въ известной степени они есть вездѣ; лишняя своей прежней принципиальной опоры, они продолжаютъ еще оказывать свое влияние тамъ, гдѣ имъ удается ускользнуть отъ контроля нашего сознания.

Мы не станемъ входить въ отдѣльное разсмотрѣніе взаимныхъ супружескихъ „правъ и обязанностей“, какъ они перечисляются въ томъ или другомъ законодательствѣ, а ограничимся изъ этой области только тѣмъ, что имѣетъ наиболѣе существенное принципиальное значеніе.

Основная „обязанность“, которая возникаетъ для супруговъ, вслѣдствіе заключеннаго ими брачнаго соглашенія, состоитъ въ обязанности супружескаго сожительства. Но въ какой мѣрѣ право можетъ гарантировать одному изъ супруговъ исполненіе этой обязанности другимъ?

Очевидно, о прямомъ принужденіи къ выполненію этой обязанности средствами государственной власти не можетъ быть рѣчи: даже самыя некультурныя законодательства понимаютъ, что какою-либо постороннее вмѣшательство въ этомъ направленіи и этически, и физически недопустимо. Слѣдовательно, вопросъ можетъ ставиться только о регулированіи высшей стороны этого супружескаго сожительства. Но что можетъ сдѣлать государство даже въ этомъ послѣднемъ отношеніи?

Первое высшее условіе, которое необходимо для осуществленія основного содержанія брака, заключается, конечно, въ совмѣстномъ жительствѣ супруговъ, въ пребываніи ихъ въ одномъ и томъ же мѣстѣ. Отсюда обычныя опредѣленія законодательства, что жена обязана слѣдовать за мужемъ, что мѣстожительство жены опредѣляется мѣстожительствомъ мужа и т. д. Но какова юридическая санкція этой обязанности? Что можетъ сдѣлать государство въ томъ случаѣ, если одинъ изъ супруговъ отъ совмѣстнаго жительства уклоняется, если, напр., жена ушла отъ мужа и не желаетъ возвращаться? Намъ уже приходилось упоминать, что въ прежнее время прибѣгали въ такихъ обстоятельствахъ даже къ насильственному приводу жены въ домъ мужа, но что современное право отъ такого насильственнаго водворенія отказывается. „Примѣненіе принудительныхъ мѣръ для возстановленія супружескаго сожительства,—говорятъ по этому поводу „Мотивы“ къ германскому проекту,—несовмѣстимо съ существомъ брака, какъ союза по преимуществу нравственнаго, покоящагося на внутреннемъ настроеніи супруговъ („auf der ehelichen Gesinnung“). Кроме того, опытъ свидѣтельствуетъ, что подобныя мѣры въ большинствѣ случаевъ не имѣютъ никакого практическаго значенія и только усиливаютъ взаимное раздржаніе между супругами“¹⁾.

Этотъ отказъ отъ примѣненія принудительныхъ мѣръ имѣетъ огромное принципиальное значеніе: въ немъ поистинѣ нельзя не усмотрѣть крупнѣйшей побѣды личности надъ всемогущимъ государствомъ: все оно со своимъ убѣжденіемъ относительно объективной „надъ-индивидуальной“ сущности брака и со своимъ всеокрушающимъ аппаратомъ власти оказывается морально безсиленымъ передъ словеснымъ протестомъ одиночной маленькой личности—по большей части загнанной и истерзанной жизнью женщины. Властное слово закона умолкаетъ передъ рѣшительнымъ заявленіемъ человѣка „не могу“.

Отказываясь отъ такого прямого принужденія, нѣкоторыя законодательства удерживаютъ еще тѣ или другія косвенныя

¹⁾ Motive, IV, стр. 109.

средства для того, чтобы оказать давление на жену (но не всегда на мужа). Так, напр., у нас в России таким косвенным средством, в силу наших паспортных правил, мог служить для мужа отказ женѣ в своемъ согласіи на выдачу ей отдѣльнаго вида на жительство: лишивъ ее этого послѣдняго, мужъ могъ поставить жену в невозможность жить гдѣ бы то ни было, кромѣ его дома. Однако, такое положеніе вещей уже давно привело къ вопіющимъ послѣдствіямъ и къ самымъ разнообразнымъ отступленіямъ отъ строгой буквы закона. Нынѣ оно закономъ 12 марта 1914 года о раздѣльномъ жительство супруговъ вовсе уничтожено.

Довольно рѣшительныя косвенныя мѣры извѣстны французскому праву. По просьбѣ мужа судъ можетъ обязать жену возвратиться домой подъ угрозой извѣстныхъ имущественныхъ штрафовъ; кромѣ того, мужъ можетъ просить о предоставленіи ему права секвестровать доходы жены отъ ея личнаго имущества. Средства, конечно, очень сильныя: при послѣдовательномъ осуществленіи ихъ жена можетъ оказаться лишенной всякихъ средствъ къ существованію; но тѣмъ не менѣе и они лишены надеждащей дѣйствительности: если жена не испугается этого имущественнаго давленія, государство вернуть ее будетъ не въ состояніи. Къ тому же всѣ подобныя средства имѣютъ много сомнительнаго: не достигая своей цѣли, они гораздо чаще могутъ служить для предосудительнаго вымогательства со стороны мужа, чѣмъ для возстановленія брачнаго сожителства.

Такимъ образомъ, въ большинствѣ современныхъ законодательствъ какихъ-либо средствъ гарантировать совмѣстное жительство супруговъ не существуетъ, и въ конечномъ счетѣ единственной санкціей обязанности къ совмѣстному жительство является только предоставленіе оставленному супругу права требовать на этомъ основаніи развода или раздѣльнаго жительства.

Къ тому же выводу приводитъ и вторая дополнительная обязанность супруговъ, именно обязанность супружеской вѣрности: если мы оставимъ въ сторонѣ уголовное наказаніе за прелюбодѣяніе, то и здѣсь единственной граждански-правовой санкціей является тотъ же разводъ.

Такимъ образомъ, такъ называемыя личныя обязанности супруговъ по самому существу таковы, что онѣ ускользаютъ отъ контроля и воздѣйствія со стороны права, свидѣтельствуя этимъ полную справедливость римскаго лозунга „libera matrimonia esse“. Въ то же самое время мы наглядно убѣждаемся въ томъ, насколько невозможно для настоящаго времени говорить о ка-

комъ-либо правѣ мужа на самую личность жены или жены на личность мужа, насколько невѣрно утвержденіе, будто въ супружескихъ отношеніяхъ супруги являются объектомъ права другъ для друга. Бракъ создаетъ не отношенія субъектовъ къ объектамъ, а своеобразныя, въ основѣ своей для права неуловимыя, отношенія между двумя субъектами. Положеніе мужа или жены есть не столько положеніе субъективнаго управомочія или обязанности, сколько извѣстное граждански-правовое состояніе (status).

Въ принципѣ, какъ мы сказали, современное право представляетъ себѣ бракъ какъ союзъ двухъ самостоятельныхъ и равноправныхъ личностей; если мужъ имѣетъ извѣстное преимущество, то лишь постольку, поскольку его голосу дается перевѣсъ въ общесемейныхъ дѣлахъ. Въ этомъ только и заключается смыслъ изреченія, что мужъ есть глава семьи.

Однако, опредѣленіе болѣе точныхъ границъ этого главенства, отграниченіе „общесемейныхъ“ вопросовъ отъ личныхъ вопросовъ жены представляетъ на практикѣ чрезвычайная трудность, и именно при рѣшеніи этого вопроса мы встречаемся съ многочисленными отголосками пережитыхъ стадій власти и опеки мужа надъ женой. Можетъ ли жена вести какія-либо знакомства безъ разрѣшенія мужа, можетъ ли мужъ контролировать ея переписку и т. д.? Вотъ вопросы, которые со всей серьезностью дебатировались въ современной западно-европейской юриспруденціи и которые часто рѣшаются въ смыслѣ самыхъ широкихъ правъ мужа. Но очевидно, что при подобныхъ условіяхъ равенство жены легко можетъ сдѣлаться иллюзорнымъ; самая юридическая дѣеспособность жены можетъ превратиться въ *quidam* jus, разъ мужъ имѣетъ право запретить женѣ видѣться съ кѣмъ-либо, кромѣ него, или переписываться съ кѣмъ-либо безъ его разрѣшенія. Гдѣ же гарантія противъ подобнаго извращенія мужемъ своего главенства въ обще-семейныхъ дѣлахъ?

Съ точки зрѣнія новѣйшихъ законодательствъ единственной защитой для жены является признаніе чрезмѣрныхъ притязаній мужа „злоупотребленіемъ правомъ“. Такъ, напр., § 1354 Германскаго Уложенія, указавъ, что мужу принадлежитъ рѣшеніе всѣхъ обще-семейныхъ вопросовъ, прибавляетъ затѣмъ: „жена не обязана подчиняться рѣшенію мужа, если это рѣшеніе представляетъ злоупотребленіе правомъ“. Но здѣсь мы встречаемся снова съ тѣми же затрудненіями, которыя были отмѣчены выше.

Во-первыхъ, есть ли въ тѣхъ или другихъ дѣйствіяхъ мужа злоупотребленіе правомъ или нѣтъ, этотъ вопросъ призванъ рѣ-

шать судъ, который, конечно, будетъ примѣнять тѣ или другія абстрактныя мѣрки. Между тѣмъ и здѣсь дѣло идетъ о такихъ сторонахъ супружеской жизни, которая имѣютъ огромное чисто субъективное значеніе. Если вообще въ семьяхъ даннаго общественнаго круга нравы таковы, что мужъ контролируетъ знакомства или переписку жены, то для извѣстной конкретной личности самое покушеніе мужа на подобный контроль можетъ обозначать уже „глубочайшее потрясеніе“ самаго существа брака. Абстрактная мѣрка „злоупотребленія правомъ“ не защититъ этой нетипичной личности и передать ее въ жертву юридическому шаблону.

Во-вторыхъ, даже признавъ наличность злоупотребленія правомъ со стороны мужа, судъ не имѣетъ возможности оградить жену отъ продолженія того же злоупотребленія. Любопытно, впрочемъ, слѣдующая попытка Швейцарскаго Уложенія. Ст. 169 говоритъ, что если одинъ изъ супруговъ не исполняетъ своихъ обязанностей или своимъ поведеніемъ ввергаетъ другого въ опасность или позоръ, этотъ послѣдній можетъ обратиться съ просьбой о помощи къ суду („den Richter um Hülfe angehen“). Судья долженъ напомнить виновному о его обязанностяхъ и при безуспѣшности напоминанія можетъ принять необходимыя для охраны супружескаго союза, въ законѣ предусмотрѣнныя, мѣры. Эти же послѣднія указываются въ слѣдующихъ ст. ст. 170 и 171 и состоятъ въ томъ, что супругъ можетъ на время прекратить со-вмѣстное жительство, а судья опредѣляетъ тогда размѣры того содержанія, которое обязанъ выдавать виновный супругъ другому; сверхъ того, судья можетъ предписать должникамъ виновнаго мужа производить платежи не ему, а женѣ.

Всѣ эти мѣры, какъ видимъ, касаются только имущественной стороны брака и являются не чѣмъ инымъ, какъ лишь извѣстнымъ регулированіемъ вопроса о содержаніи (alimenta). Единственной же реальной гарантій для жены противъ злоупотребленій со стороны мужа является все тотъ же уходъ отъ него („den gemeinsamen Haushalt aufzuheben“) съ возможностью въ дальнѣйшемъ требовать развода ¹⁾.

Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ и современное право, послѣ всѣхъ попытокъ поставить судъ надъ мужемъ и женой въ качествѣ нѣкоторой посреднической и контролирующей инстанции, должно будетъ признать всю неудовлетворительность и безпомощность этой инстанции. Личныя супружескія отношенія таковы, что они не допускаютъ никакого внѣшняго вмѣшательства

ства: супружескія „обязанности“ могутъ быть выполняемы только добровольно. При ихъ невыполненіи единственнымъ судьей можетъ быть только другой супругъ. Если это невыполненіе для него субъективно невыносимо, онъ можетъ требовать только одного—именно освобожденія и себя отъ обязанностей, т.-е. прекращенія брака. Римское право отлично понимало это, и при признаваемой имъ полной свободѣ разводовъ всѣ указанныя выше затрудненія и вопросы для него не существовали: есть ли или нѣтъ злоупотребленіе супружескими правами, возможно ли или нѣтъ дальнѣйшее продолженіе супружескаго сожительства,—все это рѣшали сами заинтересованныя лица, а не какая-либо внѣшняя, чуждая имъ инстанція. Думается, что медленно и съ трудомъ, но къ тому же идетъ и право новѣйшихъ народовъ.

* * *

Постепенное освобожденіе личности жены и перестроеніе супружескихъ отношеній на началахъ равноправности не могло, конечно, не отразиться и на эволюціи и мущественныхъ отношеній между супругами.

Мы видѣли, что Римъ съ созданіемъ свободнаго брака безъ власти сразу перешелъ отъ системы подчиненія имущества жены мужу къ системѣ имущественной раздѣльности. Каждый изъ супруговъ сохраняетъ въ бракѣ свою полную имущественную правоспособность и дѣеспособность; каждый изъ нихъ имѣетъ свое собственное имущество, которымъ пользуется и распоряжается, не испрашивая разрѣшеній у другого. Въ обычаѣ было, конечно, что жена или ея родители при своемъ заключеніи брака выдѣляли извѣстное имущество мужу въ помощь для несенія общихъ издержекъ семейной жизни (такое имущество называлось приданымъ, dos), но такое выдѣленіе было не обязательно. Если приданое было, то, кромѣ указанной главной функции, оно имѣло и другую: оно служило для мужа извѣстной имущественной гарантій на случай неосновательнаго развода со стороны жены. Вслѣдствіе этого позднѣйшій обычай требовалъ, чтобы и мужъ, въ свою очередь, выдѣлялъ женѣ равноцѣнную часть своего имущества въ видѣ такой же гарантій для нея (такъ называемое donatio propter nuptias). Между мужемъ и женой могли существовать такія же имущественныя отношенія, какъ между всякими частными лицами вообще; лишь даренія между супругами были воспрещены: для того, говорятъ памятники, чтобы любовь одного супруга къ другому не могла явиться почвой для имущественныхъ вымогательствъ со стороны этого послѣдняго. Такова была, въ своихъ

¹⁾ Cp. Rossel et Menha. Manuel du droit civil suisse. I, стр. 242 и сл.

основных чертах, римская система имущественных отношений между супругами.

Новые народы, как сказано, римского исторического прыжка от одного брака к другому не знали; между-супружеския отношения у них эволюционировали с большей постепенностью, но в то же время и с большей медленностью. Конечно, переход от идеи власти мужа над женой к идее опеки над нею и затѣм к идее простого первенства мужа в обще-семейных дѣлах вель за собой и соотвѣтствующее перестроение имущественныхъ отношений, но часто это перестроение запаздывает, вслѣдствие чего мы имѣемъ в этой области еще больше остатковъ пережитыхъ стадій, чѣмъ даже в области отношений личныхъ.

Періоду власти мужа надъ женой соотвѣтствуетъ система подчиненія имущества жене мужу: все то, что жена имѣла до брака, и все то, что ей какимъ-либо образомъ доставалось во время брака, переходило в полную собственность мужа. Эта система, конечно, должна была исчезнуть съ отпаденіемъ начала власти, но она, тѣмъ не менѣе, еще долго держалась в нѣкоторыхъ странахъ: в Англии, напр., она была отиѣнена только в 1882 г., уступивъ свое мѣсто системѣ раздѣльности.

Въ большинствѣ же западно-европейскихъ странъ переходъ къ идеѣ опеки и затѣмъ къ идеѣ главенства мужа вызвалъ уже довольно рано существенное ослабленіе имущественныхъ правъ мужа; но такъ какъ этотъ переходъ совершался въ разныхъ странахъ съ разными модификаціями, то историческое развитие привело въ Европѣ къ чрезвычайному разнообразію семейно-имущественныхъ системъ. Достаточно сказать, что въ одной Германіи передъ новымъ уложеніемъ насчитывалось свыше сотни различныхъ комбинацій. Однѣ изъ этихъ системъ проводятъ идею равенства сильнѣе, другія слабѣе; въ однѣхъ слышатся еще отзвуки мужней опеки и даже власти, межъ тѣмъ какъ другія болѣе рѣшительно проникаются началомъ супружеской равноправности и независимости. Нѣтъ возможности излагать всѣ эти системы въ отдѣльности, поэтому укажемъ лишь ихъ основныя типы.

Въ принципѣ почти всѣ современныя законодательства признаютъ полную правоспособность и дѣеспособность замужней женщины; лишь нѣкоторыя сдѣлки жены — именно тѣ, которыя непосредственно затрагиваютъ супружеское сожителство, напр., договоръ личнаго найма — нуждаются въ согласіи мужа. Однако, нѣкоторыя законодательства идутъ значительно дальше. Такъ, напр., Code civil принципиально стоитъ еще на точкѣ зрѣнія

опеки: Art. 1124 прямо называетъ замужнюю женщину недѣеспособной (incapable) наравнѣ съ несовершеннолѣтними и безумными; лишь извѣстная, сравнительно маловажная, сдѣлки она можетъ заключать самостоятельно; для всѣхъ же остальныхъ необходимо согласіе мужа. „Неспособность для нея правило, способность — исключеніе“ (Planiol). Однако, такое устарѣлое положеніе уже въ самой Франціи давно вызываетъ осужденіе и, конечно, в болѣе или менѣе близкомъ будущемъ обречено на исчезновеніе.

Гораздо болѣе разногласій между современными законодательскими мы встрѣчаемъ въ вопросѣ объ организациі имущественныхъ отношений внутри семьи. Основными, типичными рѣшеніями этого вопроса являются слѣдующія:

а) Система полной имущественной общности (allgemeine Gütergemeinschaft): въ моментъ вступленія въ бракъ всѣ отдѣльныя имущества мужа и жены, со всѣми требованіями и долгами, дѣлаются общими; равнымъ образомъ считается общимъ и все то, что каждымъ изъ супруговъ приобретаетъ во время существованія брака. Однако, пока длится бракъ, общее имущество находится въ управленіи и пользованіи мужа; слѣдовательно, съ выходомъ замужъ жена теряетъ право на полученіе доходовъ даже съ ея прежняго собственнаго имущества. Такимъ образомъ, участіе жены въ собственности на общее имущество во все время брака ни въ чемъ не проявляется; оно скажется только по прекращеніи брака, да въ случаѣ несостоятельности.

б) Система частичной общности (partielle Gütergemeinschaft): общимъ дѣлается не все имущество супруговъ, а только нѣкоторыя виды его. Таковыми являются чаще всего движимое имущество супруговъ (Farnissgemeinschaft), или же имущество (какъ движимое, такъ и недвижимое), приобретенное послѣ брака (Ergungenschaftsgemeinschaft). При этомъ управленіе и пользованіе общими имущественными комплексами находится въ рукахъ мужа, но, сверхъ того, иногда ему же принадлежитъ управленіе и собственными имуществами жены.

с) Система управленія и пользованія мужа (такъ наз. Verwaltungsgemeinschaft): имущества, принадлежавшія женѣ до брака или приобретенныя ею во время брака, остаются ея собственностью, но находятся въ управленіи и пользованіи мужа (ususfructus maritalis).

При этомъ въ европейскихъ законодательствахъ обыкновенно одна изъ этихъ системъ устанавливается въ качествѣ законной и предполагаемой (Code civil признаетъ таковою систему частичной общности, Германское Уложеніе — систему управленія; точно

такъ же и Швейцарское Уложение, называя ее системой „Güterbindung“), но затѣмъ супругамъ предоставляется опредѣлить въ брачномъ договорѣ (съ занесеніемъ въ публичный реестръ) свои имущественныя отношенія и иначе, выбрать какую-либо иную систему.

Всѣ описанныя системы „общности“ оправдываются обыкновенно тѣмъ, что онѣ лучше всего соотвѣтствуютъ идеѣ брачного союза, какъ нѣкотораго семейнаго единства. Съ этой точки зрѣнія на Западѣ широко распространено отрицательное отношеніе къ римской системѣ раздѣльности, какъ и вообще къ римскому построенію свободнаго брака „безъ власти“. Однако, какъ самое теоретическое обоснованіе „общности“, такъ, въ особенности, ея практическое осуществленіе способны вызывать самыя рѣшительныя сомнѣнія.

Прежде всего, съ точки зрѣнія идеальной общности супружеской жизни наиболѣе соотвѣтственной представлялась бы система полной имущественной общности; между тѣмъ мы видѣли, что новѣйшіе кодексы усваиваютъ не эту систему, а другія, болѣе ограниченныя. Кромѣ того, объ „общности“ для жены можно говорить при этихъ системахъ развѣ лишь въ ироническомъ смыслѣ: для нея эта „общность“ состоитъ въ томъ, что во все время супружескаго сожителства она не имѣетъ ни копейки собственныхъ денегъ даже при наличности большого, только ей принадлежащаго имущества: все оно находится вѣдѣ въ управленіи и пользованіи мужа.

Не даромъ уже Вайнг, критикую первый проектъ Германскаго Уложения, называлъ эту систему „системой мужского эгоизма“ (System des Manneseigenthums). Равнымъ образомъ и въ рейхстагѣ эта система вызывала весьма энергичныя возраженія: не только социаль-демократы, во главѣ съ Бебелемъ, но и свободный консерваторъ Штуммъ горячо протестовали противъ этой системы, рекомендуя замѣнить ее системой раздѣльности. Даже при бракахъ хорошихъ, говорилъ въ частности Штуммъ, жена все время находится въ униженномъ положеніи, зависа въ каждой копейкѣ отъ мужа; при бракахъ же плохихъ эта система можетъ являться источникомъ самыхъ вопіющихъ злоупотребленій. Тѣмъ не менѣе рейхстагъ санкціонировалъ эту систему, какъ нѣчто соотвѣтствующее германскому національному духу.

Быть можетъ, эта система оправдывается тѣмъ, что издержки семейной жизни прежде всего несетъ мужъ? Также нѣтъ, такъ какъ пользованіе мужа не стоитъ ни въ какой связи съ семейными издержками: доходы, получаемые мужемъ отъ имущества

жены, могутъ значительно превышать эти издержки, и тѣмъ не менѣе, жена не получаетъ ни копейки. Очевидно, что эта система можетъ быть понята лишь какъ остатокъ стараго порядка вещей, когда мужъ былъ не только главой семьи, но и властелиномъ надъ женой, надъ ея личностью и ея имуществомъ.

Есть, конечно, еще и въ настоящее время принципиальные защитники этой системы, но часто самыя аргументы ихъ выдаются непоправимую слабость ихъ позиціи. Такъ, напр., такой крупный цивилистъ, какъ Дербургъ, въ оправданіе этой системы ссылается на то, что она все же представляетъ нѣкоторый противовѣсъ противъ распространяющейся въ послѣднее время тенденціи къ безбрачности, противъ повальнаго бѣгства отъ брака¹⁾. Пользованіе имуществомъ жены оказывается такимъ образомъ въ роли преміи для мужа, въ роли нѣкоторой приманки для молодыхъ людей наложить на себя узы Гименея; для жены же это неизбежная плата за счастье быть замужней. Если дѣло, дѣйствительно, доходить до такихъ приманокъ, то о „святости брака“ говорить не приходится. Если основной заботой римскаго права было то, чтобы браки не стали „продажными“, (ne venalicia essent matrimonia), то теперь эта „продажность“ прямо санкціонируется.

Не удивительно поэтому, если лагеръ защитниковъ подобной „общности“ все болѣе и болѣе рѣдѣетъ, а система раздѣльности, напротивъ, завоевываетъ себѣ симпатіи. Мы упомянули уже о томъ, что съ 1882 г. она дѣлается законной системой въ Англии; равнымъ образомъ она принята уже въ Италіи. Даже Франція и Германія вынуждены были въ послѣднее время сдѣлать частичныя уступки: за женой признано независимое отъ мужа право на все, приобрѣтенное ею собственнымъ трудомъ. Думается, что въ недалекомъ будущемъ эти частичныя изыятія превратятся въ общее правило и система имущественной раздѣльности, единственно соотвѣтствующая началу равенства и независимости супруговъ, станетъ нормальной системой всѣхъ культурныхъ странъ.

По счастливой исторической случайности наше русское право, вообще отставшее отъ права западно-европейскаго, въ этомъ вопросѣ стоитъ въ передовой шеренгѣ: наши гражданскіе законы совершенно опредѣленно говорятъ, что „бракомъ не составляется общаго владѣнія въ имуществомъ супруговъ; каждый изъ нихъ можетъ имѣть и вновь приобрѣтать отдѣльную свою собственность“ (ст. 109 I ч. X т. Св. З.). „Супругамъ дозволяется

¹⁾ Dernburg. Das bürgerliche Recht. Bd. IV, (1903) S. 123.

продавать, закладывать и иначе распоряжаться собственным своим имуществом, прямо от своего имени, независимо друг от друга и не испрашивая на то взаимно ни дозвоительных, ни ввращающих писемъ" (ст. 114). Такимъ образомъ полная имущественная раздѣльность составляетъ ясный принципъ нашего отечественнаго права. Когда и какимъ образомъ установился у насъ этотъ принципъ раздѣльности, это вопросъ чрезвычайно темный и спорный; но важно во всякомъ случаѣ то, что въ этомъ пунктѣ мы впереди Европы, что одной трудностью у насъ меньше.

* * *

Наконецъ, съ аналогичной эволюціей въ смыслъ освобожденія личности мы встрѣчаемся и въ области отношеній между родителями и дѣтьми.

Въ древнѣйшее время, какъ было уже упомянуто, и эти отношенія строились на принципѣ абсолютной и односторонней власти отца (*patria potestas*): во взаимныхъ отношеніяхъ къ отцу дѣти были не субъектами, а объектами; сами по себѣ они не обладали никакой правоспособностью. Власть отца была юридически ничѣмъ неограниченными правомъ на самую личность дитяти и на всѣ его имущественныя приобрѣтенія. Въ самый моментъ рожденія дитяти отецъ имѣлъ право выбросить его или же даровать ему жизнь; въ теченіе всего дальнѣйшаго времени онъ имѣлъ право жизни и смерти, право продажи и т. д. Никакого контроля надъ отцовскою властью со стороны какой-либо внѣшней инстанціи старый патриархальный строй не допускалъ, если не считать неюридическаго контроля религіи или общественнаго мнѣнія.

Но затѣмъ и здѣсь начинается эволюція. Подобно тому, какъ жена мало-по-малу выбивается изъ охватывающей всю ея личность патриархальной оболочки, такъ же точно выбиваются за ней и дѣти. Медленно и по частямъ, но все же право начинаетъ признавать за ними собственную правоспособность, начинаетъ разсматривать ихъ какъ субъектовъ, нуждающихся въ охранѣ не только на внѣшнюю сторону, но и внутри семьи. Личность дѣтей берется подъ защиту права, которое устанавливаетъ рядъ ограниченій для отцовской власти: запрещается убійство дѣтей, продажа ихъ и т. д. вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ представленіе о томъ, что власти отца соответствуютъ и извѣстныя обязанности его по отношенію къ дѣтямъ (обязанность воспитанія, содержанія и т. д.), вслѣдствіе чего самыя эти отношенія приобрѣтаютъ уже въ значительной степени характеръ двухсторонній.

Чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе этотъ элементъ обязанности выступаетъ на первый планъ, и понятіе отцовской власти начинаетъ уступать мѣсто идеѣ отцовской опеки: самыя родительскія права начинаютъ разсматриваться лишь какъ оборотная сторона родительскихъ обязанностей. Отецъ признается въ принципѣ лишь естественнымъ опекуномъ своихъ дѣтей, а его права лишь средствомъ, необходимымъ для выполнения лежащихъ на немъ опекунскихъ обязанностей.

Таково общее направленіе развитія, но оно у разныхъ народовъ совершается не съ одинаковою скоростью и не съ одинаковою отчетливостью, вслѣдствіе чего мы и здѣсь въ современныхъ законодательствахъ находимъ многочисленныя переживанія старыхъ порядковъ. При этомъ любопытно отмѣтить извѣстную иррациональность развитія: нерѣдко законодательство, весьма прогрессивныя въ области супружескихъ отношеній, оказываются чрезвычайно консервативными въ сферѣ отношеній между родителями и дѣтьми; такъ, напр., римское право до конца держалось весьма патриархальныхъ представленій о *patria potestas*.

Въ частности, отмѣченная эволюція сказывается въ слѣдующихъ основныхъ явленіяхъ.

а) Первоначально, въ соотвѣтствіи съ общимъ патриархальнымъ строемъ семьи, отношенія къ дѣтямъ исчерпывались идеей отцовской власти (*patria potestas*). Только отецъ имѣлъ права власти, а не родители вообще: мать, какъ извѣстно, сама была во власти мужа наравнѣ съ дѣтьми (*filiae loco*). Но затѣмъ, по мѣрѣ достиженія женой болѣе самостоятельнаго положенія, возникаетъ вопросъ и о ея правахъ. Въ римскомъ правѣ этотъ вопросъ не получилъ надлежащаго разрѣшенія, но современныя законодательства говорятъ уже не объ отцовской власти, а о власти родителей. Въ принципѣ въ настоящее время и мать имѣетъ такія же права по отношенію къ дѣтямъ, какъ отецъ, но только во время существованія брака, вслѣдствіе принципа главенства мужа въ обще-семейныхъ дѣлахъ, эти родительскія права матери находятся, такъ сказать, въ скрытомъ состояніи. Въ случаѣ же смерти мужа или наступленія его недѣеспособности (безумія и т. д.) мать занимаетъ положеніе отца.

б) Съ точки зрѣнія односторонняго права родительская власть естественно должна была считаться пожитвенной: она должна была сохранять свою силу, пока живъ отецъ или пока онъ не отречется отъ нея самъ (*emancipatio*); болѣйшій или меньшій возрастъ сына или дочери въ этомъ отношеніи никакого значенія не имѣлъ. Напротивъ, если родительская власть только оборотная

сторона родительской опеки, она утрачивает свое основание с того момента, когда дѣти перестают нуждаться въ этой послѣдней, т. е. обыкновенно съ достиженіемъ совершеннолѣтія. Римское право до конца оставалось на точкѣ зрѣнія пожизненности; на той же точкѣ зрѣнія стоитъ и наше русское право; но другія новѣйшія законодательства (главнымъ образомъ германскаго корня) признаютъ уже опредѣленно, что родительская власть прекращается съ достиженіемъ совершеннолѣтія.

с) Являясь принципиально лишь средствомъ для выполнения опекунскихъ обязанностей, родительскія права естественно находятся подъ общимъ контролемъ государственной власти, которая заботится объ устраненіи возможныхъ злоупотребленій. Борьба съ этими злоупотребленіями, связанная съ неизбѣжными вторженіемъ въ семейную жизнь, конечно, представляетъ чрезвычайныя трудности, тѣмъ не менѣе другого выхода здѣсь нѣтъ, ибо личность дѣтей должна быть ограждена отъ своеобразнаго пользованія родительскими правами. Нѣкоторыя изъ мѣръ въ этомъ направленіи имѣютъ общій характеръ; таковы мѣры по охранѣ дѣтскаго труда (запрещеніе ночного труда, установленіе краткаго maximum рабочаго времени и т. д.), законы объ обязательномъ обученіи и т. п. Но, кромѣ того, въ крайнихъ случаяхъ, возможно даже самое лишеніе родителя его власти и назначеніе опекуномъ другого лица. Идея опеки достигаетъ здѣсь своего наивысшаго напряженія.

д) Въ сферѣ имущественныхъ отношеній дѣти во всѣхъ современныхъ законодательствахъ уже давно признаются самостоятельными субъектами, способными имѣть свое имущество. Однако, западно-европейскія законодательства, въ большинствѣ своемъ, пока дѣтская родительская власть, предоставляютъ родителямъ управленіе и пользованіе дѣтскимъ имуществомъ. Конечно, до извѣстной степени въ основѣ этого управленія и пользованія лежитъ идея опеки надъ имуществомъ дѣтати и идея покрытія расходовъ на его содержаніе; однако, не только это. Изъ идеи опеки отнюдь не вытекаетъ право личнаго пользованія, а мысль объ издержкахъ на содержаніе приводила бы лишь къ извѣстному ограниченному праву на соотвѣтственную часть доходовъ отъ имущества дѣтати. Между тѣмъ родители получаютъ въ свою пользу всѣ доходы, хотя бы они далеко превышали не только стоимость содержанія дѣтати, но и всѣ семейные расходы вообще. Очевидно, мы имѣемъ и здѣсь дѣло съ остатками старой идеи власти. Нужно, однако, сказать, что и въ этомъ отношеніи наше русское право гораздо послѣдовательнѣе: несмотря на то, что по нашему

праву родительская власть не ограничивается совершеннолѣтіемъ дѣтати, она въ имущественномъ отношеніи подчиняется нормамъ, аналогичнымъ правиламъ объ опекѣ. Въ случаѣ наличности особаго имущества у ребенка несовершеннолѣтняго родители должны быть утверждены въ качествѣ опекуновъ и тогда подлежатъ общему контролю опекунскихъ учреждений. Съ достиженіемъ совершеннолѣтія всякое ихъ участіе въ управленіи прекращается; какъ родители, они никакихъ правъ на имущество дѣтати не имѣютъ.

Но вездѣ какъ родители по отношенію къ дѣтямъ, такъ и дѣти по отношенію къ родителямъ имѣютъ общее право и общую обязанность содержанія (алименты): родители обязаны выдавать дѣтямъ, а дѣти родителямъ содержаніе, въ зависимости отъ своего имущества и состоянія.

* * *

Мы пересмотрѣли основныя явленія въ исторіи семейственныхъ отношеній и мы видимъ, что эти отношенія совершили огромный принципиальный путь. Пусть путь этотъ еще не законченъ, но общее направленіе его несомнѣнно: конечною цѣлью его является всестороннее освобожденіе личности — освобожденіе личности жены отъ власти мужа, личности дѣтей отъ эгоистической власти родителей, личности супруговъ отъ власти государства. Нынѣшняя семья рѣзко отличается отъ семьи старой, патриархальной: если въ то время семья была крѣпкимъ юридическимъ единствомъ, спаяннымъ абсолютною властью домовладыки, то теперь она только союзъ самостоятельныхъ лицъ, пучокъ своеобразныхъ отношеній между юридически равноправными единицами. Такое перестроеніе семьи нерѣдко производитъ впечатлѣніе ея кризиса, и часты жалобы на разложеніе семьи, на губительное вліяніе индивидуализма. Но возвратъ къ прошлому невозможенъ, и всякое усиленіе принудительнаго элемента въ семейныхъ отношеніяхъ приведетъ только къ ихъ еще большому извращенію. Если семья дѣйствительно переживаетъ кризисъ, то здоровый выходъ изъ этого кризиса она найдетъ только въ полномъ осуществленіи тѣхъ новыхъ началъ, которыя диктуются современнымъ правосознаніемъ и которыя въ извѣстной мѣрѣ уже нашли себѣ признаніе въ новѣйшихъ законодательствахъ.

XI.

Проблема собственности.

Если до сих пор мы имѣли дѣло съ тѣми областями граждански-правовыхъ отношеній, въ которыхъ на первый планъ выступала духовная, нематеріальная сторона человѣческой личности, то теперь перейдемъ къ тѣмъ областямъ, которыя составляютъ собственную сферу интересовъ матеріальныхъ. Хотя нужно сказать, что одно съ другимъ часто тѣсно сплетается.

Организація экономической дѣятельности народа на началѣ децентрализаціи или частнаго хозяйства предполагаетъ прежде всего опредѣленіе юридическихъ отношеній лицъ (или, точнѣе, хозяйствующихъ единицъ) къ вещамъ, находящимся въ сферѣ обладанія даннаго общества, предполагаетъ распредѣленіе ихъ между лицами.

Это распредѣленіе, какъ мы уже говорили, облекается въ юридическую форму субъективныхъ правъ: лица надѣляются известными правами на вещи, причѣмъ эти права составляютъ особую категорію вещныхъ правъ. Общая юридическая сущность этихъ послѣднихъ состоитъ въ томъ, что между даннымъ лицомъ и данною вещью устанавливается нѣкоторая идеальная (юридическая) и непосредственная связь: представляется господству известнаго лица, отдается въ его волю, принадлежитъ ему. вмѣстѣ съ тѣмъ всѣмъ другимъ лицамъ возбраняются всякія дѣйствія, способныя нарушить это господство, вслѣдствіе чего вещныя права направляются противъ всѣхъ, являются въ этомъ смыслѣ абсолютными правами.

Появленіе вещныхъ правъ, т. е. построение отношеній къ вещамъ по типу субъективныхъ индивидуальныхъ правъ, представляетъ въ исторіи всякаго общества огромный шагъ впередъ. Ибо такое построение отнодію не является для человѣчества исконнымъ и, такъ сказать, природнымъ: оно созидалось съ трудомъ путемъ медленнаго историческаго процесса. Оно было однимъ изъ первыхъ требованій развивающейся личности, и

созданіе его явилось въ реальной исторической обстановкѣ прошаго важнѣйшей побѣдой для этой послѣдней.

Это относится прежде всего къ основному изъ вещныхъ правъ, составляющему краеугольный камень всей нынѣшней народохозяйственной жизни,—къ праву собственности. Самое понятіе его появилось не сразу, а медленно возникало въ исторіи. Конечно, уже психикѣ примитивнаго человѣка свойственно чувство, что вещь, добытая или сдѣланная имъ (напр., убитая дичь, пойманная рыба, сдѣланное оружіе и т. д.), принадлежитъ ему; конечно, всякое посягательство на эту вещь будетъ ощущаться имъ, какъ нѣкоторая обида по его адресу, и будетъ вызывать соответствующую реакцію. Но это примитивное чувство далеко еще отъ юридическаго понятія права собственности: отношенія къ третьимъ лицамъ по поводу этой вещи опредѣляются не мыслью о нѣкоторой юридической связи лица съ вещью, а мыслью о личной обидѣ; тамъ, гдѣ такой личной обиды нѣтъ, не можетъ быть и требованій по поводу вещи. Во многихъ древнихъ правовыхъ системахъ право на движимыя вещи охраняется не путемъ иска о собственности, а путемъ иска о воровствѣ или какомъ-нибудь иномъ преступленіи (деликтѣ) отвѣтчика: вещь подлежитъ возвращенію только тогда, если она вышла изъ рукъ ея первоначальнаго обладателя путемъ правонарушенія (похищенія); если же такого правонарушенія не было, если, напр., она была кому-либо добровольно передана (на сохраненіе, во временное пользование и т. д.) и затѣмъ отъ этого послѣдняго была добросовѣстно приобрѣтена (напр., куплена) третьимъ лицомъ, то вещь не возвращается, а прежній владѣлецъ долженъ искать своихъ убытковъ съ виновника правонарушенія, т. е. съ того, кому онъ вещь ввѣрилъ. Такой порядокъ вещей ясно свидѣтельствуетъ о томъ, что чувство принадлежности не вылилось еще въ народное сознаніе въ представленіе о правѣ собственности, какъ нѣкоторой юридической связи между лицомъ и вещью, что въ основѣ иска лежитъ не идея такой связи, а идея нѣкотораго личнаго преступленія или участія въ преступленіи со стороны отвѣтчика.

Но если по отношенію къ движимости мы встречаемся въ древности хотя бы съ зародышею права собственности въ видѣ чувства индивидуальной принадлежности, то по отношенію къ недвижимости мы и этого чувства первоначально не находимъ. Земля, занятая какимъ-нибудь племенемъ или народомъ, конечно, будетъ защищаться этимъ послѣднимъ отъ всякаго посягательства со стороны другаго племени или народа и будетъ

сознаваться, как „своя“, но это сознание не заключает еще представления о чьемъ-либо субъективномъ правѣ на нее. И пока народъ ведетъ кочевой образъ жизни, такое представление вовсе возникнуть не можетъ. Лишь съ переходомъ къ осѣдлости и земледѣлю появляется почва для возникновенія этого представления. Но и послѣ этого понятіе права собственности устанавливается не сразу. Народъ, племя осаживается на данной территоріи тѣми союзами, изъ которыхъ оны слагаются, т. е. общинами, родами и т. д.; каждый изъ этихъ союзовъ занимаетъ опредѣленную мѣстность, сообща пользуется ею, и потому на первыхъ порахъ возникаетъ только представление о томъ, что эта мѣстность принадлежитъ данной общинѣ или данному роду цѣликомъ въ противоположность чужимъ общинамъ или родамъ (такъ называемая общинная или родовая собственность). По мѣрѣ того, какъ осѣдлая жизнь длится далѣе, по мѣрѣ того, какъ отдѣльныя семьи, входящія въ составъ общинъ или родовъ, долго—изъ поколѣнія въ поколѣніе—сидятъ на извѣстномъ участкѣ и улучшаютъ его своимъ трудомъ, на общемъ фонѣ общинной или родовой собственности вырисовывается собственность семейная: каждая семья начинаетъ считать занимаемый ею участокъ исключительно своимъ въ противоположность другимъ семьямъ того же рода или общины. Пока существуетъ семья, она является единственнымъ правомѣрнымъ владѣльцемъ этой земли, и право общины или рода на распоряженіе ею суживается. Лишь при полномъ вымирании семьи земля возвращается къ своему общему источнику—въ родъ или общину.

При этомъ процессъ этого постепеннаго ослабленія общинной или родовой собственности совершается неодинаково быстро по отношенію къ различнымъ категориямъ земель: земли, требующія большаго труда или капитала (напр., земли усадебныя или пахотныя), скорѣе усвоятся въ исключительное и неотъемлемое обладаніе семей-дворовъ, межъ тѣмъ какъ луга, лѣса и другія угодыя еще долго остаются въ нераздѣльномъ пользованіи всего рода или общины. Неодинаково влияют также въ этомъ отношеніи разнообразныя внутреннія и внѣшнія условія народной жизни—обширость или тѣснота территоріи, характеръ мѣстности, даже характеръ народа: одинъ народъ, съ большими индивидуалистическими задатками, совершаетъ этотъ процессъ перехода къ семейной собственности быстрѣе, между тѣмъ какъ другой лишь медленно движется по этому пути. Антиподами въ этомъ отношеніи являются, съ одной стороны, римляне, уже очень рано

низведшіе права рода до простаго права родового наслѣдованія, а съ другой стороны, германцы, у которыхъ общинное землевладѣніе (марка) и обширныя права рода сохранялись въ исторію очень долго. Къ германскому типу примыкаемъ, повидимому, и мы, русскіе, хотя вопросъ о древности нашего общиннаго землевладѣнія является среди современныхъ историковъ русскаго права весьма спорнымъ: многіе думаютъ, что наша община является искусственнымъ продуктомъ финансовой политики Московскаго государства.

Служа отраженіемъ господствующаго въ средѣ данного народа общиннаго или родового строя, землевладѣніе проникнуто въ это время характеромъ публично-правовымъ: то или другое лицо владѣть участкомъ земли не какъ частное лицо, а какъ членъ данного союза, и не на основаніи какого-либо частнаго приобрѣтательнаго акта, а на основаніи общественнаго, публично-правового, порядка распредѣленія земли, принадлежащей данному союзу, между его членами. Вслѣдствіе этого завладѣніе чужою землей, хотя бы оно произошло безъ всякаго преступленія (деликта) со стороны завладѣвшаго и хотя бы этотъ послѣдній вступилъ во владѣніе совершенно добросовѣстно, все равно составляетъ нарушеніе этого общественнаго порядка распредѣленія земли и должно быть устранено: земля должна быть возвращена тому, кому она предоставлена. Такимъ образомъ здѣсь впервые возникаетъ представление о нѣкоторой непосредственной юридической связи между лицомъ и вещью,—связи, составляющей первый непремѣнный признакъ права собственности.

Но это право собственности на недвижимость мыслится еще какъ нѣчто принадлежащее не такому или иному отдѣльному лицу, а той или другой семьѣ въ цѣломъ (семейная собственность). Участокъ земли, на которомъ сидитъ и отъ котораго питается семья, представляется непремѣнной принадлежностью этой семьи, ея матеріальнымъ базисомъ и основнымъ неотчуждаемымъ капиталомъ. Какъ ни велика семейная власть патріархальнаго домо-владыки, она все же безсильна измѣнить общественный порядокъ земельного распредѣленія, лишить семью ея „надѣла“. Вслѣдствіе этого отчужденіе земли частнымъ актомъ вообще въ эту эпоху немислимо, и если право на недвижимость имѣть уже въ себѣ первый элементъ права собственности—непосредственность юридической связи,—то оно не имѣетъ еще втораго элемента—свободы распоряженія.

Въ дальнѣйшемъ ходѣ историческаго развитія право на движимости и право на недвижимости между собой постепенно

сближаются. Съ одной стороны, право на движимости начинает защищаться не на деликтномъ только основаніи, а на основаніи самой принадлежности вещи истцу; съ другой стороны, право на недвижимости освобождается отъ своего первоначального публично-правового характера, причемъ собственность семейная превращается въ собственность индивидуальную и постепенно приобретаетъ полную свободу распоряженія. У однихъ народовъ этотъ процессъ объединенія права собственности совершается быстрее и полнее, у другихъ, напротивъ, медленнее и съ сохраненіемъ болѣе или менѣе значительныхъ слѣдовъ прошлаго.

И здѣсь опять-таки римское право является образцомъ быстроты и полноты. Уже очень рано исчезаютъ въ немъ слѣды первоначального различія, и мы имѣемъ дѣло съ единымъ понятіемъ права собственности, заключающей въ себѣ всю полноту свободы распоряженія. Различіе между движимостями и недвижимостями имѣетъ въ римскомъ правѣ самое минимальное значеніе (разные сроки приобретательной давности и и. др.); какъ содержаніе права собственности, такъ и формы вещнаго оборота опредѣляются въ немъ для обѣихъ категорій вещей совершенно одинаково: огромное имѣніе можетъ перейти изъ рукъ въ руки такъ же безформально, какъ и самая незначительная бездѣлушка.

Напротивъ, право новыхъ народовъ еще на всемъ протяжении среднихъ вѣковъ являетъ намъ описанную двойственность въ полной ея силѣ. Единой системы вещныхъ правъ не существуетъ; *Liegenschaft* и *Farniss* представляютъ двѣ совершенно отличныя категоріи объектовъ. Распоряженіе движимостію свободно отъ какихъ бы то ни было ограниченій, но зато защита ея весьма сужена. Въ оборотѣ движимостей дѣйствуетъ правило „*Hand muss Hand wahren*“: только вещи, вышедшія изъ рукъ владѣльца противъ его воли (похищенныя, потерянные), могутъ быть отыскиваемы (виндицируемы) отъ всякаго третьяго лица тѣ же вещи, которыя были имъ кому-нибудь добровольно ввѣрены, въ случаѣ отчужденія ихъ этимъ послѣднимъ, уходятъ отъ собственника окончательно; всякій добросовѣстный приобретатель ихъ дѣлается безповоротнымъ собственникомъ, а прежній собственникъ имѣетъ только искъ объ убыткахъ къ тому, кому онъ ихъ ввѣрилъ: „*wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn suchen*“.

Съ другой стороны, право на недвижимости (такъ называемое *Gewehr*) еще сильно проникнуто публично-правовымъ характеромъ; оно не столько частное право, сколько—по мѣткому выра-

женію Гирке—извѣстная „соціальная позиція“ лица¹⁾. Съ земле-владѣніемъ связаны разнообразныя публичныя права и публичныя обязанности; вслѣдствіе этого переходъ ихъ изъ рукъ въ руки обставленъ различными и довольно сложными формальностями (символическая передача земли, инвеститура, *Auflassung*). Кроме того, на немъ лежатъ разнообразныя матеріальныя ограниченія: отчужденіе недвижимости нуждается часто въ согласіи со стороны разныхъ другихъ лицъ (сюзерена, ближайшихъ родственниковъ и т. д.). Однимъ словомъ, правоотношенія на недвижимости опредѣляются совершенно иначе, чѣмъ правоотношенія на движимости; существуетъ не одна система вещныхъ правъ, а двѣ—*Mobiliarsachenrecht* и *Immobilarsachenrecht*.

Развитіе экономического оборота, ослабленіе феодальныхъ, общинныхъ и родовыхъ связей, влияние римскаго права приводятъ мало-по-малу къ тому, что и здѣсь различіе между обѣими вещно-правовыми системами сглаживается; однако, это сближеніе далеко не доходитъ до того полнаго единства, которое мы наблюдаемъ въ римскомъ правѣ. Даже болѣе того: послѣ нѣкотораго періода, тяготѣвшаго къ такому объединенію, въ новѣйшемъ правѣ замѣчается обратная тенденція—къ новому углубленію этого различія. Съ одной стороны, къ этому ведетъ различный характеръ оборота на движимости и недвижимости, а, съ другой стороны, все болѣе и болѣе выясняется особенное значеніе недвижимости, какъ важнѣйшаго объекта національнаго обладанія. „Безъ тяжкаго нарушенія интересовъ съ одной или другой стороны,—говорятъ совершенно справедливо объясненія къ проекту Швейцарскаго Уложения,—нельзя подчинить движимость и недвижимость однимъ и тѣмъ же нормамъ“²⁾.

Прежде всего заговорили объ этомъ потребности оборота. Если раньше развивающаяся экономическая жизнь стремилась къ освобожденію оборота отъ старыхъ историческихъ стѣсненій и въ этомъ смыслѣ шла за римскимъ правомъ по пути приближенія недвижимостей къ движимостямъ, то затѣмъ дальнѣйшее развитіе того же оборота заставило въ значительной мѣрѣ повернуть назадъ и приняться за реставрацію его прежнихъ формъ.

Какъ было упомянуто выше, римское право для перехода права собственности изъ рукъ въ руки требовало какъ для движимостей, такъ и для недвижимостей одного—п е р е д а ч и в е щ и,

¹⁾ Deutsches Privatrecht. Bd. II (1905). S. 358.

²⁾ Erläuterungen zum Vorentwurf. 1902. S. 476.

traditio. Однако, эта передача только тогда переносила право собственности, если передающий был истинным собственником вещи. Если этого не было, если, напр., вещь была продана и передана тѣмъ, кому она была дана лишь во временное пользование, на сохранение и т. д., то даже добросовѣстный приобретатель вещи права собственности не получалъ и истинный собственникъ могъ отобрать вещь назадъ при помощи иска о собственности (vindictio: „ubi rem meam invenio, ibi vindico“). Римское право рассуждало при этомъ чисто логически: разъ передающий не имѣлъ права собственности, то не можетъ имѣть его и получающий, ибо „nemo ad alium plus juris transferre potest, quam ipse habet“. Добросовѣстный приобретатель вещи могъ сдѣлаться собственникомъ только однимъ путемъ—по давности.

Мы видѣли также, что въ правовыхъ системахъ старо-германскаго корня на этотъ счетъ по отношению къ движимостямъ дѣйствовало совершенно иное начало—начало „Hand muss Hand wahren“. Но тамъ это начало было въ ту эпоху лишь остаткомъ старины, результатомъ еще не вполне развившагося права собственности; вслѣдствіе этого съ появленіемъ римскаго права оно начинаетъ колебаться и во многихъ мѣстахъ выходитъ изъ употребленія. Но затѣмъ, съ дальнѣйшимъ оживленіемъ обмѣна, наступаетъ поворотъ.

Римское виндикаціонное правило при оживленной торговлѣ способно приводить къ весьма серьезнымъ затрудненіямъ. Если вообще при покупкѣ движимыхъ вещей нелегко провѣрить легитимацию продавца, то при покупкѣ на рынкахъ, ярмаркахъ и т. д. такая провѣрка въ особенности затруднительна. Послѣдовательное проведеніе римскаго принципа создавало бы общую неувѣренность оборота: покупатель никогда не могъ быть увѣренъ въ томъ, что онъ сталъ собственникомъ, что завтра не явится нѣкоторое другое лицо, которое докажетъ свое право собственности на вещь и отберетъ ее себѣ. Германское начало „Hand muss Hand wahren“, напротивъ, устраняло подобную неувѣренность, давая добросовѣстному приобретателю право безповоротной собственности. Въ то же время оно казалось не нарушающимъ справедливости и по отношенію къ прежнему собственнику: если вещь вышла изъ его рукъ по его волѣ, если она была имъ кому-либо ввѣрена, то ему легко было найти это лицо, чтобы взыскать съ него свои убытки. Лишь тамъ, гдѣ такой добровольной передачей вещи со стороны собственника не было, гдѣ вещь была украдена или потеряна, послѣднее соображеніе не имѣло мѣста, и потому справедливость требовала возвращенія вещи ему.

Подъ вліяніемъ этихъ мотивовъ замиравшее было начало „Hand muss Hand wahren“ начинаетъ укрѣпляться снова. Сначала оно получаетъ общее распространеніе въ специальномъ торговомъ правѣ, а затѣмъ и въ правѣ общегражданскомъ. При этомъ, однако, ему дается то болѣе широкое, то болѣе узкое примѣненіе. Такъ, напр., въ то время, какъ одни законодательства допускаютъ его дѣйствіе даже по отношенію къ приобретателю безвозмездному (собственникомъ дѣлается даже тотъ, кому вещь была подарена), другія (именно австрійское) въ этомъ послѣднемъ случаѣ его исключаютъ: безвозмездно полученная вещь должна быть даже добросовѣстнымъ приобретателемъ возвращена. Съ другой стороны, виндикація обыкновенно вовсе исключается (даже если вещь была потеряна или похищена) по отношенію къ такимъ вещамъ, которыя предназначены для особо упрощеннаго оборота, напр., деньги, бумаги на предъявителя и т. д.

Наше русское право находится въ этомъ вопросѣ пока въ чрезвычайно неопредѣленномъ положеніи. Дѣйствующій гражданскій законъ содержитъ по этому поводу настолько неясныя постановленія, что толкованіе ихъ приводитъ нашихъ юристовъ къ прямо противоположнымъ выводамъ: въ то время какъ одни изъ нихъ (и таковыхъ, повидимому, большинство) считаютъ нормой нашего закона римскій виндикаціонный принципъ „ubi rem nēam invenio, ibi vindico“, другіе, наоборотъ, находятъ въ немъ начало „Hand muss Hand wahren“. Равнымъ образомъ колеблется и сенатская практика ¹⁾. Во всякомъ случаѣ проектъ нашего новаго уложенія уже рѣшительно становится на эту послѣднюю, новую, точку зрѣнія и реципируетъ начало „Hand muss Hand wahren“ въ его австрійской модификаціи.

Возрожденіе принципа „Hand muss Hand wahren“, а въ особенности его распространеніе въ правѣ общегражданскомъ, не обходится, однако, безъ возраженій. Заслуживаетъ въ этомъ отношеніи особеннаго упоминанія энергичный протестъ извѣстнаго германскаго криминалиста Биндинга, который посвятилъ этому вопросу специальную брошюру ²⁾. По мнѣнію Биндинга, это правило вступаетъ въ коллизію съ задачами уголовного права (оно благоприятствуетъ всякаго рода растратамъ) и вообще противорѣчитъ справедливости: нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній предпочитать добросовѣстнаго приобретателя собственнику, который вѣдь

¹⁾ См. Т р е п и ц и н ѣ. Приобрѣтеніе движимостей въ собственность отъ лица, не имѣющаго права на ихъ отчужденіе. 1907.

²⁾ K. Binding. Did Ungerechtigkeit des Eigentumsverwerbs vom Nichtigentümer. 1908.

также является добросовѣстнымъ приобретателемъ и притомъ болѣе раннимъ. Не менѣе горячо порицаетъ это начало и А. Менгеръ, который усматриваетъ въ немъ нѣкоторую „постоянно дѣйствующую экспроприацію ради обезпеченія свободы торговаго обмѣна“¹⁾. Но всѣ эти протесты остаются бессильными передъ общимъ стремленіемъ къ созданію наибольшей прочности оборота. Эта послѣдняя представляется существеннѣйшимъ социальнымъ благомъ, и съ этой точки зрѣнія, по словамъ Колера, правило „Hand muss Hand vahren“ обозначаетъ „соціальный принципъ высшаго ранга, принципъ, который, разрывъ и примиряя, приходитъ на помощь добросовѣстному обмѣну“²⁾.

Та же потребность въ прочности и увѣренности оборота вызвала радикальныя реформы и въ области правоотношеній на недвижимости.

Какъ было только что упомянуто, въ римскомъ правѣ господствовало начало полной безформальности всякихъ сдѣлокъ на недвижимости. Переходъ права собственности на землю могъ быть осуществленъ путемъ простой, лишенной всякихъ формъ, передачи ея, а установленіе сервитута или закладнаго права даже безъ всякой передачи, путемъ простаго договора между однимъ лицомъ и другимъ, договора никому невидимаго и неизвѣстнаго.

Подъ влияніемъ этихъ римскихъ началъ со времени рецепціи старыя германскія публичныя формы стали приходить въ забвеніе, и обороту на недвижимости грозило полное распространеніе началъ римской безформальности. Но противъ этого рѣшительно запротестовали потребности развивающагося поземельнаго кредита и вызвали созданіе совершенно новыхъ формъ имобиліарнаго оборота въ видѣ института поземельной или вотчинной записки.

Отсутствіе ясныхъ и для всѣхъ легко зримыхъ формъ установленія вещныхъ правъ на недвижимости прежде всего вредно отражалось на поземельномъ кредитѣ. Лицо, дающее подъ залогъ недвижимости, никогда не могло быть увѣрено въ томъ, что на той же недвижимости нѣтъ другихъ, ранѣе установленныхъ, закладныхъ правъ; вслѣдствіе этого подобныя ссуды были сопряжены съ огромнымъ рискомъ и, если давались, то, разумѣется, на очень тяжелыхъ условіяхъ. Если желательно было облегчить самую

¹⁾ Гражданское право и иеимущіе классы населенія. Перев. „Библ. Просвѣщенія“. Стр. 122.

²⁾ J. Kohler. Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart. 1914. S. 171.—Ср., впрочемъ, любопытныя страницы о „securité“ динамической и статической у R. Demogue. Les notions fondamentales du droit privé. 1911.

возможность поземельнаго кредита, то, очевидно, необходимо было создать какую-нибудь гарантію для кредиторомъ въ этомъ отношеніи.

И вотъ для удовлетворенія этой потребности въ концѣ XVIII вѣка возникаетъ въ Европѣ институтъ ипотечной записки или ипотечныхъ книгъ: всякое закладное право на недвижимость имѣетъ юридическую силу для третьихъ лицъ только тогда, если оно записано въ особая книги, ведомыя официальными учреждениями и открытыя для справокъ всѣхъ заинтересованныхъ лицъ. Теперь для лица, къ которому обращаются съ просьбой о займѣ подъ залогъ недвижимости, достаточно убѣдиться въ томъ, что на эту недвижимость въ ипотечной книгѣ не записано другого закладнаго права; его приоритетъ на удовлетвореніе изъ этой недвижимости былъ гарантированъ.

Съ теченіемъ времени содержаніе этихъ ипотечныхъ книгъ съ естественной необходимостью расширяется. Съ точки зрѣнія тѣхъ же интересовъ поземельнаго кредита оказывается въ высокой степени желательнымъ, чтобы не только закладныя права, но и всякія вообще вещныя права на недвижимость были видны изъ книги: что толку для кредитора въ томъ, если закладныхъ правъ на имѣніи дѣйствительно нѣтъ, но самый залогодатель окажется потомъ не собственникомъ или на имѣніи обнаружатся какія-нибудь иныя вещныя права, существенно понижающія цѣнность имѣнія, напр., право пожизненнаго пользованія?

Въ виду этого въ теченіе XIX вѣка ипотечныя книги во всей Европѣ превращаются въ поземельныя книги, а вмѣстѣ съ тѣмъ весь имобиліарный оборотъ перестраивается на совершенно новыхъ основаніяхъ. Самые общіе принципы этого новаго строя сводятся къ слѣдующему.

Поземельныя книги имѣютъ свою общую задачу представлять въ каждый данный моментъ точное изображеніе юридическаго положенія всякой недвижимости, входящей въ составъ даннаго округа. Для достиженія этой цѣли устанавливается правило, что всякій актъ, долженствующій имѣть вещно-правовое значеніе (передача права собственности, установленіе залога или сервитута и т. д.), долженъ быть записанъ въ поземельную книгу, и только съ этого момента онъ получаетъ юридическую силу для всѣхъ третьихъ лицъ, для публики. Это такъ называемый принципъ публичности всѣхъ вещно-правовыхъ актовъ на недвижимости (или иначе — принципъ внесенія).

Съ другой стороны, полная увѣренность для третьихъ лицъ можетъ быть создана только тогда, если они могутъ безусловно

полагаться на сообщения поземельных книг. Вслѣдствие этого принципъ публичности дополняется принципомъ достовѣрности: всякая запись въ книгѣ имѣетъ полную юридическую силу для третьихъ лицъ даже тогда, когда она не соотвѣтствуетъ дѣйствительности; лица заинтересованныя могутъ добиваться исправления поземельной книги, но пока она не исправлена, она считается истинной.

Разумѣется, эти общіе принципы поземельной записки не вездѣ осуществляются въ полной мѣрѣ. Разныя законодательства допускаютъ то тамъ, то здѣсь извѣстныя отступленія какъ отъ принципа, публичности, такъ и отъ принципа достовѣрности; но идеаломъ поземельныхъ книгъ является послѣдовательное проведеніе какъ одного, такъ и другого. Болѣе совершеннымъ порядкомъ въ этомъ отношеніи является порядокъ, принятый въ Германіи и Швейцаріи но еще большаго совершенства съ точки зрѣнія соединенія прочности и подвижности поземельный оборотъ на недвижимости достигаетъ въ знаменитой системѣ Торренса, принятой въ Австраліи и распространенной оттуда на нѣкоторыя другія (въ европейскія) страны ¹⁾.

Наше русское право и въ этомъ отношеніи стоитъ далеко позади. Оборотъ недвижимостей у насъ совершается при посредствѣ такъ называемаго крѣпостного порядка, усовершенствованнаго нотаріальнымъ положеніемъ 1866 г. Акты на недвижимость (купчая крѣпость, закладная крѣпость и т. д.) должны быть совершены у младшаго нотаріуса и затѣмъ явлены на утвержденіе старшему нотаріусу. Этотъ послѣдній заноситъ эти акты въ свои реестры, которые и служатъ у насъ несовершеннымъ суррогатомъ поземельныхъ книгъ. Вопросъ о введеніи у насъ европейскаго порядка вотчинной записки стоитъ на очереди, но выработанный комиссіей Проектъ Вотчиннаго Устава также остается до сихъ поръ безъ движенія.

Усвоеніе принципа „Hand muss Hand wahren“ для оборота на подвижности и установленіе института поземельныхъ книгъ для оборота на недвижимости вызвано единой цѣлью и проникнуто единой мыслью: обезпечить прочность гражданскаго оборота путемъ законенія довѣрія къ извѣстнымъ внѣшнимъ фактамъ („Vertrauen auf äussere Thatsachen“). Въ оборотѣ на подвижности всѣ третьи лица въ правѣ довѣрять факту нахождения вещи въ чьихъ-либо рукахъ, въ правѣ считать владѣльца собственникомъ (по выраженію французскаго кодекса, „en fait de meubles la posses-

¹⁾ Ср. къ этому В. Ельшаевичъ. Очеркъ развитія формъ поземельнаго оборота на Западѣ. Изд. 2 (1913).

sion vaut titre“). Въ оборотѣ на недвижимости они въ правѣ довѣрять тому, что записано въ поземельной книгѣ. И тамъ и здѣсь, по справедливому замѣчанію Wellspacher ¹⁾, мы имѣемъ любопытное стремленіе современного права отодвинуться на поверхность, стремленіе, сближающее его съ правомъ примитивныхъ народовъ. Однако, если въ древности право держится за внѣшніе моменты потому, что ему недостаетъ надлежащей интеллектуальной силы для проникновенія вглубь, то современное право воздерживается отъ такого проникновенія умышленно, такъ какъ оно несомнѣнно съ потребностями нынѣшней правовой жизни. При современныхъ условіяхъ на участниковъ дѣлового оборота не можетъ быть возложена обязанность проверять наличность всѣхъ необходимыхъ условій юридической сдѣлки; это въ высокой степени стѣсняло бы свободу гражданскаго оборота и понижало бы цѣнность экономическихъ благъ. Если всѣ указанныя нормы иногда какъ бы приносятъ принципъ собственности въ жертву принципу безопасности оборота („Sicherheit des Verkehrs“), то не слѣдуетъ упускать изъ виду, что эта безопасность оборота въ свою очередь повышаетъ цѣнность права собственности и такимъ образомъ идетъ ему же на пользу.

Какъ бы то ни было, но всѣ описанныя реформы въ области вещнаго оборота провели рѣзкую грань между правомъ собственности на подвижности и на недвижимости. Но на этомъ дѣло не останавливается: соображенія другого порядка ведутъ къ дальнѣйшему углубленію этого различія.

Признавая въ принципѣ право собственности полною властью надъ вещью, государство въ то же самое время резервируетъ для себя право налагать на нее тѣ или другія ограниченія, какія оно найдетъ необходимымъ, вплоть до полной экспроприаціи въ интересахъ общаго блага. Вслѣдствие этого, съ точки зрѣнія своего содержанія, право собственности уподобляется нѣкоторой пружинѣ, которая стремится выравняться во весь свой ростъ (такъ называемый принципъ эластичности права собственности), но никогда этого въ полной мѣрѣ не достигаетъ, такъ какъ всегда на ней лежатъ тѣ или другія сжимающія ее гири. Такихъ гирь можетъ быть больше или меньше, но онѣ всегда есть и ихъ количество и качество не могутъ не вліять на самый характеръ права собственности. И вотъ именно съ этой стороны мы наблюдаемъ дальнѣйшее углубленіе пропасти между юри-

¹⁾ Cp. Wellspacher. Vertrauen auf äussere Thatsachen im bürgerlichen Rechte. 1906. S. VII—VIII.

дическимъ положеніемъ движимости и недвижности. Въ то время какъ по отношенію къ первой ограниченія подобнаго рода составляютъ рѣдкое исключеніе, по отношенію ко второй они неударно растутъ.

Нѣтъ возможности и надобности перечислять здѣсь всѣ эти ограниченія „въ интересахъ общаго блага“, устанавливаемые современнымъ правомъ. Чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе эти ограниченія выливаются въ форму обширнаго спеціальнаго законодательства. Достаточно указать на выросшее на этой почвѣ особое горное право въ значительной степени (а иногда и вовсе) изъемиющее изъ права собственности право на нѣдра земли; особое водное право, регулирующее общественное пользованіе водами, водопадами и т. д. Достаточно, далѣе, указать на разнообразныя строительныя уставы, на санитарныя предписанія, на мѣры по охраненію лѣсовъ, осушкѣ болотъ, укрѣпленію песковъ, на регламентацію охоты и т. д., и т. д., чтобы передъ нами развернулась картина непрестанно расширяющагося государственнаго вмѣшательства въ дѣло устройства и эксплуатаціи недвижимостей. Вся совокупность этихъ ограниченій, какъ совершенно справедливо говоритъ Charpentier¹⁾, заставляетъ прийти къ убѣжденію, что нынѣшнее понятіе индивидуальной собственности дѣлается чѣмъ-то чрезвычайно сложнымъ. Она имѣетъ еще болшую силу индивидуальнаго притяженія, но ея ограниченія и суженія усиливаются, а вмѣстѣ съ тѣмъ ея цѣнность и содержаніе существенно мѣняются.

Помимо всѣхъ только что отмѣченныхъ ограниченій, устанавливаемыхъ спеціальными законами, необходимо упомянуть о слѣдующей общей нормѣ, принятой новѣйшими Уложеніями, Германскимъ и Швейцарскимъ.

По ученію римскихъ юристовъ, также считавшемуся долгое время абсолютной аксіомой, право собственности на землю простирается вглубь подъ поверхностью и вверхъ надъ нею до безконечности. Логическимъ послѣдствіемъ этого воззрѣнія было бы то, что собственникъ земельнаго участка можетъ воспрепятствовать проведенію туннеля, проложенію газо-или водопроводныхъ трубъ и другихъ подобныхъ сооружений подъ его участкомъ на какой угодно глубинѣ, проведенію телеграфныхъ или телефонныхъ проволокъ на какой угодно высотѣ. Но такое положеніе, очевидно, несомнѣнно съ самыми разнообразными интересами современнаго благоустройства, и Германское Уложеніе (§ 905)

постановляетъ: „собственникъ не въ правѣ противиться сооруженіямъ на такой глубинѣ или на такой высотѣ, на которой исчезаетъ всякій его интересъ“ (dass er an der Ausschliessung kein Interesse hat²⁾). Нужно, однако, отмѣтить, что, какъ явствуетъ изъ протоколовъ коммисіи, подъ интересомъ здѣсь разумѣется не только имущественный интересъ¹⁾. Аналогичное постановленіе содержитъ и Швейцарское Уложеніе, которое говоритъ: „Собственность на землю простирается внизъ и вверхъ настолько, насколько въ этомъ есть интересъ“ (ст. 667).

Помимо своего практическаго значенія, положеніе этого рода имѣетъ значеніе и съ чисто теоретической стороны: оно содержитъ ограниченіе права собственности критеріемъ наличнаго интереса собственника и съ этой точки зрѣнія составляетъ дальнѣйшее продолженіе той мысли, на которой покоится запрещеніе шиканы.

Всѣ эти какъ общія, такъ и спеціальныя нормы, регулирующія право собственности на недвижимость, свидѣлствуютъ о нѣкоторой, несомнѣнно, растущей и чрезвычайно важной тенденціи права по отношенію къ недвижимости.

Какъ ни уподобляется современный гражданскій оборотъ мифическому царю Мидасу, превращающему все своимъ прикосновеніемъ въ золото²⁾, тѣмъ не менѣе даже онъ не въ состояніи превратить недвижимость въ простой мѣновой товаръ. Конечно, и недвижимость имѣетъ мѣновую цѣнность; конечно, и она можетъ быть поэтому объектомъ оборота и даже спекуляціи,— однако, этимъ ея значеніе для народнаго хозяйства не исчерпывается. Количество земли не можетъ быть увеличено по произволу, а между тѣмъ она является важнѣйшимъ производительнымъ капиталомъ народа. Даже при условіяхъ нормальнаго мірового обмѣна каждый народъ получаетъ продукты первой необходимости прежде всего изъ своей собственной территоріи; въ моменты же какихъ-нибудь международныхъ потрясеній, прерывающихъ экономическое общеніе, производительность территоріи приобретаетъ въ этомъ отношеніи особенное значеніе.

Конечно, въ условіяхъ нынѣшняго децентрализованнаго хозяйства земельный капиталъ народа (за исключеніемъ земель государственныхъ) находится въ рукахъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ. Мы видѣли, что такое распределеніе его въ видѣ института частной собственности диктовалось всѣмъ ходомъ экономической исторіи, всѣми потребностями экономическаго прогресса.

¹⁾ Protokolle. III. S. 122.

²⁾ S o h m. Systematische Rechtswissenschaft въ изданіи „Kultur der Gegenwart“. 1906. S. 60.

¹⁾ Les transformations du droit civil. 1912 p. 232.

Мы говорили о томъ, что система децентрализаціи и частной собственности въ высокой степени стимулируетъ личную инициативу и личную энергію и что именно поэтому принципъ свободной индивидуальной собственности восторжествовалъ въ исторіи надъ принципами первобытнаго коллективизма. Но въ то же время не можетъ исчезать изъ виду и другая сторона вопроса, именно общественное, общенациональное значение недвижимости, вслѣдствіе чего передъ правомъ стоитъ безконечно трудная задача сочетанія двухъ противоположныхъ тенденцій.

Съ одной стороны, если желательно пользоваться благами личной предприимчивости, изобрѣтательности и энергіи, если эта личная энергія, развиваемая каждымъ въ своихъ собственныхъ эгоистическихъ интересахъ, въ то же время идетъ и на пользу всего народа, то необходимо сохранить принципъ частной собственности и избѣгать всего того, что способно подрывать ея стимулирующее значеніе.

Однако, съ другой стороны, дѣйствительность показываетъ, что принципъ частной собственности можетъ при извѣстныхъ условіяхъ вступать въ рѣзкіе конфликты съ интересами общенародными. Тогда по необходимости приходится вспоминать о томъ, что недвижимость есть не только частное, но и національное достояніе.

Территорія не только существеннѣйшій производительный капиталъ націи; она—мѣсто для ея жизни, она въ подлинномъ смыслѣ „домъ“ націи, домъ, въ которомъ она живетъ всѣми сторонами своего существованія. Вслѣдствіе этого естественно, что положеніе недвижимости не можетъ быть въ такой же степени предоставлено частному опредѣленію, какъ положеніе движимости, и что она должна быть въ большей мѣрѣ подчинена нѣкоторому общему, публично-правовому, режиму.

Если первая половина XIX столѣтія, подъ влияніемъ теорій французской революціи и экономической доктрины „laissez faire“, обращала главное вниманіе на первую сторону вопроса, то въ настоящее время на авансцену выступаетъ вторая. Она окрашиваетъ всѣ наши нынѣшнія представленія о собственности, сгущаясь временами въ опредѣленные социальныя ученія. Именно въ томъ обстоятельстве, что недвижимость составляетъ не только частное, но и національное достояніе, заключается истинная причина для возникновенія такихъ ученій, какъ ученіе Дюги о „соціальной функціи“ собственности. Мы видѣли, что въ такой общей постановкѣ это ученіе невѣрно, что практически оно приводитъ къ самой непродѣленной и къ самой невыносимой опекаѣ какихъ-то „gouvernats“, — опекаѣ, которая только подрвала бы важное стимулирующее

значеніе собственности, не создавъ на ея мѣсто никакого иного порядка народнаго хозяйства. Но невѣрность и практическая опасность подобныхъ ученій не устраняетъ стоящей передъ правомъ задачи.

Дойдетъ ли когда-нибудь право, разрѣшая эту задачу, до „націонализаціи земли“, т.-е. до возведенія мысли о недвижимости, какъ о національномъ достояніи, въ юридической принципъ и до низведенія права собственности на нее на степень зависимаго пользованія чужой (государственной) вещью, сказать, разумѣется, нельзя. Но не подлежитъ сомнѣнію, что всѣ уже отмѣченныя выше ограниченія права собственности носятъ въ себѣ уже зерно этой мысли и что дальнѣйшее развитіе общественнаго благоустройства будетъ требовать все новыхъ и новыхъ шаговъ въ этомъ направленіи.

Мы говорили, что появленіе права собственности въ исторіи знаменовало собой весьма важную побѣду личности надъ примитивной связанностью и первобытнымъ коллективизмомъ. Эта побѣда была нужна для экономическаго прогресса общества, для развитія въ его нѣдрахъ личной предприимчивости и энергіи. Она была нужна не только по отношенію къ движимости, но и по отношенію къ недвижимости. И благодаря этой побѣдѣ, благодаря свободному праву собственности, человѣчество преодолѣло безконечную массу трудностей, подчинило себѣ массу естественныхъ богатствъ. Но чѣмъ далѣе идетъ время, чѣмъ тѣснѣе становится жизнь и чѣмъ сложнѣе дѣлаются условія общежитія, тѣмъ настоятельнѣе обнаруживается потребность во взаимномъ ограниченіи и общественномъ регулированіи, говоря иначе—потребность въ большей „солидаризаціи“ и „соціализаціи“. И никакіе подлинные интересы человѣческой личности не стоятъ осуществленію этой „солидаризаціи“ на пути. Если еще полное уничтоженіе нынѣшняго хозяйственнаго строя и переходъ къ социалистической системѣ централизаціи можетъ наталкиваться на опасенія съ точки зрѣнія положенія личности передъ лицомъ государства, то публично-правовая регламентація однихъ правъ на недвижимость почвы для этихъ опасеній почти не даетъ: недвижимостью далеко не исчерпывается арена возможной индивидуальной дѣятельности, и государственная регламентація пользованія недвижимостью далеко не обрекаетъ индивида опасности полнаго подавленія его со стороны государственной власти. Но, разумѣется, извѣстные эксцессы власти и здѣсь возможны, и потому такая регламентація принесетъ хорошіе результаты только тогда, если она будетъ проводиться строго продуманно и съ наибольшей охраной индивидуальной свободы.

XII.

Проблема правъ на чужія вещи.

Однимъ правомъ собственности могъ бы удовлетворяться только развѣ самый примитивный экономическій бытъ. Режимъ, построенный только на правѣ индивидуальной собственности, былъ бы режимомъ, совершенно изолирующимъ одно хозяйство отъ другого. Между тѣмъ такая полная изоляція даже въ натуральномъ хозяйствѣ немыслима. Уже въ самый моментъ возникновения частныхъ хозяйствъ путемъ раздѣла общинной, родовой или семейной собственности сплошь и рядомъ обнаруживается, что одно хозяйство можетъ существовать только при восполненіи его ресурсами другого. Такъ, напр., при раздѣлѣ наслѣдства между наслѣдниками можетъ оказаться, что этотъ раздѣлъ можетъ быть осуществленъ рационально только тогда, если участокъ, отходящій къ одному изъ наслѣдниковъ, получить право проѣзда или право брать воду въ участкѣ, отходящемъ къ другому. Дальнѣйшее развитіе хозяйственныхъ условий, усиленіе скученности построекъ, возникновеніе потребности въ кредитѣ и т. д. еще настоячивѣе ставятъ вопросъ о созданіи такихъ юридическихъ формъ, которыя обезпечивали бы возможность извѣстнаго прочнаго, т. е. независящаго отъ простаго личнаго согласія, участія одного лица въ правѣ собственности другого.

Этой цѣли и служатъ вещныя права на чужія вещи. Они суть прежде всего вещныя права, такъ какъ создаютъ нѣкоторую юридическую связь между лицомъ и вещью: имѣя, напр., право проѣзда черезъ чужой участокъ, я не завишу отъ того, кто будетъ собственникомъ этого участка; участокъ можетъ переходить изъ рукъ въ руки, а мое право проѣзда черезъ него будетъ оставаться нерушимымъ. Но затѣмъ эти права суть права на чужія вещи: вещь, на которой лежитъ мое право, принадлежитъ на правѣ собственности другому, составляетъ его имущество.

Права этого рода выступаютъ въ исторіи въ чрезвычайномъ разнообразіи, но съ точки зрѣнія своего содержанія всѣ они мо-

гутъ быть раздѣлены на три слѣдующія категоріи. Одни изъ нихъ предоставляютъ лицу право на пользованіе чужой вещью. Пользованіе это можетъ быть самымъ минимальнымъ (оно, напр., можетъ ограничиваться только правомъ требовать, чтобы сосѣдъ не застраивалъ мнѣ вида или свѣта), но оно можетъ быть и настолько широкимъ, что будетъ надолго исчерпывать все фактическое содержаніе права собственности, оставляя собственнику только то, что римскіе юристы называли „голымъ правомъ“, *nudum jus* (напр., право пожизненнаго пользованія, право вѣчно-наслѣдственной аренды и т. д.). Всѣ права этого рода, очевидно, вмѣстѣ съ тѣмъ содержатъ большее или меньшее ограниченіе права собственности въ интересахъ другого лица.

Другую группу составляютъ права на получение извѣстной цѣнности изъ вещи. Основнымъ правомъ этой группы является закладное право: собственникъ можетъ сохранить всѣ свои права на вещь—право владѣнія, пользованія и даже распоряженія (напр., право отчужденія),—но другимъ лицомъ (кредиторомъ) она при извѣстныхъ условіяхъ можетъ быть продана для полученія такимъ путемъ изъ нея извѣстной суммы въ свою пользу. Если въ вещныхъ правахъ перваго рода имѣла значеніе такая или иная потребительная цѣнность вещи, то здѣсь имѣетъ значеніе цѣнность мѣновая.

Наконецъ, третью группу составляютъ разнообразныя права на пріобрѣтеніе извѣстной вещи или извѣстныхъ вещей. Таковы права преимущественной покупки (напр., право сотоварища въ общей собственности на преимущественную покупку продаваемой другимъ сотоварищемъ его доли въ общемъ имуществѣ), разнообразныя права выкупа (напр., право родового выкупа), права на исключительное усвоеніе извѣстныхъ вещей (напр., право охоты или рыбной ловли въ чужомъ имѣніи) и т. д.

Но всѣ эти права на чужія вещи имѣютъ въ разныхъ правовыхъ системахъ неодинаковое распространеніе. Въ связи съ самыми разнообразными условіями—естественными, экономическими, юридическими, даже психологическими—они допускаются то въ болѣе широкомъ, то въ болѣе узкомъ масштабѣ.

Наименьшее количество ихъ знало римское право: общеизвѣстное индивидуалистическое направленіе этого права создавало въ немъ вообще отрицательное отношеніе ко всякимъ длительнымъ ограниченіямъ права собственности; свободная, ничѣмъ не связанная собственность являлась его идеаломъ. Вслѣдствіе этого права на чужія вещи возникли въ немъ только медленно

и развились лишь в сравнительно небольшое количество типовъ. Древнѣйшими изъ нихъ были такъ называемые сервитуты, т.-е. права ограниченнаго пользованія чужою вещью, и именно сервитуты вещные или предѣльные, при которыхъ право пользованія (напр., право прохода или водопровода) предоставляется не такому или иному (именемъ) опредѣленному лицу, а каждому данному собственнику сосѣдняго (такъ называемаго господствующаго) участка. Позже, въ связи съ расширеніемъ свободы завѣщаній, появляются сервитуты личные, т.-е. предоставляющіеся опредѣленному лицу, какъ таковому; важнѣйшимъ изъ нихъ былъ узуфруктъ или пользовладіе, т.-е. по общему правилу — право пожизненнаго пользованія вещью и ея плодами. Еще позже получаютъ юридическое признаніе право изъ выстройки (superficiis) и право наслѣдственнаго оброчнаго владѣнія (emphyteusis).

Напротивъ, весь своеобразный укладъ землевладѣнія въ средневѣковой Европѣ способствовалъ весьма широкому развитію разнообразныхъ формъ участія нѣсколькихъ лицъ въ правѣ собственности на одинъ и тотъ же участокъ. Остатки стараго общиннаго и родового строя создавали богатую почву для самыхъ различныхъ правъ выкупа или преимущественной покупки. Развитіе феодальныхъ отношеній приводило къ тому, что сплошь и рядомъ на одинъ и тотъ же участокъ имѣли права нѣсколько лицъ, располагающихся другъ надъ другомъ въ нѣкоторомъ іерархическомъ, такъ сказать вертикальномъ, порядкѣ (вассалъ — сюзерень). На той же почвѣ возникали разнообразнѣйшіе виды оброчковъ, натуральныхъ повинностей и другихъ сеньориальныхъ правъ.

Юридическая кваликація всѣхъ этихъ отношеній представляла для романистически мыслящей юриспруденціи того времени чрезвычайныя затрудненія. Гдѣ могла, она, иногда даже путемъ крайнихъ натяжекъ, пыталась втиснуть эти отношенія въ рамки римскихъ понятій. Такимъ образомъ возникло, напримеръ, извѣстное ученіе объ *Obereigentum* и *Untereigentum* (*dominium directum* и *utile*), образовавшееся вслѣдствіе перенесенія на ленное землевладѣніе римской категоріи эмфитевтической аренды. Правда, благодаря этому совершилась, по словамъ Гирке, полная теоретическая экспроприація ленныхъ владѣльцевъ (изъ ленныхъ собственниковъ они превратились въ лицъ, имѣющихъ лишь право на чужую вещь), но теоретическая конструкція ихъ положенія была достигнута. Тѣмъ не менѣе многое не поддавалось даже и такимъ искусственнымъ

конструкціямъ и продолжало жить безъ такого или иного юридического паспорта.

Развитіе экономической жизни и разложеніе стараго общиннаго родового и феодальнаго строя создало, какъ намъ уже приходилось говорить, общее стремленіе къ освобожденію собственности отъ старыхъ ограниченій. Во Франціи въ эпоху революціи, а въ другихъ европейскихъ странахъ въ теченіе XIX вѣка значительное большинство этихъ остатковъ *féodalité civile* было уничтожено (прямо или путемъ обязательнаго выкупа), а вмѣстѣ съ тѣмъ пали многіе изъ средневѣковыхъ типовъ правъ на чужія вещи. Тѣмъ не менѣе запасъ ихъ былъ такъ великъ, что даже то, что сохранилось, представляетъ систему гораздо болѣе обширную и сложную, чѣмъ система римскаго права. Нѣкоторыя изъ этихъ старыхъ юридическихъ фигуръ оказались, при извѣстныхъ модификаціяхъ, пригодными для обслуживания новыхъ хозяйственныхъ потребностей и нашли себѣ поэтому мѣсто въ новѣйшихъ кодификаціяхъ.

Однако, если подобныя вещныя обремененія въ извѣстныхъ предѣлахъ неизбѣжны и полезны, то, съ другой стороны, нельзя отрицать и того, что они могутъ явиться за этими предѣлами серьезнымъ тормозомъ для дальнѣйшаго хозяйственнаго развитія. Нельзя не вспомнить при этомъ того, что было сказано по этому поводу Герингомъ¹⁾. Установленіе подобныхъ ограниченій, справедливо указываетъ онъ, содержитъ часто такое или иное, по идеѣ вѣчное, обремененіе права собственности, связанность ея. Неограниченность частной автономіи въ этомъ направленіи несетъ въ себѣ поэтому и важнѣйшія опасности для самой собственности, возможность разрушенія ея истинной свободы. Право на свободную собственность, которое естественно приноситъ съ собой каждое новое поколѣніе, можетъ оказаться нынѣшнимъ собственникомъ въ одинъ легкомысленный моментъ уничтоженнымъ навсегда: разъ установленное ограниченіе будетъ тянуться затѣмъ черезъ столѣтія. А этого нельзя оцѣнивать слишкомъ низко. Нужно имѣть въ виду при этомъ уменьшеніе не столько денежной, сколько моральной цѣнности собственности. То моральное значеніе, которое собственность на землю имѣетъ и должно имѣть для собственника, его чувство прочности, свободы, независимости своего положенія, его привязанность къ землѣ, все это можетъ быть въ высшей степени умалено правомъ другого лица на такое или иное вѣшательство. Возможность этого послѣдняго

¹⁾ Geist des römischen Rechts. Bd. II. Th. I. (1894). S. 227 и сл.

будет служить постоянным подрывом энергии собственника, тормозом для хозяйственного прогресса. При установлении подобных обременений собственность теряет всегда нечто такое, что никому из обоих участников договора не идет на пользу—совершенно так же, как в том случае, если бы собственник картины вырвал из нее часть для продажи: картина потеряла бы в своей ценности гораздо больше, чем было приобретено той или другой стороной. Истинной ценой, которую покупается каждое подобное ограниченное право на чужую вещь, является урванное, морально и экономически подрванное, право собственности.

Соображения подобного рода оказали бесспорное влияние на новейшее законодательство ¹⁾ и создали некоторое осторожное, даже опасливое, отношение к вещным обременениям. Для того, чтобы по исключению допустить тот или другой тип подобных обременений, говорят, напр., Мотивы к Германскому Уложению, необходимы особая, специальная основания ²⁾. В результате, каждое законодательство определяет эти допускаемые им типы и частная автономия может проявлять себя только в выборе их.

Основным из этих типов являются и в современном праве сервитута, как личные (напр., пользовладение), так и вещные. Кроме того, общепризнанным является право на пользование землей из выстройки; у нас в России оно санкционировано в общем виде законом 23 июня 1912 г. Но это право может касаться только строений; бывшее в большом распространении прежде аналогичное право на произрастания земли (напр., право на известный участок для насаждения и эксплуатации леса) современными законодательствами отвергается. Гораздо менее прочным является положение наследственного оброчного владения (римская *emphyteusis*). Так, напр., составители Германского Уложения усмотрели в нем, вместе с остатками ленных отношений, только пережиток давно отошедших в историю хозяйственных стадий, оброчный на вымирание, и потому не дали ему места в кодекс ³⁾. Равным образом, не упоминает о нем и Швейцарское Уложение. Напротив, эфитевтическое владение широко распространено в романских странах; отдельные виды его известны также нашему русскому праву (напр., чиншевое владение в юго-западном крае), вследствие

¹⁾ Ср., напр., Motive. III. S. 448, 466, 480.

²⁾ Motive. III. S. 466.

³⁾ Motive. III. S. 6.

чего проект нашего уложения счел необходимым дать ему законодательную санкцию. В прямую противоположность германской комиссии, редакторы нашего проекта пришли к заключению, что „институт наследственного оброчного владения не представляет собою отжившую, устаревшую форму поземельных отношений, что и в настоящее время он имеет большое экономическое значение и притом не для одного какого-либо класса населения, но для всей страны“ ¹⁾.

Крупную теоретическую новизну по сравнению с римским правом представляет тот институт, который в германском праве носит название *Reallasten* или *Grundlasten* (термин Швейцарского Уложения) и которому наш проект дает наименование „вотчинных выдач“. Его исторический корень кроется также в недрах старых средневековых отношений: собственник земли часто обязывался доставлять другому лицу (помещику, монастырю и т. д.) ежегодно известное количество продуктов или уплачивать известную сумму денег. В виду того, что содержанием этой повинности являлось некоторое положительное действие собственника, которое *facere*, все отношения этого рода не могли быть подведены под римское понятие сервитута, для этих последних действовало правило „*servitus in faciendo consistere non potest*“. Вследствие этого институт „вотчинных выдач“ составлял постоянный камень преткновения для юриспруденции, а в значительной степени остается таковым и до сих пор: „юридическая природа“ *Reallasten* представлять и в настоящее время предмет неразрешенного спора. Тем не менее этот институт оказался жизнеспособным; он пережил создавшие его отношения и, отбросив свои архаические виды (напр., повинности в виде натуральных продуктов), оказался способным удовлетворять некоторым новым экономическим потребностям. Так, в частности эта форма весьма облегчает приобретение земли для мелких собственников, не располагающих значительным капиталом для уплаты покупной цены сразу; в то же время она может быть наилучшей формой для заселения впуск лежащих земель и т. д. Вследствие всех этих причин институт *Reallasten* получил себе прочное место в новейших кодификациях, в том числе и в проекте нашего гражданского уложения.

Нужно, впрочем, сказать, что резко отличаясь от наследственного оброчного владения по своей юридической природе

¹⁾ Объяснения к проекту, кн. III. Вотчинное право. Т. II. (1902), стр. 57.

(при оброчномъ владѣнн платитъ оброкъ владѣлецъ собственнику, а при Reallasten собственникъ третьему лицу), институтъ „вотчинныхъ выдачъ“ въ эконо м и ч е с к о м ъ отношеніи очень близко подходитъ къ нему. Именно этимъ объясняется то обстоятельство, что, санкціонировавъ Reallasten (или Grundlasten), Германское или Швейцарское Уложенія могли обойтись безъ наслѣдственнаго оброчнаго владѣнн: экономическая потребность въ послѣднемъ въ значительной степени можетъ найти себѣ удовлетвореніе и въ формѣ Reallast. Однако, только въ значительной степени, а не воплѣти, и въ этомъ отношеніи нельзя не согласиться съ редакторами нашего проекта, которые, отмѣтивъ указаную экономическую близость, говорятъ затѣмъ, что признаніе института наслѣдственнаго оброчнаго владѣнн нисколько не устраняетъ полезности и „вотчинныхъ выдачъ“. „При наслѣдственномъ оброчномъ владѣнн права собственника, по необходимости, шире, чѣмъ при правѣ вотчинной выдачи права лица, въ пользу котораго установлена эта выдача... Нѣтъ сомнѣнн, что интересы собственника, въ случаѣ пріобрѣтенн имѣнн въ собственность съ обязательствомъ производства вѣчнаго платежа, лучше ограждены, чѣмъ въ случаѣ пріобрѣтенн имѣнн на чиншевомъ правѣ“¹⁾. Если наслѣдственное оброчное владѣнн болѣе соотвѣтствуетъ интересамъ крупнаго землевладѣльца, раздающаго такимъ путемъ свои участки мелкимъ хозяйствамъ, то институтъ „вотчинныхъ выдачъ“, наоборотъ лучше гарантируетъ интересы этихъ послѣднихъ. Съ другой стороны если институтъ вотчинныхъ выдачъ болѣе пригоденъ тамъ, гдѣ для крупнаго собственника стоять при распродажѣ земли на первомъ планѣ денежные интересы, то оброчное владѣнн особенно умѣстно тамъ, гдѣ для него важно сохранить за собой общій контроль надъ возникающими мелкими хозяйствами: обыкновенно, „хищническая эксплуатация земли“ даетъ при оброчномъ владѣнн собственнику право требовать прекращенн этого владѣнн и возвращенн участка ему. Вслѣдствіе же этого, если институтъ „вотчинныхъ выдачъ“ болѣе свойственъ отношеніямъ между частными лицами, то институтъ оброчнаго владѣнн наиболѣе пригоденъ для эксплуатации государственныхъ земель: идея землевладѣнн, какъ нѣкоторой „соціальной функціи“, можетъ найти себѣ въ этой формѣ наилучшее осуществленіе.

Однако, какъ ни важны всѣ подобные вопросы, связанные, съ группой вещныхъ правъ на пользованіе чужой вещью, преимущественный интересъ новѣйшаго права сосредоточивается не

¹⁾ Объясненія къ проекту. Кн. III. Вотчинное право. Т. II, стр. 274.

на нихъ, а на залоговомъ правѣ. Возрастающее значеніе реального, въ особенности поземельнаго, кредита продолжаетъ неуклонно приковывать вниманіе законодательства именно къ вопросамъ этого послѣдняго.

Потребность въ реальномъ кредитѣ, т.-е. кредитѣ, обеспеченномъ исключительнымъ правомъ на какую-нибудь вещь, возникаетъ, конечно, вездѣ очень рано, но удовлетворяется эта потребность на первыхъ порахъ въ иныхъ, болѣе грубыхъ, формахъ. Закладное право въ такомъ видѣ, въ какомъ мы привыкли его понимать, является у всѣхъ народовъ лишь продуктомъ очень длинной и сложной исторіи.

Вездѣ въ древнѣйшее время указанная потребность удовлетворялась тѣмъ, что вещь, предназначенная служить обезпеченіемъ долга, передавалась кредитору точтасъ же при самомъ заключенн обязательства и притомъ въ полную собственность, лишь съ личнымъ обязательствомъ кредитора вернуть ее по уплатѣ долга. Это было, такимъ образомъ, не что иное, какъ продажа за кладываемой вещи съ правомъ ея обратнаго выкупа путемъ уплаты долга. Такова древне-римская fiducia, древне-французская vente à reméré, древне-германская Kauf auf Wiederkauf. При такой формѣ реального обезпеченн, очевидно, ни о какомъ закладномъ правѣ въ юридическомъ смыслѣ не можетъ быть рѣчи: кредиторъ получаетъ не закладное право на вещь, а настоящее право собственности, которымъ онъ даже немедленно можетъ распорядиться по своему произволу; въ случаѣ позднѣйшей готовности должника уплатить долгъ кредиторъ подлежитъ только личной, обязательственной отвѣтственности передъ должникомъ. Вслѣдствіе этого подобная форма, гарантируя въ полной мѣрѣ интересы кредитора, совершенно не гарантировала интересовъ должника; она отдавала послѣдняго на полный произволъ перваго и потому могла быть терпима въ жизни лишь до тѣхъ поръ, пока реальный кредитъ былъ явленіемъ рѣдкимъ, случайнымъ. Но уже нѣкоторое дальнѣйшее развитіе экономической жизни вызвало стремленіе къ созданн иныхъ, болѣе удобныхъ, фигуръ реального обезпеченн.

Прежде всего появляется залогъ съ простой передачей владѣнн (pignus римскаго права, „altere Satzung“ германскаго права). Закладываемая вещь передается теперь кредитору не въ собственность, какъ прежде, а лишь въ простое владѣнн; собственность на вещь пока сохраняется за должникомъ. Въ случаѣ уплаты долга послѣдній можетъ вернуть себѣ ее при помощи обычнаго иска о собственности. Въ случаѣ же неуплаты

положение кредитора, въ зависимости отъ договора сторонъ и мѣстныхъ обычаевъ, опредѣляется разнo: иногда онъ дѣлается теперь собственникомъ вещи (lex commissoria римскаго права, Verfallpfand древне-германскаго права, „закладная превращается въ купчую“ нашихъ старыхъ грамотъ и Уложения царя Алексѣя Михайловича); иногда же онъ имѣетъ только право продажи заложеной вещи съ цѣлью своего удовлетворенія (jus vendendi римскаго права, Verkaufspfand германскаго права). Право кредитора стало такимъ образомъ дѣйствительно вещнымъ правомъ на чужую вещь, но далеко не опредѣлилось еще ею непремѣнное содержаніе: вмѣсто права продажи въ немъ часто содержится право на удержаніе вещи въ собственность. Кромѣ того, сплошь и рядомъ владѣніе заложеной вещью соединяется для кредитора съ правомъ пользованія ею, причѣмъ доходы отъ вещи либо идутъ вмѣсто процентовъ, не погашая самаго долга) Ewigsatzung германскаго права, mortgage французскаго), либо зачитаются въ долгъ и погашаютъ его (Todsatzung, vifgage).

Но залогъ съ передачей владѣнія часто въ высокой степени неудобенъ для должника, а нѣкоторые виды кредита при немъ прямо невозможны: невозможенъ, напр., кредитъ для улучшенія имѣнія (кредитъ мелiorаціонный). Въ виду этого уже въ римскомъ правѣ была создана новая, болѣе совершенная, форма залога—залогъ безъ передачи владѣнія, носящій и доннынъ заимствованное изъ греческаго оборота названіе ипотеки (hypotheca). Вещь остается въ рукахъ должника, который даже можетъ ею пока что распорядиться, но въ случаѣ неуплаты долга въ срокъ кредиторъ имѣетъ право вытребовать ее изъ рукъ всякаго владѣльца и употребить ее для удовлетворенія своей претензіи. Въ германскомъ правѣ такая форма была извѣстна подъ именемъ „nehere Satzung“.

Въ дальнѣйшемъ развитіи происходитъ постепенная очистка закладнаго права отъ его случайныхъ историческихъ примѣсей и болѣе точное опредѣленіе его существеннаго, непремѣннаго содержанія. Такъ, прежде всего отпадаетъ право кредитора на пользование заложеной вещью: для обезпечительной функціи закладнаго права оно совершенно излишне. Затѣмъ отпадаетъ переходъ заложеной вещи при неуплатѣ долга въ собственность, и такимъ образомъ содержаніе закладнаго права сводится исключительно къ праву требовать публичной продажи вещи съ цѣлью полученія удовлетворенія по долгу.

Но если въ захваченныхъ до сихъ поръ рамкахъ общій ходъ развитія закладнаго права въ римскомъ правѣ и правъ новыхъ народовъ былъ приблизительно одинаковъ, то въ цѣломъ рядъ

другихъ вопросовъ между ними сказывается весьма существенная разница.

Прежде всего, римское право не различало и здѣсь вещей движимыхъ и недвижимыхъ: залогъ какъ тѣхъ, такъ и другихъ былъ возможенъ, по желанію сторонъ, и съ передачей владѣнія (въ формѣ pignus) и безъ передачи его (въ формѣ ипотеки). Право новыхъ народовъ, напротивъ, соотвѣтственно своей общей, указанной выше, тенденціи, различаетъ: залогъ движимыхъ вещей имѣетъ юридическую силу только тогда, когда онъ соединенъ съ передачей ихъ во владѣніе кредитора („ручной залогъ“, Faustpfand)¹⁾; залогъ же недвижимости, допускавшій раньше и ту и другую формы, въ новѣйшемъ правѣ вездѣ принимаетъ видъ только залога ипотечнаго.

Въ связи съ этимъ находится описанное уже стремленіе новаго права къ осуществленію принципа публичности: эта публичность закладнаго права достигается по отношенію къ движимымъ вещамъ передачей закладываемой вещи (причемъ здѣсь также дѣйствуетъ начало „Hand muss Hand wahren“), а по отношенію къ недвижимости поземельной запиской. Мы видѣли, что потребность упорядоченія поземельнаго кредита послужила первымъ толчкомъ къ созданію института поземельныхъ книгъ.

Далѣе: позднѣйшее римское право допускало залогъ не только той или другой специальной вещи, но и всего имущества цѣликомъ—такъ называемая генеральная ипотека; при этомъ очень часто такія генеральныя ипотеки устанавливались непосредственно самымъ закономъ (легальныя генеральныя ипотеки; напр., уже въ силу самаго закона такая ипотека лежала на всемъ имуществѣ опекуна для обезпеченія возможныхъ требованій опекаемаго, на всемъ имуществѣ мужа по поводу дотальныхъ требованій жены и т. д.). Новѣйшее право, задавшись цѣлью устранить вскую неопредѣленность въ области реального кредита, пришло съ естественной необходимостью къ отрицанію подобныхъ генеральныхъ ипотекъ и къ твердому проведенію того, что называется принципомъ специальности залога: объектомъ залога можетъ быть только извѣстная опредѣленная вещь.

Согласно римскому взгляду, закладное право должно обезпечивать кредитора, гарантируя ему удовлетвореніе по его тре-

¹⁾ Изъ этого правила допускаются нѣкоторыми законодательствами (Бельгія, Италия, Швейцарія, Франція и др.) только немногочисленныя исключенія, причѣмъ чаще всего „ипотека движимости“ признается для залога скота, машинъ, сельскохозяйственныхъ продуктовъ и т. п. (См. по этому поводу статьи Peiser's, Guhl's и др. въ „Recht und Wirtschaft“ за 1912 г. сентябрь).

бванію; оно не должно давать ему каких-либо выгодъ сверхъ того, но оно не должно и ставить его въ положеніе худшее, чѣмъ то, въ которомъ находится всякій обыкновенный кредиторъ. Вслѣдствіе этого, если послѣ продажи заложенной вещи вырученная сумма окажется выше суммы требованія, то излишекъ (нурегосча) кредиторъ долженъ вернуть должнику; если же вырученная сумма окажется ниже требованія, то недополученное кредиторъ можетъ взыскивать обыкновеннымъ порядкомъ съ остального имущества должника. Старое право новыхъ народовъ, напротивъ, держалось такъ называемаго принципа исключительности залога: заложенная вещь, переходившая часто, какъ сказано, даже въ полную собственность кредитора, разсматривалась при неуплатѣ долга какъ исключительное средство для удовлетворенія этого послѣдняго, какъ полная замѣна самаго требованія. Вслѣдствіе этого кредиторъ не обязанъ былъ возвращать излишка, но, съ другой стороны, не могъ требовать и доплаты. Рецепція римскаго права привела въ этомъ пунктѣ къ торжеству римскаго воззрѣнія; и дѣйствительно, старый принципъ исключительности залога отнюдь не вытекаетъ изъ экономическаго назначенія залогового права; напротивъ, внося въ него элементъ риска, онъ только ослабляетъ обеспечительную функцію залога.

Но вопросъ объ отношеніи между залоговымъ правомъ и обеспечиваемымъ требованіемъ имѣетъ еще другую сторону, которая по преимуществу занимаетъ новѣйшія законодательства и, можно сказать, стоитъ въ центрѣ всего современнаго ипотечнаго права.

По своей юридической сѣли залоговое право имѣетъ служебный характеръ: оно должно лишь обеспечивать требованіе кредитора и потому является отношеніемъ дополнительнымъ къ личному, обязательственному, отношенію между кредиторомъ и должникомъ (принципъ акцессорности залога). Вслѣдствіе этого, по римскому праву, залоговое право возникаетъ только тогда, когда возникаетъ это главное, обязательственное требованіе, погашается вмѣстѣ съ нимъ и подлежитъ всѣмъ возраженіямъ, которыя возможны противъ главнаго требованія, напр., возраженію о безденежности займа, объ ошибкѣ или принужденіи при его заключеніи и т. д. Говоря иначе, залоговое право, съ этой точки зрѣнія, зависитъ въ самомъ своемъ бытіи отъ обеспечиваемаго требованія, какъ отъ своего основанія, какъ отъ своей causa.

Но этотъ принципъ акцессорности залога имѣетъ и свои огромныя неудобства, особенно чувствительныя съ того момента

когда развивается потребность въ циркуляціи залоговыхъ правъ. Давая ссуду подъ залогъ недвижимости, кредиторъ обыкновенно лишается своего капитала на болѣе или менѣ продолжительное время; вмѣсто наличности въ его рукахъ есть только залоговой документъ. Между тѣмъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ для кредитора можетъ оказаться необходимымъ пустить этотъ залоговой документъ въ обращеніе, продать его еще до наступленія срока платежа. Съ точки зрѣнія акцессорности залога такая продажа возможна лишь въ видѣ переуступки самаго обеспечиваемаго требованія вмѣстѣ обеспечивающимъ его залоговымъ правомъ: пріобрѣтатель этого послѣдняго окажется въ положеніи личнаго кредитора и вмѣстѣ съ тѣмъ будетъ подлежать всѣмъ возраженіямъ изъ обязательства. Но если пріобрѣтатель можетъ провѣрить установленіе залогового права путемъ справки въ поземельную книгу, то онъ никакимъ образомъ не можетъ провѣрить дѣйствительность личнаго требованія, а между тѣмъ ничтожность этого послѣдняго или его юридическая порочность можетъ повлечь за собою впослѣдствіи паденіе самаго залогового права. Понятно поэтому, что такая зависимость залогового права отъ обеспечиваемаго имъ требованія могла внушать неувѣренность лицамъ, готовымъ пріобрѣсти залоговое право, а вслѣдствіе этого являлась весьма серьезнымъ тормозомъ для циркуляціи залоговыхъ бумагъ.

Устраненіе этого тормоза и составляло одну изъ основныхъ задачъ новѣйшаго ипотечнаго права, причемъ наилучшее разрѣшеніе этой задачи для настоящаго времени мы имѣемъ въ законодательствахъ германскомъ и швейцарскомъ.

Желая приспособиться ко всѣмъ возможнымъ видамъ ипотечныхъ отношеній, эти законодательства предлагаютъ обороту на выборъ нѣсколько залоговыхъ формъ: новое Германское Уложеніе знаетъ такихъ формъ пять, Швейцарское — три.

Прежде всего, для случаевъ ипотеки, не предназначенной по намѣреніямъ сторонъ для циркуляціи, они сохраняютъ залогъ въ его римской акцессорной формѣ; такова такъ наз. *Sicherungshypothek* Германскаго Уложенія и *Grundpfandverschreibung* Швейцарскаго. Передача залогового права, конечно, и здѣсь возможна, но для даннаго рода ипотеки она составляетъ явленіе случайное, и потому пріобрѣтатель ея подлежитъ всѣмъ тѣмъ возраженіямъ *ex causa*, какія могли бы быть предъявлены и противъ перваго кредитора; залоговое право черпаетъ свою юридическую силу изъ обеспечиваемаго имъ личнаго требованія.

Для тѣхъ же случаевъ, когда стороны желаютъ создать ипотеку, предназначенную для обращения, имъ предлагается форма съ ослабленной зависимостью отъ личнаго требованія, форма, которая носитъ въ германскомъ правѣ названіе „оборотной ипотеки“ (*Verkehrshypothek*). Ослабленіе акцессорности выражается главнымъ образомъ въ томъ, что противъ добросовѣстнаго приобретателя такой ипотеки никакія возраженія изъ личнаго требованія не допускаются; принципъ достовѣрности, освящающей занесенную въ книгу ипотеку, распространяется такимъ образомъ и на обозначенное тамъ въ видѣ ея основанія обезпечиваемое требованіе.

Для того, чтобы еще болѣе облегчить циркуляцію залоговыхъ правъ, новѣйшее законодательство создаетъ возможность полученія залоговыхъ свидѣтельствъ: устанавливая закладное право, собственникъ имѣнія, послѣ записи въ поземельной книгѣ, можетъ испросить выдачу залоговаго свидѣтельства, которое и служить затѣмъ средствомъ для всякихъ дальнѣйшихъ передачъ: закладное право передается затѣмъ путемъ надписей на залоговомъ свидѣтельствѣ безъ обращенія въ учрежденія, ведущія поземельныя книги. Вслѣдствіе этого „оборотная ипотека“ германскаго права возможна въ двухъ видахъ: безъ залоговаго свидѣтельства, какъ „*Buchhypothek*“, и со свидѣтельствомъ, какъ „*Briefhypothek*“. Напротивъ, Швейцарское Уложеніе знаетъ „оборотную ипотеку“ только въ этомъ послѣднемъ видѣ: всякая „*Verkehrshypothek*“ должна непременно выразиться въ формѣ залоговаго свидѣтельства—*Schuldbrief*. Нужно, однако, сказать, что и въ самой Германіи теперь раздаются голоса въ пользу такого же упрощенія залоговыхъ формъ путемъ устраненія *Buchverkehrshypothek*).

Но на указанномъ ослабленіи акцессорности развитіе современнаго закладнаго права не остановилось. Стремленіе къ возможно большей „оборотоспособности“ ипотечныхъ бумагъ вызвало уже въ половинѣ XIX столѣтія постановку вопроса о зависимости закладнаго права отъ требованія въ его самой радикальной формѣ, именно въ формѣ попытки совершенно порвать эту зависимость. Первый рѣшительный опытъ въ этомъ направленіи былъ сдѣланъ въ Мекленбургскомъ ипотечномъ уставѣ 1848 г., который создалъ абстрактную форму залога въ видѣ такъ называемаго „вотчинаго долга“, *Grundschuld*. Это есть уже совершенно самостоятельное, ни въ какой мѣрѣ отъ личнаго обязательства независящее,

¹⁾ Ср., напр., G. Güthe. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts. 1914. S. 134—135.

вещное право на полученіе изъ извѣстной недвижимости опредѣленной денежной суммы. Во имя чего и для какой цѣли это право устанавливается,—это уже не имѣетъ значенія; оно существуетъ само по себѣ, оно само въ себѣ носитъ свою формальную сущасть, само по себѣ переходитъ изъ руки въ руки и т. д., вслѣдствіе чего его не безъ основанія называютъ „вещнымъ въ эксе-лемъ“.

При этомъ такое абстрактное право къ недвижимости можетъ имѣть своимъ содержаніемъ не только полученіе извѣстной денежной суммы сразу, но и полученіе опредѣленныхъ періодическихъ платежей; въ такомъ случаѣ *Grundschuld* превращается въ то, что называется „рентнымъ долгомъ“—*Rentenschuld*.

Развивая предшествующіе опыты въ этомъ направленіи „абстрагирования“ закладнаго права, новѣйшіе кодексы, германскій и швейцарскій, рядомъ съ указанными выше видами ипотеки, санкционируютъ и эти двѣ формы *Grundschuld* и *Rentenschuld*, причѣмъ Швейцарское Уложеніе соединяетъ ихъ въ одну подъ общимъ именемъ „*Gült*“. Согласно ст. 847 этого Уложенія, при этой формѣ долгъ лежитъ на недвижимости, какъ земельная повинность (*als Grundlast*), безъ всякой личной отвѣтственности должника и безъ всякаго упоминанія объ обязательствѣ (о *Schuldgrund*) въ поземельной книгѣ.

Развитіе всего этого ипотечнаго аппарата завершается тѣмъ, что какъ залоговая запись въ поземельной книгѣ, такъ и залоговое свидѣтельство можетъ быть совершено на имя самого собственника обременяемаго имѣнія. Собственникъ вноситъ въ поземельную книгу закладное право въ извѣстной суммѣ на свое имя или же беретъ на свое имя залоговое свидѣтельство. Затѣмъ онъ можетъ распорядиться различно. Онъ можетъ, во-первыхъ, пустить это свое закладное право или (что чаще) залоговое свидѣтельство въ обращеніе обыкновеннымъ порядкомъ; но онъ можетъ, во-вторыхъ, оставить эту ипотеку за собой, а для другихъ устанавливать затѣмъ вторяя, третья и т. д. ипотеки: въ такомъ случаѣ, когда дѣло дойдетъ до продажи вещи, онъ самъ явится первымъ по рангу залоговымъ кредиторомъ и получить преимущественное удовлетвореніе изъ своей собственной вещи. Признаніе подобной ипотеки собственника на свою же собственную вещь (*Eigentümerhypothek*, или *Eigentümergrundschuld*) составляетъ чрезвычайно любопытное въ принципиальномъ отношеніи нововведеніе современнаго права. Оно совершенно порываетъ съ нашимъ привычнымъ, воспитаннымъ на римскомъ правѣ, представленіемъ о закладномъ правѣ, какъ

правъ на чужую вещь: въ ипотеку собственника мы имѣемъ нѣкоторое своеобразное, способное къ самостоятельному юридическому существованію, абстрактное право на извѣстную цѣнность, заключенную въ вещи. Это право на цѣнность, это „Wertrecht“, можетъ скрываться въ собственности, но можетъ и выдѣлиться изъ нея; выдѣлившись, оно можетъ быть употреблено для обезпеченія долгового требованія, но можетъ явиться и самостоятельнымъ объектомъ гражданскаго оборота. Раздвоеніе потребительной и мѣновой цѣнности вещи достигаетъ здѣсь своего наивысшаго напряженія.

Наконецъ, упомянемъ еще объ одной характерной тенденціи современнаго ипотечнаго права.

До тѣхъ поръ, пока залогъ связывался непремѣнно съ передачей кредитору права собственности или владѣнія, а также до тѣхъ поръ, пока неуплата долга влекла за собой переходъ права собственности къ кредитору, залогъ одной и той же вещи послѣдовательно нѣсколькимъ лицамъ былъ, очевидно, невозможенъ. Но съ того момента, когда эти юридическія условія пали, и когда закладное право окончательно опредѣлилось, какъ право на извѣстную цѣнность, заключенную въ вещи, не существуетъ никакихъ препятствій для допущенія на одну и ту же вещь нѣсколькихъ закладныхъ правъ. Подобный повторный залогъ можетъ представлять иногда существенную хозяйственную необходимость: имѣніе, стоящее, напр., 100 тысячъ, въ первый разъ было заложено лишь въ незначительной части своей цѣнности, напр., всего въ 20 тысячъ; теперь возникаетъ потребность въ новомъ займѣ, который можетъ быть полученъ лишь подъ залогъ того же имѣнія. Но, разумѣется, такой новый залогъ можетъ быть допущенъ только подъ тѣмъ условіемъ, чтобы онъ не подрывалъ правъ перваго кредитора. Это достигается принципомъ приоритета: старшее закладное право удовлетворяется въ свое время полностью, и лишь остатокъ идетъ на удовлетвореніе втораго, затѣмъ третьяго и т. д. Такимъ образомъ, закладныя права располагаются по отношенію къ удовлетворенію въ извѣстномъ порядкѣ по старшинству: первая закладная, вторая закладная и т. д.

Однако, этотъ принципъ приоритета можетъ имѣть не одинаковое значеніе. Въ болѣе раннихъ законодательствахъ, по примѣру римскаго права, ему придается тотъ смыслъ, что старшее закладное право только на время своего существованія отбрасываетъ послѣдующія; въ случаѣ же его отпаденія происходитъ естественное передвиженіе послѣдующихъ закладныхъ правъ: второе

дѣлается первымъ, третье вторымъ и т. д. Въ противоположность этому, въ новѣйшихъ законодательствахъ (опять-таки по образцу Мекленбургскаго ипотечнаго устава) замѣчается тенденція къ замѣнѣ этого передвиженія кредиторовъ принципомъ неподвижности залоговыхъ мѣстъ: даже въ случаѣ уплаты первому кредитору послѣдующія остаются на своихъ мѣстахъ, а опустѣвшее мѣсто перваго кредитора занимаетъ самъ собственникъ, какъ его ипотечарный преемникъ. Въ основѣ этой тенденціи лежитъ та мысль, что съ экономической точки зрѣнія вторая (а, слѣдовательно, и всякая дальнѣйшая) ипотека представляетъ собою нѣчто иное, чѣмъ первая. Давая суду подъ вторую ипотеку, кредиторъ всегда, въ виду своего худшаго положенія, выговариваетъ себѣ какія-либо ниня выгоды, напр., болѣе высокіе проценты. Въслѣдствіе этого нѣтъ никакихъ оснований предоставлять ему еще и рангъ перваго кредитора въ случаѣ удовлетворенія этого послѣдняго; это было бы рѣшительной несправедливостью по отношенію къ собственнику¹⁾. Какъ бы то ни было, но эта тенденція къ установленію неподвижности залоговыхъ мѣстъ сказывается уже въ Германскомъ Уложеніи²⁾ и совершенно опредѣленно провозглашается въ Швейцарскомъ³⁾.

Уже сдѣланное здѣсь самое общее и схематическое изложеніе новѣйшаго развитія ипотечнаго права можетъ дать представленіе о томъ огромномъ прогрессѣ, который совершился въ этой области въ теченіе XIX вѣка. И тѣмъ не менѣе здѣсь далеко еще отъ законченности; непрекращающееся развитіе кредита ставитъ передъ правомъ все новыя и новыя задачи.

Но всѣ эти новѣйшія теченія въ сферѣ ипотечнаго права почти совершенно чужды нашему русскому праву. Наше законодательство, вплоть до начала XIX вѣка, стояло на той точкѣ зрѣнія, что при неуплатѣ долга „закладная превращается въ купчую“, т.-е., что кредиторъ приобретаетъ право собственности на заложенную вещь. Лишь Банкротскій Уставъ 1800 г. отгнѣнилъ этотъ архаическій принципъ, предписавъ необходимость публичной продажи. Нѣкоторые дальнѣйшіе спеціальныя законы и въ особенности сенатская практика пытаются видѣрить болѣе современныя начала въ нашу ипотечную систему, тѣмъ не менѣе она и до сихъ поръ остается „ветхой храминой“, въ которой на каждомъ шагѣ даютъ себя чувствовать отголоски старыхъ вре-

¹⁾ Cp. Güthe. l. cit., стр. 75—76.

²⁾ § 1163, 1168.—Cp. Güthe. l. cit., стр. 91—93.

³⁾ § 813—814.—Cp. Erläuterungen zum Vorentwurf, стр. 631.

мень. Такъ, напр., нашъ законъ принципиально запрещаетъ собственнику отчужденіе залoженного имѣнія безъ предварительнаго погашенія долга (ст. 1388 I ч. X тома); лишь при залoгѣ имѣнія въ кредитныхъ установленіяхъ допускается продажа съ переводомъ долга. Равнымъ образомъ, согласно ст. 1630, запрещается вторичный залoгъ той же вещи, вслѣдствіе чего принципиально отрицается возможность нѣсколькихъ залoжныхъ правъ; однако, и здѣсь въ 1862 г. было допущено исключеніе для имѣній, залoженныхъ въ кредитныхъ установленіяхъ, исключеніе, опираясь на которое, наша практика обходитъ указанное переживаніе старины. Согласно ст. 1653, запрещается передача залoжныхъ по надписямъ, т.-е. опять-таки принципиально отвергается возможность циркуляціи залoговыхъ правъ, хотя, конечно, и въ этомъ отношеніи практика находитъ средства для удовлетворенія насущной потребности. Наконецъ, при ипотекахъ недвижимости у насъ дѣйствуютъ еще старинный принципъ исключительности залoга: если при продажѣ залoженной вещи выручено меньше суммы долга, кредиторъ не имѣетъ права взыскивать недополученное изъ остального имущества должника.

Достаточно уже этихъ примѣровъ, чтобы убѣдиться, насколько наша дѣйствующая залoговая система не соответствуетъ современному состоянію поземельнаго кредита, насколько она нуждается въ коренной перестройкѣ. Попытки такой перестройки тянутся у насъ уже отъ пятидесятихъ годовъ прошлаго столѣтія, но и до сихъ поръ остаются въ стадіи проектов¹⁾. Выработанный редакціонной комиссіей для составленія проекта Гражданскаго Уложенія проектъ Книги III этого Уложенія о Вotчинныхъ правахъ не получилъ пока вовсе законодательнаго движенія, а составленный той же комиссіей и затѣмъ пересмотрѣнный Особой комиссіей Государственнаго Совѣта проектъ Вotчиннаго Устава внесенъ въ Государственную Думу, но, повидимому, еще не скоро дождется своей очереди.

Изложенныя выше основныя теченія современнаго ипотечнаго права имѣютъ въ виду одну общую цѣль: создавъ условія, необходимыя для увѣренности и подвижности поземельнаго кредита, облегчить доступъ капитала къ землѣ и организовать такимъ образомъ нѣкоторое сотрудничество между ними. Однако, и здѣсь насъ стерегутъ свои особыя опасности. За извѣстными предѣлами задолженность землевладѣнія дѣлается серьезнымъ

¹⁾ См. Базановъ. Вotчинный режимъ въ Россіи, а также бар. Фрейтагъ-Лоринговенъ. Матеріальное право проекта Вotчиннаго Устава. 1914 г. стр. 16 и сл.

экономическимъ бѣдствіемъ, сотрудничество денежнаго капитала превращается въ тяжелое бремя для земледѣльческаго хозяйства. Доля капитала въ доходахъ отъ этого хозяйства возрастаетъ настолько, что хозяйствующій собственникъ теряетъ энергію для его веденія. Такимъ образомъ, и здѣсь мы встрѣчаемся въ концѣ концовъ съ тою же общею проблемой, которую мы видѣли въ области правъ на пользованіе чужой вещью: залoговья обремененія не должны быть такъ велики, чтобы они приводили къ подрыву стимулирующаго значенія собственности. Но разрѣшеніе этой проблемы выходитъ уже за предѣлы гражданскаго права. Во всякомъ случаѣ прорывавшаяся иногда мысль объ ограниченіи залoговой свободы собственника извѣстной долей той цѣнности, которую обладаетъ недвижимость (напр., не свыше $\frac{3}{4}$ стоимости), современными законодательствами отвергается¹⁾.

¹⁾ Ср. Erläuterungen zum Vorentwurf eines Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, стр. 603—604.

XIII.

Проблема владѣнія.

Вещныя права—право собственности и права на чужія вещи—представляютъ собой, какъ мы видѣли, нѣкоторыя юридическія, мысленныя и въ этомъ смыслѣ идеальныя, отношенія лицъ къ вещамъ. Но фактическое положеніе вещей можетъ далеко расходиться съ юридическимъ. Вещь можетъ принадлежать юридически одному, а фактически находится во власти другого. При этомъ такое фактическое нахожденіе вещи у другого можетъ имѣть для себя какое-нибудь юридическое оправданіе (напр., вещь отдана самимъ собственникомъ во временное пользованіе, на сохраненіе и т. д.), но можетъ его и не имѣть; фактическое господство лица надъ вещью можетъ даже оказаться прямымъ нарушеніемъ права: я, напр., украдъ вещь или пріобрѣлъ завѣдомо краденую, я завладѣлъ кускомъ земли, принадлежащимъ сосѣду и т. д. Благодаря самымъ разнообразнымъ причинамъ, фактическое положеніе вещей можетъ далеко разойтись съ ихъ юридическимъ распредѣленіемъ.

Вслѣдствіе этого и для права возникаетъ необходимость различать вещныя права, какъ нѣкоторыя юридическія отношенія лицъ къ вещамъ, отъ фактическаго господства надъ ними. Это послѣднее, фактическое, господство, взятое независимо отъ вопроса о правѣ на него (*jus possidendi*) и отъ вопроса о способѣ его пріобрѣтенія (*causa possessionis*), называется владѣніемъ (*possessio, possession, Besitz*) и составляетъ одну изъ труднѣйшихъ проблемъ гражданского права.

Казалось бы, государство, установивъ извѣстную систему юридическаго распредѣленія вещей, можетъ считаться затѣмъ только съ этимъ распредѣленіемъ. Казалось бы, что только эта система можетъ претендовать на охрану съ его стороны, и что все противорѣчащее ей будетъ игнорируемо и устраняемо. И тѣмъ не менѣе со временъ римскаго права во всякомъ культур-

номъ законодательствѣ мы встрѣчаемъ прочно установившійся принципъ охраны владѣнія, какъ такового, отъ всякихъ частныхъ посягательствъ на него. Всякій фактической владѣлецъ вещи можетъ требовать отъ суда и властей защиты своего владѣнія, и притомъ не на томъ основаніи, что онъ имѣетъ право на это владѣніе, а просто на томъ, что онъ владѣетъ или владѣлъ. Защиты своего владѣнія можетъ требовать не только владѣлецъ законный (собственникъ и т. д.), но и владѣлецъ явно неправомѣрный—тотъ, кто силой захватилъ чужое поле или кто тайно похитилъ чужую вещь. Конечно, если такое владѣніе нарушаетъ чьи либо права, лица заинтересованныя могутъ требовать возстановленія этихъ правъ судомъ: собственникъ, поле котораго захвачено, или вещь котораго похищена, можетъ предъявить искъ о возвращеніи вещи на основаніи своего права собственности. Конечно, если завладѣніе вещью совершилось въ формѣ уголовного преступленія, виновникъ будетъ привлеченъ къ уголовной отвѣтственности. Но пока ни того ни другого нѣтъ, даже неправомѣрный владѣлецъ можетъ требовать своей охраны отъ постороннихъ посягательствъ, даже отъ посягательства со стороны собственника. Уголовная отвѣтственность можетъ, напр., отпасть за давностью или вслѣдствіе какого-нибудь помилованія (манифеста), гражданскій искъ о возвращеніи вещи собственникомъ не предъявленъ; если теперь кто-нибудь, даже самъ собственникъ, вздумаетъ овладѣть вещью самовольно, владѣлецъ можетъ требовать своей охраны. И такимъ образомъ можетъ случиться, что охранѣ будетъ подлежать такое владѣніе, которое самымъ вопіющимъ образомъ нарушаетъ установленный закономъ порядокъ; можетъ оказаться, что защищаться будетъ воръ и насильникъ, который въ самое оправданіе своего иска о защитѣ владѣнія будетъ ссылаться на фактъ воровства и насилія.

Такое положеніе вещей не можетъ не вызывать недоумѣнія: кажется, что право, защищая даже владѣніе незаконное, этимъ самымъ идетъ противъ своей собственной основной задачи—охранять законъ и порядокъ, что оно подрываетъ подъ самимъ собой почву и утверждаетъ то, что должно было отрицать.

Неудивительно поэтому, если для объясненія этого явленія въ наукѣ гражданского права возникли разнообразныя теоріи объ основаніи защиты владѣнія. Каждая изъ этихъ теорій пытается по-своему установить тотъ общій принципъ, которымъ вызывается и опредѣляется защита фактическаго господства. При этомъ естественно, что всѣ эти теоріи имѣютъ не только теоретическое значеніе: каждая изъ нихъ, выдвигая ту или другую

точку зрѣнія, вмѣстѣ съ тѣмъ неизбежно приводитъ къ цѣлому ряду иныхъ практическихъ рѣшеній, чѣмъ другія.

Мы не станемъ излагать здѣсь всѣхъ теорій, выставленныхъ на этотъ счетъ въ теченіе XIX вѣка, начиная съ Савиньи. Но нельзя не остановиться на одной изъ нихъ, именно на той, которая и донынѣ имѣетъ большое распространеніе и можетъ, пожалуй, даже казаться господствующей. Теорія эта ведетъ свое начало отъ Геринга и сводится къ слѣдующимъ основнымъ положеніямъ ¹⁾.

Пусть въ отдѣльныхъ случаяхъ владѣльцами оказываются лица, не имѣющія права на владѣніе; но несомнѣнно, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ владѣльцами являются собственники; право же, устанавливая тѣ или другія нормы, должно считаться не съ исключеніями, а съ правиломъ. Если же мы всмотримся ближе въ положеніе собственниковъ, то мы безъ труда замѣтимъ, что для нихъ является желательнымъ, рядомъ съ обыкновеннымъ средствомъ судебной защиты—искомъ о собственности, имѣть облегченное и упрощенное средство, свободное отъ такого доказыванія. Такимъ именно средствомъ и является защита владѣнія, какъ такового: собственнику достаточно только доказать свой фактъ владѣнія, чтобы получить его охрану. Владѣніе, такимъ образомъ, охраняется въ интересахъ права собственности, какъ передовая позиція этого послѣдняго, какъ его форпостъ; поэтому владѣніе должно защищаться только тамъ, гдѣ возможно предположеніе права собственности, и должно быть лишено защиты тамъ, гдѣ такое предположеніе невозможно („wo kein Eigentum, da auch kein Besitz“). Однако, съ другой стороны, разъ желательно дать собственникамъ защиту, освобожденную отъ обязанности доказывать право на владѣніе и опирающуюся на простой фактъ этого послѣдняго, то неизбежно, что во многихъ случаяхъ окажутся въ состояніи воспользоваться ею и не собственники, даже воры и грабители. Но это уже необходимое зло, которое приходится „mit in den Kauf nehmen“. Какъ солнце свѣтитъ на правыхъ и виноватыхъ, такъ и владѣльческая защита распространяетъ свои благодѣянія на лицъ управомоченныхъ и правонарушающихъ.

Нельзя не признать, что это ученіе Геринга содержитъ въ себѣ много подкупающаго, и тѣмъ не менѣе ближайшая провѣрка неизбежно обнаруживаетъ его теоретическую и практическую слабость. Конечно, облегченная процессорная (т.-е. владѣльческая) защита даетъ и собственнику немалая выгоды, однако едва ли

въ этихъ выгодахъ заключается основной, опредѣляющій принципъ нашего своеобразнаго института.

Неправильность теоріи Геринга обнаруживается, главнѣйшимъ образомъ, изъ слѣдующихъ обстоятельствъ. Прежде всего, если владѣльческая защита создана въ интересахъ лучшей охраны права собственности, тогда непонятно, почему эта защита направляется даже противъ собственника, почему противъ иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія не допускается самое ясное возраженіе о томъ, что отвѣтчикъ, нарушитель владѣнія истца, есть собственникъ, и что онъ своимъ дѣйствіемъ только возстановилъ правомѣрное состояніе, вернулъ свою вещь себѣ. Утверждать, что допущеніе такого возраженія въ корень подорвало бы всякое значеніе владѣльческой защиты, едва ли правильно: владѣлецъ могъ бы защищаться противъ всѣхъ, кромѣ собственника. Считать, что защита воровъ и грабителей есть нѣкоторое неизбѣжное, неотдѣлимое зло, также неосновательно: наглядный примѣръ—противное показываетъ Прусское Земское Уложеніе, которое постановляло, что (защищаемое) владѣніе никогда не можетъ быть приобрѣтено путемъ акта частнаго насилія (Pr. Landrecht. I. 7. § 96: „Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz einer Sache niemals erlangt werden“). Допущеніе доказательства, что ищущій защиты есть воръ или грабитель, насколько не превратило бы поессессорную (опирающуюся на фактъ) зачиту въ петиторную (т.-е. основанную на правѣ).

Съ другой стороны, вытекающее изъ теоріи Геринга правило— „гдѣ не можетъ быть собственности, тамъ не можетъ быть и владѣнія“ (wo kein Eigentum, da auch kein Besitz)—приводитъ къ цѣлому ряду положеній, которыя не согласуются съ даннымъ позиціоннаго права и не могутъ быть приняты съ точки зрѣнія нашего нынѣшняго правосознанія. Такъ, напримѣръ, отдѣльное право собственности немислимо на составныхъ части вещи; невозможно, напримѣръ, особое право собственности на отдѣльные этажи дома или на отдѣльныя квартиры; и тѣмъ не менѣе новѣйшія законодательства (опредѣлено Германское Уложеніе § 865) признаютъ полную возможность самостоятельнаго и защищаемаго владѣнія даже въ случаяхъ подобнаго рода. Далѣе, нѣкоторые законодательства (напр., наше русское) устанавливаютъ извѣстныя ограниченія въ приобрѣтеніи недвижимостей для нѣкоторыхъ категорій лицъ—напр., для евреевъ или для иностранцевъ; но признать, что вмѣстѣ съ тѣмъ эти лица лишены и защиты владѣнія, что каждый можетъ, напр., насильно выгнать еврея изъ дома въ черты осѣдлости, рѣшительно противорѣчитъ нашему предста-

¹⁾ Ihering. Ueber der Grund des Besitzschutzes.

влению о самом элементарном правопорядкѣ: это значило бы оставить всѣхъ этихъ лицъ на полный произволъ кулачнаго права ¹⁾.

Всѣ эти соображенія не могутъ не убѣждать насъ въ томъ, что основная идея защиты владѣнія заключается вовсе не въ охранѣ права собственности, а въ чемъ то другомъ. Но въ чемъ же именно?

Съ теоріей Іеринга въ новѣйшее время успѣшно конкурируетъ теорія гражданскаго мира: владѣніе защищается въ интересахъ этого послѣдняго. „На обезпеченности владѣльческихъ отношеній, — говорить, напр., одинъ изъ представителей этой теоріи, Эндеманнъ, — покоится порядокъ человѣческаго общежитія. Охранять миръ дома и черезъ его посредство миръ народа составляло всегда одну изъ высшихъ задачъ общезитія“. Поэтому „охрану получаетъ все, что гарантируетъ общественное спокойствіе, и прежде всего фактически сложившійся порядокъ отношеній лицъ къ вещамъ, такъ какъ онъ составляетъ непременное предположеніе всякаго упорядоченнаго общежитія“ ²⁾.

Чѣмъ далѣе, тѣмъ, повидимому, болѣе эта теорія завоевываетъ себѣ признаніе, и составители Германскаго Уложения именно ее положили въ основу своихъ нормъ о владѣніи. „Предписанія проекта, — говорятъ они, — исходятъ изъ той мысли, что защита владѣнія имѣетъ своимъ назначеніемъ обезпечивать общественный миръ охраной внѣшняго господства лицъ надъ вещами“ ³⁾. Выборомъ этой точки зрѣнія германская коммиссія выгодно отличается отъ коммиссіи, составлявшей нашъ русскій проектъ, которая стала на точку зрѣнія Іеринга и этимъ толкнула себя по цѣлому ряду вопросовъ на ложный путь ⁴⁾.

Не подлежитъ сомнѣнію, что эта теорія гражданскаго мира гораздо лучше схватываетъ основной духъ нашего института, и что съ ея точки зрѣнія всѣ указанная выше явленія кулачнаго права немислимы. Но думается, что и она, ведя по практически правильному пути, въ теоретическомъ отношеніи страдаетъ нѣкоторой неточностью: она нѣсколько односторонне оттѣняетъ полицейскую сторону владѣльческой охраны. Несомнѣнно, эта полицейская сторона исторически выступила прежде всего: въ ней лежитъ зародышъ уже римскихъ преторскихъ интердиктовъ, на-

правленныхъ на защиту владѣнія, но, думается, жидущій принципъ этой защиты лежитъ значительно глубже.

И кажется, что къ постиженію этого жидущаго принципа мы легче всего можемъ подойти слѣдующимъ путемъ.

Обратимся къ области уголовного права и представимъ себѣ преступника, приговореннаго къ наказанію — къ тюремному заключенію, къ лишенію всѣхъ правъ, даже къ смертной казни. Можетъ ли частное лицо на томъ основаніи, что преступникъ лишенъ правъ и приговоренъ къ наказанію, лишить его свободы, избить или, въ случаѣ осужденія къ смертной казни, убить? Такъ было въ древнее время, когда преступникъ (при болѣе тяжкихъ преступленіяхъ) лишался правъ и этимъ ставился внѣ всякой охраны закона, отдавался на произволъ всѣхъ и cadaго („sacer esto“ римскаго права, Friedlosigkeit древне-германскаго и т. д.). Но не такъ стоитъ дѣло въ правѣ болѣе культурномъ. Преступникъ, даже приговоренный къ смертной казни, продолжаетъ сохранять пока свою человѣческую личность; даже лишенный правъ, онъ остается въ глазахъ закона человѣкомъ. Пусть надъ нимъ вполнѣдствіи будетъ совершена казнь, но эту печальную функцію выполнить государство; для всѣхъ же частныхъ лицъ преступникъ остается неприкосновеннымъ: убійство его или посягательство на его тѣлесную неприкосновенность будетъ такимъ же уголовнымъ преступленіемъ, какъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ. Беря на себя карательныя обязанности, государство въ то же время продолжаетъ охранять человѣка отъ частныхъ посягательствъ. Оно какъ бы говоритъ частнымъ лицамъ: пусть этотъ человѣкъ преступникъ, но по этому поводу буду вѣдаться съ нимъ я; я его покараю, для васъ же онъ долженъ быть попрежнему такимъ же человѣкомъ, какъ и всѣ, такую же живую человѣческую личность, которая должна быть свята и неприкосновена. „Мнѣ отмщеніе, и азъ воздамъ!“ — для васъ же высшимъ закономъ должно быть уваженіе человѣка къ человѣку.

Такова безспорная идея современнаго уголовного права. Но думается, что эта идея выходитъ за предѣлы этого послѣдняго, что она идетъ туда, гдѣ вообще затрогивается человѣческая личность, и несеть всюду требованіе уваженія къ ней. Проявленіемъ этой идеи въ гражданскомъ правѣ и служить, по нашему мнѣнію, защита владѣнія.

Материально наша личность отноду не ограничивается предѣлами нашего тѣла. Cadaго изъ насъ окружаетъ известная вещественная сфера, которая необходима для нашего существованія, и на которой лежитъ знакъ нашей личности: домъ, въ которомъ

¹⁾ Ср. Покровскій. Владѣніе въ русскомъ проектѣ гражд. уложенія „Журналъ Мин. Юстиціи“. 1902, дек., стр. 31—33.

²⁾ Endemann. Lehrbuch des bürgerl. Rechts. T. II. 1905, стр. 128—129.

³⁾ Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs, стр. 109.

⁴⁾ См. по этому поводу мою цит. выше статью, стр. 29 и сл.

мы живемъ, вещи, которыми мы пользуемся, и т. д. Пусть это наше фактическое обладаніе нарушаетъ чьи-либо права, для устранения нарушения можетъ быть призвано государство, и, если при этомъ понадобится насиліе надъ владѣльцемъ, оно будетъ произведено этими послѣднимъ (государствомъ). Но для частныхъ лицъ фактическое господство владѣльца должно быть неприкосновеннымъ; этого требуетъ растущее уваженіе къ человѣческой личности, этого требуетъ истинно-культурный строй отношеній между людьми. Пусть нынѣшній владѣлецъ вещи воръ или грабитель, но (за рѣдкими исключеніями самообороны и такъ называемаго необходимого самоуправства) даже по отношенію къ нему никакое насиліе или самовольство со стороны частныхъ лицъ не можетъ быть терпимо; даже воръ для нихъ долженъ оставаться человѣкомъ.

Поэтому, если для Иеринга защита владѣльцевъ неправомѣрныхъ является лишь неизбежнымъ зломъ, которое приходится брать поневолю, то намъ она кажется, напротивъ, кульминационнымъ пунктомъ основной идеи. Именно по отношенію къ этимъ владѣльцамъ принципъ уваженія къ человѣческой личности подвергается наибольшему искушенію, и потому охрана даже этихъ владѣльцевъ является его наивысшимъ торжествомъ.

Но высказываемая нами мысль отнюдь не должна быть понимается въ смыслъ возвращенія къ старой „деликтной теоріи“ Савиньи. Въ противоположность этому послѣднему, съ нашей точки зрѣнія владѣніе защищается и должно защищаться не только тогда, когда нарушение его представляетъ собою непосредственное насиліе надъ владѣльцемъ („Gewalt gegen die Person“): даже завладѣніе вещью въ отсутствіи владѣльца и въ ошибочномъ убѣжденіи, что она никому не принадлежитъ, составляетъ (пусть невольное, но все же) вторженіе въ сферу чужой человѣческой личности и потому по первому требованію должно быть прекращено. Если вы забрались въ чужую усадьбу въ предположеніи, что она брошена, то покинуть ее по первому требованію возвратившаго владѣльца вы такъ же обязаны, какъ и тогда, когда вы пришли непрощеннымъ: этого требуетъ въ обоихъ случаяхъ одинаково указанный принципъ уваженія къ чужой человѣческой личности.

Напротивъ, гораздо ближе подходитъ къ нашей идеѣ теорія Пухты, который усматривалъ въ правѣ на защиту владѣнія не что иное, какъ „нѣкоторую особенную species права личности“ („eine besondere Species des Rechts der Persönlichkeit“).

Однако, дальнѣйшее развитіе этой мысли у Пухты придало ей, по нашему мнѣнію, неудачный видъ: мы слышимъ уже у него и ссылку на возможную волю владѣльца и на предполагаемую правоспособность его; „во владѣніи, — говоритъ онъ, — защищается возможность правъ, слѣдовательно — правоспособность“. Но очевидно, что послѣдовательное проведеніе этой мысли должно привести къ тѣмъ же результатамъ, къ которымъ приводитъ теорія Иеринга — къ беззащитности владѣнія иностранца или еврея и т. д.

Какъ бы то ни было, но во всякомъ случаѣ ясно одно: въ институтѣ защиты владѣнія дѣло идетъ не о собственности и вообще не о такомъ или иномъ имущественномъ правѣ, а о началѣ гораздо болѣе высокомъ и идеальномъ — о насажденіи уваженія къ человѣческой личности, какъ таковой. И съ этой стороны защита владѣнія занимаетъ свое почетное мѣсто въ ряду всѣхъ тѣхъ явленій культурнаго гражданскаго права, которыя были отмѣчены выше и которыя имѣютъ своею цѣлью охрану человѣческой личности, возрастающей въ своемъ самосознаніи и требующей для себя все большаго и большаго признанія.

Только съ этой точки зрѣнія дѣлается вполне понятнымъ и все историческое развитіе владѣльческой защиты, въ частности — ея неуклонное расширеніе.

Создателемъ защиты владѣнія, какъ такового, является Римъ. Руководясь общей идеей охраны гражданскаго мира и порядка, римскій преторъ отъ охраны чисто полицейскаго спокойствія мало-по-малу перешелъ къ охранѣ мира въ болѣе широкомъ смыслѣ, въ смыслѣ запрещенія частнаго самоуправства вообще. Такъ возникли преторскіе посессорные (владѣльческіе) интердикты, прообразъ нашихъ нынѣшнихъ исковъ о защитѣ владѣнія. Но, создавая свои интердикты, преторъ еще не отдавалъ себѣ отчета во всей широтѣ того принципа, на путь осуществленія котораго онъ вступилъ; онъ двигался въ дальнѣйшемъ развитіи ихъ оцупью, повинуваясь лишь непосредственнымъ практическимъ требованіямъ жизни. Вслѣдствіе этого владѣльческая защита въ Римѣ характеризуется нѣкоторой незаконченностью и внутренней несогласованностью; право новыхъ народовъ должно было во многихъ отношеніяхъ расширить и усовершенствовать оставленную Римомъ систему. Мы остановимся здѣсь только на самыхъ основныхъ явленіяхъ въ этой области.

Когда преторъ провозгласилъ принципъ защиты владѣнія, какъ такового, передъ нимъ и передъ толковавшей его положенія

юриспруденціей естественно возникъ вопросъ: какъ понимать это владѣніе? Достаточно ли для его наличности и, следовательно, для получения права на защиту, простого фактического господства, или же этого мало? Дѣло въ томъ, что въ жизни встрѣчаются случаи, когда вещь находится во власти лица, но такъ, что оно объ этомъ нахожденіи вовсе не знаетъ или владѣть вещью не желаетъ. Такъ, напр., нѣкто вложилъ вещь въ руку или въ карманъ спящему; можно ли и такое господство считать владѣніемъ? И римская юриспруденція отвѣтила на этотъ вопросъ отрицательно: для наличности владѣнія въ юридическомъ смыслѣ необходимъ не только внѣшній фактъ господства (*corpus possessionis*), но и внутренней элементъ воли владѣть (*animus possidendi*); помимо воли лица владѣніе для него возникнуть не можетъ.

Это ученіе римскихъ юристовъ перешло затѣмъ въ юридическую доктрину новыхъ народовъ и до самаго послѣдняго времени не возбуждало сомнѣній: какъ, въ самомъ дѣлѣ, признавать владѣльцемъ того, кто не имѣетъ воли владѣть, даже не имѣетъ простого сознанія своего владѣнія? Однако, со временемъ подготовки новаго Германскаго Уложения наступилъ рѣзкій поворотъ.

Когда былъ опубликованъ первый проектъ Уложения, санкціонировавшій это общее ученіе, онъ вызвалъ въ этомъ вопросѣ горячую критику. Въ особенности указывалось на то, что это рѣшеніе затрагиваетъ не только такіе, не имѣющіе реального значенія, случаи, какъ случай со спящимъ, но и явленія гораздо болѣе существенныя. Вслѣдствіе этого правила невозможна, напр., защита лицъ неволеспособныхъ (дѣтей, безумныхъ и т. д.): владѣніе, пріобрѣтенное ими, не будетъ имѣть значенія, такъ какъ ихъ воля вообще правомъ игнорируется. Между тѣмъ владѣльческая защита и здѣсь необходима, такъ какъ въ противномъ случаѣ эти лица оказались бы лишенными охраны закона. Подъ влияніемъ этой критики Германское Уложеніе отбросило старую доктрину и провозгласило, что владѣніе пріобрѣтается только съ установленіемъ фактического господства надъ вещью; необходимость воли владѣть была намѣренно выброшена (§ 854¹⁾). Примѣру Германскаго Уложения послѣдовало затѣмъ Швейцарское (ст. 1919)²⁾ и лишь нашъ русскій проектъ остался на старой позиціи, повторяя въ своихъ объясненіяхъ римскіе аргументы о спящемъ и о плѣн-

никъ, который не владѣетъ связывающими его веревками будто бы потому, что не имѣетъ воли владѣть¹⁾; вся исторія вопроса въ германскихъ комиссіяхъ прошла для нашихъ редакторовъ совершенно безслѣдно.

Между тѣмъ этотъ отказъ отъ старой доктрины и связанное съ нимъ расширеніе области защищаемаго владѣнія является безспорнымъ прогрессомъ: онъ обозначаетъ болѣе полное осуществленіе указанного выше основнаго принципа владѣльческой защиты. Съ точки зрѣнія уваженія къ чужой человѣческой личности для всѣхъ третьихъ лицъ совершенно достаточно того, что вещь находится въ чемъ-то фактическомъ обладаніи. Какъ относится лицо къ своему обладанію, знаетъ ли оно о немъ или не знаетъ, признается ли его воля правомъ или не признается,—все это должно быть для нихъ безразлично: во владѣніи охраняется не право владѣльца и не его воля (реформа Германскаго Уложения наноситъ послѣдній ударъ такъ называемой волевой теоріи Bruns'a и другихъ), а его личность.

Аналогичный процессъ расширенія сферы защищаемаго владѣнія наблюдается и въ другомъ направленіи. Защищая владѣніе даже неправомѣрное, римское право въ то же время ограничивало эту защиту въ томъ отношеніи, что предоставляло ее только такимъ владѣльцамъ, которые владѣютъ хотя и незаконно, но для себя и отъ своего имени (которые имѣютъ *animus rem sibi habendi*, которые владѣютъ *suo nomine*: таковы собственникъ, добросовѣстный пріобрѣтатель чужой вещи и т. д., но таковыми же являются и воръ и захватчикъ). Тѣмъ же лицамъ, которыя владѣютъ отъ чужого имени (*alieno nomine*: напр., тѣ, которымъ вещь была дана въ аренду, въ безвозмездное пользованіе, на сохраненіе и т. д.), оно отказывало въ правѣ на самостоятельную защиту: защищать ихъ должны были тѣ, отъ чьего имени они владѣютъ (т.-е. тѣ, кто далъ въ аренду, на сохраненіе и т. д.). Только за этими послѣдними признавалось владѣніе въ собственномъ смыслѣ (*possessio*); арендаторамъ же, поклажепринимателямъ и т. д. приписывалось лишь простое держаніе (*detentio*).

Однако, съ теченіемъ времени уже само римское право допустило отъ этого правила цѣлый рядъ исключеній. Жизнь показала, что въ некоторыхъ случаяхъ такая посредственная защита „держателей“ недостаточна. Такъ, напр., вещь была отдана въ залогъ, но заложившій уже потерялъ надежду ее выкупить, вслѣдствіе

¹⁾ Ср. Denkschrift, стр. 161.

²⁾ Ср. Erläuterungen, стр. 796—797.

¹⁾ Ср. мою цит. статью, стр. 35 и сл.

чего у него нѣтъ теперь никакой охоты защищать владѣніе кредитора отъ постороннихъ посягательствамъ; если желательно защитить кредитора въ его владѣніи заложенной вещью, то, очевидно, необходимо дать ему самостоятельную защиту, несмотря на то, что онъ владѣеть отъ чужого имени. И преторъ, дѣйствительно, сталъ давать такую защиту, переводя этимъ самымъ залогодержателя изъ положенія простого „детента“ въ положеніе юридическаго владѣльца (possessor'a). За залогодержателемъ, по аналогичнымъ практическимъ мотивамъ, послѣдовали нѣкоторые другіе виды владѣльцевъ отъ чужого имени (наслѣдственный оброчный владѣлецъ; секвестрарій, т. е. тотъ, кому двумя спорящими лицами была на время спора передана спорная вещь, и т. д.), и такимъ образомъ защита владѣнія стала расширяться экстенсивно, захватывая разныя категоріи тогдашнихъ безправныхъ „детентовъ“.

Но въ самомъ римскомъ правѣ развитіе въ этомъ направленіи остановилось на полуги. Оно возобновилось въ правѣ новыхъ народовъ послѣ рецепціи: въ теченіе среднихъ и дальнѣйшихъ вѣковъ самостоятельная владѣльческая защита была предоставлена мало-по-малу арендаторамъ, поклажепринимателямъ и т. д., словомъ, почти всѣмъ владѣльцамъ „отъ чужого имени“. Наконецъ, Германское Уложеніе сдѣлало послѣдній принципиальный шагъ, объявивъ всѣхъ держателей владѣльцами, имѣющими право на самостоятельную защиту; въ видѣ исключенія въ положеніи простыхъ держателей остаются только тѣ, которые владѣютъ вещами какого-нибудь лица въ его домѣ или хозяйствѣ (напр., кучеръ, ухаживающій за моею лошадыю; кухарка, хозяйничающая моею посудой, и т. д.). За Германскимъ Уложеніемъ послѣдовало вложеніе Швейцарское, и такимъ образомъ въ современномъ правѣ всякое владѣніе—все равно, отъ своего или отъ чужого имени,—имѣетъ право на самостоятельную защиту. Русскій проектъ (ст. 878 окончательной редакціи) сохраняетъ требованіе „намѣренія владѣть имуществомъ для самого себя“, но, какъ явствуетъ изъ его дальнѣйшихъ положеній, а также изъ объясненій ко второй редакціи, онъ понимаетъ это „намѣреніе владѣть для самого себя“ въ столь „обширномъ“ смыслѣ, что оно охватывается у всякаго владѣльца ¹⁾.

Едва ли намъ нужно говорить, что расширеніе защиты владѣнія и въ этомъ направленіи въ высокой степени соотвѣтствуетъ тому общему началу, которое лежитъ въ основаніи всего института владѣнія: необходимость уваженія къ чужой человѣческой

личности не зависитъ отъ того, какъ человекъ владѣеть,—отъ своего или отъ чужого имени. Вопросъ этотъ можетъ имѣть значеніе для внутреннихъ отношеній между владѣльцемъ и тѣмъ, отъ чьего имени онъ владѣеть; для третьихъ же лицъ достаточно того, что нѣкто владѣеть. Поэтому даже упомянутое послѣднее ограниченіе Германскаго Уложенія по отношенію къ такъ называемымъ „Besitzdiener“ можетъ вызывать серьезныя сомнѣнія: если еще можетъ быть споръ о томъ, какъ быть въ случаѣ конфликта между господиномъ и кучеромъ или кухаркой, то едва ли целесообразно лишать этихъ послѣднихъ права на защиту отъ постороннихъ лицъ ¹⁾.

Но если распространеніе владѣльческой защиты на всѣхъ держателей представляло естественное и необходимое завершеніе историческаго процесса, то оно создавало для гражданскаго права затрудненіе съ другой стороны. Если держатели имѣютъ теперь право на самостоятельную защиту, то каково владѣльческое положеніе ихъ „хозяевъ, т. е. тѣхъ, отъ чьего имени они владѣютъ? Утрачиваютъ или они вслѣдствіе этого всякое владѣльческое отношеніе къ своей вещи или нѣтъ? Если признанъ, напр., владѣльцемъ арендаторъ, то значить ли это, что собственникъ, отдавшій въ аренду, уже вовсе пересталъ владѣть?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ представлялъ большія теоретическія затрудненія. Со временъ римскихъ юристовъ считалось аксіомой, что одновременное владѣніе двухъ лицъ одной и той же вещью („compossessio plurium in solidum“) немислимо. Конечно, возможно совладѣніе по долямъ („compossessio pro partibus“: два сонаслѣдника сообща владѣютъ имѣніемъ—одинъ въ двухъ третяхъ, другой въ одной трети); но невозможно совладѣніе безъ долей, на всю вещь—in solidum. Оно, по словамъ римскихъ юристовъ, невозможно такъ же, какъ невозможно одному лицу сидѣть тамъ, гдѣ сидитъ другой, или стоять тамъ, гдѣ стоитъ другой. Гдѣ владѣетъ одинъ, тамъ немислимо владѣніе другого, и потому, съ этой точки зрѣнія, признаніе арендатора и т. д. владѣльцемъ должно было бы съ логической необходимостью влечь за собой отрицаніе владѣнія хозяина.

Однако, противъ этой логики рѣшительно возстали потребности практической жизни. Что дѣлать хозяину, если отданное имъ въ аренду имѣніе захватывается кѣмъ-либо постороннимъ, а арендаторъ защищать свое владѣніе не желаетъ или не можетъ?

¹⁾ Ср. мою цит. статью, 36—37.

¹⁾ Ср. мою брошюру „Основные вопросы владѣнія въ новомъ Германскомъ Уложеніи“. 1899, стр. 15 и сл.

Должен ли онъ беспомощно взирать на подобный захватъ, утѣшаясь только надеждой на искъ объ убыткахъ?

Такое рѣшеніе казалось абсолютно недопустимымъ, и Германское Уложеніе рѣшилось и здѣсь на крупную теоретическую революцію: оно отбросило старое римское правило о невозможности *compossessio plurium in solidum* и признало обоимъ—и хозяина и того, кто отъ его имени владѣетъ—владѣльцами. Арендаторъ, пожизненный владѣлецъ, залогодержатель и т. д. являются, по минологіи этого кодекса (§ 868), владѣльцами „непосредственными и“ (*unmittelbare Besitzer*), межъ тѣмъ какъ хозяинъ—владѣльцемъ „посредственными и“ (*mittelbarer Besitzer*). Противъ третьихъ лицъ право на владѣльческую защиту имѣетъ прежде всего владѣлецъ непосредственный, но если онъ защищаться не хочетъ или не можетъ, тогда владѣльческая защита предоставляется владѣльцу посредственному. Если же владѣльческой конфликтъ возникаетъ между ними самими, то предпочтеніе отдается первому, т.-е. владѣльцу непосредственному.

Такимъ образомъ, въ нашей области появилась доселѣ невѣдомая теорія фигура двойного владѣнія на одну и ту же вещь, причеиъ владѣльцы стоятъ не рядомъ другъ съ другомъ (какъ при совладѣніи по долямъ), а одинъ надъ другимъ или одинъ за другимъ, до нѣкоторой степени на подобіе средне-вѣковаго сочетанія *dominium directum* и *utile*. Нужно, впрочемъ, сказать, что теорія гражданскаго права до настоящаго времени не можетъ еще вполне освоиться съ этой новой фигурой: нѣкоторые изъ видныхъ цивилистовъ считаютъ ее крупной законодательной ошибкой. Однако, съ такимъ отрицательнымъ мнѣніемъ едва ли можно согласиться: мы видѣли, какія серьезныя соображенія привели къ созданію этой фигуры. При этомъ нельзя упускать изъ виду, что сплошь и рядомъ отдача вещи во владѣніе другого не вовсе уничтожаетъ фактическое отношеніе къ ней со стороны отдавашаго: если я роздалъ весь свой домъ отдѣльными квартирами внаймы, то это отнюдь не значитъ, что я утратилъ фактическое господство надъ домомъ. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда фактическое господство отдавашаго какъ будто дѣйствительно прекращается (такъ будетъ по преимуществу при передачѣ движимой вещи внаймы, на сохраненіе и т. д.), дарованіе хозяину субсидіарной владѣльческой защиты обозначаетъ лишь предоставленіе ему права защищать (правда, въ своихъ интересахъ) сферу чужого фактическаго господства. Для третьихъ лицъ фактическое владѣніе должно быть неприкосновенно, такъ какъ за нимъ стоитъ чья-то человѣческая личность; кто же

именно выступитъ на защиту этой неприкосновенности, это вопросъ второй, при рѣшеніи котораго могутъ имѣть значеніе различныя соображенія чисто практическаго характера.

Какъ бы то ни было, пусть подлинная юридическая природа двойного владѣнія остается до сихъ поръ недостаточно выясненной, пусть даже практическая нормировка его въ Германскомъ Уложеніи не свободна отъ дефектовъ,—во всякомъ случаѣ общее направленіе для рѣшенія проблемы имъ взято вѣрно. И другія новѣйшія законодательства охотно пошли за нимъ. Двойное владѣніе санкціонируется Швейцарскимъ Уложеніемъ (ст. 920) которое называетъ хозяина „самостоятельнымъ“ владѣльцемъ, а того, кто отъ его имени владѣетъ владѣльцемъ „несамостоятельнымъ“ (*selbständiger—unselbständiger Besitzer*). Равнымъ образомъ реципируетъ эту фигуру и нашъ русскій проектъ, который въ ст. 879 окончательной редакціи говоритъ: „Кто владѣетъ имуществомъ, какъ своимъ собственнымъ, тотъ имѣетъ владѣніе самостоятельное (въ видѣ собственности). Всякое иное владѣніе, въ силу вотчиннаго или договорнаго права, признается производнымъ.—Одно и то же имущество можетъ быть въ самостоятельномъ владѣніи одного лица и вмѣстѣ съ тѣмъ въ производномъ владѣніи другого лица“. Все это, думается, свидѣтельствуетъ о томъ, что въ фигурѣ двойного владѣнія мы имѣемъ нѣчто нужное и жизнеспособное.

Мы коснулись только самыхъ основныхъ вопросовъ, выдвинутыхъ новѣйшимъ развитіемъ въ области владѣнія; но уже ихъ достаточно, чтобы убѣдиться, насколько все въ этой области находится въ настоящее время въ стадіи перестроекъ. Вездѣ стоятъ еще лѣса, изъ-за которыхъ видны лишь общіе контуры вновь создаемаго зданія. Но если мы всмотримся въ общій фонъ этихъ контуровъ, мы замѣтимъ, что девизомъ безличнаго архитектора, создающаго это зданіе, является именно указанный нами этический принципъ уваженія къ человѣческой личности.

XIV.

Обязательства; ихъ общая историческая эволюція.

Если вещныя права представляютъ собою формы юридическихъ отношеній лицъ къ вещамъ, то обязательство является формой юридическихъ, частно-правовыхъ, отношеній лицъ къ лицамъ. Конечно, и вещное право создаетъ известныя отношенія ко всѣмъ членамъ гражданского общества (всякій обязанъ воздерживаться отъ нарушения моей власти надъ вещью), но эти отношенія являются лишь отраженіемъ права на вещь, его дополненіемъ и посредственнымъ результатомъ. Равнымъ образомъ и обязательство можетъ имѣть своею цѣлью предоставленіе кредитору какой-либо вещи, но непосредственно отношенія между кредиторомъ и этой вещью оно не создаетъ: такое отношеніе можетъ явиться только какъ результатъ исполненія обязательства. Общимъ же назначеніемъ этого послѣдняго является установленіе известнаго отношенія между двумя лицами, въ силу котораго одно изъ нихъ (должникъ) дѣлается обязаннымъ къ известному специальному поведенію (дѣйствию или бездѣйствию) по адресу другого (кредитора). Обязательство, такимъ образомъ, создаетъ въ известномъ отношеніи нѣкоторую связанность воли должника, нѣкоторое—прежде всего психическое—принужденіе для него, и съ этой точки зрѣнія всякое обязательство можетъ быть характеризовано, какъ частная норма поведенія для должника въ интересѣ кредитора, какъ нѣкоторое специальное „долженствованіе“ (долгъ).

Однако, понятіе обязательства продѣлало въ исторіи длинную и сложную эволюцію, и въ настоящее время оно далеко не то, чѣмъ оно было въ началѣ своего существованія, въ раннихъ сумеркахъ гражданского быта.

Древнѣйшій зародышъ обязательственныхъ отношеній кроется въ той области, которую мы въ настоящее время называемъ гражданскими правонарушениями или деликтами; договоръ, какъ самостоятельный источникъ обязательствъ, появляется значительно позднѣе. Но и въ области деликтовъ понятіе „долга“ (Schuld)

появилось не сразу, ему предшествовало понятіе „ответственности“ (Haftung)¹⁾.

Какъ известно, древнѣйшее право не вмѣшивалось въ отношенія между лицами по поводу частныхъ правонарушеній—по поводу посягательствъ на жизнь, тѣлесную неприкосновенность и всяческихъ личныхъ и имущественныхъ обидъ: уголовного права въ нашемъ смыслѣ слова не существовало. Вслѣдствіе этого всякое подобное посягательство вызывало въ качествѣ естественной реакціи месть потерпѣвшаго или его близкихъ. Фактъ преступленія создавалъ между преступникомъ и потерпѣвшимъ известное личное отношеніе; пролитая кровь или нанесенная обида связывала обоихъ крѣпкой личной связью, которая могла быть разрѣшена только однимъ путемъ—местью. Обидчикъ подлежалъ мщенію потерпѣвшаго, онъ былъ ответственъ передъ нимъ, отвѣтственъ самою своею личностью. Какого-либо „долга“ передъ потерпѣвшимъ на немъ нѣтъ, ни къ какому исполненію въ пользу потерпѣвшаго онъ не обязанъ, но онъ „обреченъ“ мщенію этого послѣдняго, „ответственъ“ предъ нимъ: есть „Haftung“, но нѣтъ еще „Schuld“.

Однако, мщеніе заключаетъ въ себѣ значительный элементъ риска для самого мстящаго; вслѣдствіе этого оно начинаетъ замѣняться нерѣдко соглашеніемъ о выкупѣ—сначала при преступленіяхъ болѣе легкихъ, гдѣ раздраженіе потерпѣвшаго меньше, а потомъ и при болѣе тяжкихъ. Но и это соглашеніе не создаетъ еще обязательства для обидчика: обязанности уплатить сумму условленнаго вознагражденія для него еще нѣтъ; скорѣе это его право: уплативъ штрафъ, онъ освобождается отъ личной отвѣтственности, межъ тѣмъ какъ при неуплатѣ все возвращается въ прежнее состояніе, т.-е. къ отношеніямъ мести и „обреченности“ (Haftung). Если можно говорить о чьей-либо связанности при наличности соглашенія о выкупѣ, то это будетъ скорѣе условная обязанность потерпѣвшаго (такъ сказать, кредитора): онъ связанъ въ томъ смыслѣ, что обязанъ воздерживаться отъ мщенія.

Вредное вліяніе частной мести на всю общественную жизнь, которую она часто глубоко потрясаетъ, вызывая долговременную, переходящую изъ поколѣнія въ поколѣніе, вражду между цѣлыми семьями, родами, кланами, заставляетъ, наконецъ, нѣсколько окрѣпнувшую государственную власть вмѣшаться сюда со своей регламентаціей. Государство запрещаетъ месть, а взамѣнъ ея санкціонируетъ, въ качествѣ обязательнаго, тотъ порядокъ, который

¹⁾ Ср. къ этому O. Gierke. Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. 1910.

раньше был добровольнымъ, т. е. устанавливаетъ извѣстныя частныя штрафы („вира“, „wehrgeld“ и т. д.) въ видѣ обязательнаго выкупа. Но борьба государства съ обычаемъ мести была нелегкой, и мы видимъ, напр., въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, въ правѣ законовъ XII таблицъ, что частныя штрафы устанавливаются сначала лишь для преступленийъ болѣе легкихъ; преступления болѣе тяжкія влекутъ за собой попрехнему мщенію. Такъ, напр., устанавливая таксированные денежные штрафы за болѣе легкія посягательства на тѣлесную неприкосновенность (побои, реальныя обиды), законы XII т. сохраняютъ еще для случая членовредительства (*membrum iuratum*) мщеніе по правилу „око за око, зубъ за зубъ“ (принципъ *Talionis*); устанавливая штрафъ въ видѣ двойной стоимости вещи для простого воровства, они для того случая, когда воръ былъ пойманъ на мѣстѣ преступления (*furtum manifestum*), разрѣшаютъ его немедленно убить. Государство, очевидно, чувствуетъ себя еще не въ силахъ справиться съ раздраженной до крайности психологіей потерпѣвшихъ. Лишь мало-по-малу запрещеніе мести и расправы распространяется на всѣ виды частныхъ преступленийъ.

Съ установленіемъ частныхъ обязательныхъ штрафовъ впервые возникаетъ юридическое представленіе о нѣкоторомъ „долгѣ“ (*Schuld*) одного лица другому: преступникъ „долженъ“ теперь сумму этого штрафа потерпѣвшему. Но неисполненіе этой обязанности еще долго влечетъ за собой послѣдствія, весьма близко подходящія къ прежней личной расправѣ: древнѣйшій „исполнительный процессъ“ обрушивается исключительно на личность должника и ведетъ къ выдачѣ его „головою“ въ полное распоряженіе кредитора, въ превращеніе его въ раба, и даже къ физическому уничтоженію. Такъ, напр., еще римскіе законы XII т., на случай множественности кредиторовъ, представляли имъ разсѣчь должника на части, — норма, которая является безспорнымъ отголоскомъ стараго представленія о неисправномъ должникѣ, какъ о чловѣкѣ лично и абсолютно „обременномъ“.

Позже, чѣмъ обязательства изъ деликтовъ, получаютъ себѣ юридическое признаніе нѣкоторые отдѣльные виды обязательствъ изъ договоровъ. У разныхъ народовъ эти древнѣйшіе договорные типы не одинаковы, но всегда они представляютъ собою такіе или иные строго формальные акты (формализмъ древняго права), и всегда неисполненіе ихъ влечетъ за собой такую же личную отвѣтственность, „обременность“ (*Haftung*) должника, какъ и обязательства изъ правонарушенийъ. Древнее

право не различаетъ еще правонарушенія уголовнаго и гражданскаго; послѣднее обыкновенно вызываетъ такую же психологическую реакцію въ душѣ потерпѣвшаго, какъ и первое, и приводитъ къ такой же личной расправѣ надъ неисправнымъ должникомъ. Однимъ изъ наиболее раннихъ видовъ договорнаго обязательства является поручительство въ видѣ заложничества, лицо, обязанное къ исполненію чего-либо (къ платежу штрафа, къ явкѣ на судъ и т. д.), даетъ противной сторонѣ заложника, который и является затѣмъ порукой. Но любопытно при этомъ то обстоятельство, что представленіе заложника переносило всю отвѣтственность на этого послѣдняго: при неисправности въ исполненіи обязательства истинный должникъ остается въ сторонѣ: а вся отвѣтственность обрушивается на заложника; онъ подлелжитъ теперь полному произволу кредитора, который можетъ его убить, продать или удержать у себя въ качествѣ раба¹⁾. Къ тому же результату приводитъ и древнѣйшее римское обязательство формальнаго займа — *pignus*: должникъ при самомъ заключеніи договора обрекалъ себя („*dampnas esto*“), самую свою личность, на случай неисправности, въ полное распоряженіе кредитора, вслѣдствіе чего „исполнительный процессъ“ по такому обязательству выливается въ форму легализованнаго овладѣнія личностью должника путемъ „наложенія руки“ (*manus injectio*).

Все изложенное свидѣтельствуетъ о томъ, что примитивное обязательство мыслилось, какъ нѣкоторая чисто личная связь между кредиторомъ и должникомъ, въ силу которой послѣдній является отвѣтственнымъ, „обременнымъ“ первому. Идея „долга“ (*Schuld*) исчезла въ идеѣ „отвѣтственности“ (*Haftung*); возможные отдѣльные виды „долга“ представлялись лишь поводами (*causae*) для этой послѣдней; быть должникомъ значило въ то время во всѣхъ случаяхъ одинаково быть „обременнымъ“ власти, произволу кредитора. Въ частности, имущественная сторона обязательства (если, вообще, дѣло шло объ имуществѣ) не поступала наружу: различа въ суммѣ долга не оказывала никакого вліянія на юридическія послѣдствія неисправности: неуплата большой или малой суммы влекла за собой одинаково полное поступленіе должника во власть кредитора со всѣми яч вышеупомянутыми атрибутами. Конечно, эта различа имѣла значеніе фактическое: при долгѣ въ незначительной суммѣ скорѣе могли найтись люди, которые пожелаютъ должника выкупить, — но если таковыхъ не находилось, кредиторъ могъ распорядиться съ должникомъ, какъ

¹⁾ Cp. Gierke, l. cit. стр. 51.

хотѣль. Идея имущественнаго взысканія была вообще чужда этой стадіи обязательственныхъ отношеній: овладѣніе личностью должника при неисправности отнюдь не было только средствомъ для понужденія его къ исполненію; оно было самостоятельнымъ осуществленіемъ той личной „обремененности“, которая составляла основное содержаніе всякаго обязательства того времени.

Дальнѣйшее развитіе обязательственныхъ отношеній идетъ у разныхъ народовъ разными путями, но общее направленіе этого развитія заключается въ постепенномъ ослабленіи, а затѣмъ и полномъ уничтоженіи личной отвѣтственности должника. Сначала запрещается убійство должника или продажа его въ чужія руки; затѣмъ рабство у кредитора превращается въ простую долговую кабалу, длящуюся только до отработки долга, или личное задержаніе, имѣющее своею цѣлью побудить должника или его близкихъ къ покрытію долга. Но и въ томъ и въ другомъ смыслѣ личная отвѣтственность чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе утрачивается реальное значеніе и вступаетъ въ коллизію съ развивающимся чувствомъ личной свободы. Частное задержаніе кредиторомъ замѣняется долговыми тюрьмами и приобретаетъ характеръ нѣкотораго наказанія за неисправность. Наконецъ, и эти послѣднія исчезаютъ, и тюремное заключеніе сохраняется только въ видѣ обыкновеннаго уголовного наказанія не за неисполненіе, какъ таковое, а за извѣстные виды банкротства (злостное банкротство). вмѣстѣ съ тѣмъ обязательство должно было, конечно, самымъ рѣшительнымъ образомъ измѣнить свой характеръ; въ самое его понятіе стало вкладываться иное содержаніе.

На первый планъ вступаетъ имущественная сторона. Съ развитіемъ экономическаго оборота обязательство дѣлается основною формою этого послѣдняго, и чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе эта его функція выступаетъ впередъ. Если въ древнѣйшее время главнымъ случаемъ обязательствъ были правонарушенія, то теперь соотношеніе мѣняется: обязательства изъ деликатовъ стали теряться передъ подавляющей массой обязательствъ изъ договоровъ. Гражданская жизнь перестаетъ удовлетворяться исконными прадѣдовскими шаблонами; развивающаяся личность беретъ хозяйственную иніціативу въ свои руки и въ договорѣ находитъ надлежащее средство для ея осуществленія. Стѣснительный формализмъ древняго права постепенно смягчается, а затѣмъ и вовсе отпадаетъ; необходимость опредѣленной формы сохраняется лишь для нѣкоторыхъ исключительныхъ по своему значенію договорныхъ типовъ. Договоръ дѣлается живымъ факторомъ интенсивнаго имущественнаго общенія, и это накладываетъ свой отпечатокъ на самый харак-

теръ обязательства. Если прежде задавалъ тонъ въ этомъ отношеніи деликтъ съ его идеей личнаго мщенія, то теперь опредѣляющая роль переходитъ къ договору съ его основной имущественной функціей.

Эта перемена отражается въ цѣломъ рядѣ явленій, изъ которыхъ мы отмѣтимъ только самыя существенныя.

Прежде всего она вызываетъ только-что указанное отпаденіе личной отвѣтственности должника и перенесеніе взысканія по обязательству на его имущество. Цѣлью обязательства въ огромномъ большинствѣ случаевъ является полученіе извѣстной имущественной цѣнности отъ должника, и подъ влияніемъ этой преобладающей цѣли вырабатываются формы для такого имущественнаго взысканія. вмѣстѣ съ тѣмъ въ дѣловомъ оборотѣ все болѣе и болѣе начинаютъ смотрѣть на обязательство лишь какъ на нѣкоторую имущественную статью: требованіе составляетъ часть въ имуществѣ кредитора, долгъ — нѣкоторый минусъ въ имуществѣ должника; въ цѣломъ обязательство представляется нѣкоторой особой формою отношенія между кредиторомъ и имуществомъ этого послѣдняго. Личность должника исчезаетъ за его имуществомъ и, если еще сохраняетъ значеніе, то почти лишь какъ центръ, вокругъ котораго стягивается подлежащее отвѣтственности имущество. „Обязательство, — говоритъ, напр. Зомъ !), — связываетъ не волю должника, а только обязываетъ его имущество. Долгъ есть только уменьшеніе его имущества, а не его свободы. Долговое право есть часть имущественнаго права“.

Превратившись главнымъ образомъ въ имущественное отношеніе, обязательство вступило на путь циркуляціи и само сдѣлалось объектомъ оборота. Пока оно было чисто личной связью двухъ лицъ, связью, проникнутой еще значительнымъ эмоциональнымъ элементомъ, ни о какой переуступкѣ обязательства отъ одного лица къ другому не могло быть рѣчи. Но когда оно стало въ рукахъ кредитора правомъ на полученіе нѣкоторой цѣнности изъ имущества должника, никакихъ препятствій для его перехода изъ рукъ въ руки не существуетъ: должнику все равно, кому платить. Право допускаетъ переуступку требованій и направляетъ свое вниманіе на то, чтобы создать болѣе легкія формы для ихъ циркуляціи.

Постепенно работая въ этомъ направленіи, оно дошло до признанія обязательствъ на предьявителя: должникъ сразу, въ подписываемомъ имъ документѣ, изъявляетъ согласіе

1) Systematische Rechtswissenschaft. стр. 36.

уплатить тому, кто этот документ предъявит. Отвлечение от личного элемента достигается в этих обязательствах своего кульминационного пункта: должник не знает своего кредитора и не интересуется его узнать. Обязательство стало просто цѣнной бумагой, воплощеніемъ нѣкоторой денежной цѣнности, гарантированной опредѣленнымъ имуществомъ. Легенда о царѣ Мидасѣ воспоминается снова...

Но какъ ни естественна вся эта перемена въ пониманіи обязательства, она въ то же время чревата и опасностями: за извѣстными предѣлами начинается односторонность, приводящая къ неправильнымъ и вреднымъ выводамъ.

Сосредоточивъ свое вниманіе на томъ, что обязательство есть средство для получения извѣстной денежной суммы изъ имущества должника, мы рискуемъ прежде всего придать чрезмѣрное значеніе моменту взысканія. Можетъ показаться, что тамъ, гдѣ такого взысканія нѣтъ, нѣтъ и обязательства. И дѣйствительно, еще у римскихъ юристовъ мы встрѣчаемъ изреченія вродѣ того, что должникомъ можетъ быть названъ только тотъ, у кого помимо его воли могутъ быть взысканы деньги („debitor intelligitur esse is, a quo invito pecunia exigi potest“). Между тѣмъ такой выводъ былъ бы абсолютно неправильнымъ. Тѣмъ же римскимъ юристамъ рядомъ съ обязательствами исковыми, снабженными искомъ и взысканіемъ, были извѣстны и обязательства неиссковыя, которыя они называли *натуральными* (*obligationes naturales*). Никакого взысканія такія обязательства не допускали, и тѣмъ не менѣе они не были юридическимъ нулемъ: добровольно по такому обязательству уплоченное не могло быть требуемо обратно, какъ недолжно уплоченное; такое обязательство могло быть основаніемъ для поручительства, залога и т. д. Словомъ, во всѣхъ случаяхъ этого рода есть „долгъ“ (*Schuld*), хотя и нѣтъ (имущественной) „отвѣтственности“ (*Haftung*). Правда, долгое время считали, что такія натуральныя обязательства свойственны только старому римскому праву съ его рабствомъ и другими специфическими институтами, на почвѣ которыхъ возникли эти обязательства; однако, болѣе внимательное изученіе современнаго права обнаружило, что они есть вездѣ, во всякой системѣ гражданскаго права. Исчезло, конечно, рабство и разныя другія постановленія позитивнаго римскаго права, но взамѣнъ ихъ современное право знаетъ иные случаи, когда есть долгъ, но нѣтъ иска. Таково, напр., обязательство послѣ погашенія иска давностью: согласно господствующему ученію западно-европейской юриспруденціи, давность уничтожаетъ искъ, но не долгъ. Таково, далѣе,

обязательство изъ игры; иска объ уплатѣ выигрыша предъявить нельзя, но и потребовать обратно уже уплоченное тоже нельзя. И такъ далѣе. Въ разныхъ правовыхъ системахъ случаи подобныхъ натуральныхъ обязательствъ могутъ быть разные, но важно то, что ни въ одной изъ нихъ система обязательствъ не исчерпывается обязательствами исковыми; рядомъ съ ними существуютъ обязательства безъ взысканія и, слѣдовательно, это послѣднее не составляетъ непремѣннаго признака обязательства, какъ такового.

Тотъ же уклонъ въ представленіи объ обязательствахъ приводитъ часто къ заключенію, что имущественное взысканіе есть единственная принципиально возможная санкція обязательствъ: каково бы ни было содержаніе обязательства, единственнымъ послѣдствіемъ его неисполненія можетъ быть только взысканіе причиненныхъ этимъ неисполненіемъ имущественныхъ убытковъ. На этомъ основаніи, напр., нѣкоторые изъ нашихъ русскихъ цивилистовъ считаютъ извращеніемъ обязательственной природы такія постановленія, какъ ст. 1513 нашихъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ или ст. 133 нашего (внесеннаго въ Государственную Думу) проекта объ обязательствахъ, въ силу которыхъ „вѣритель, въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства, имѣющаго предметомъ передачу особливо опредѣленнаго имущества, въ правѣ просить судъ объ отобраніи имущества отъ должника и передачѣ ему, вѣрителю“¹⁾. Въ этомъ постановленіи усматриваютъ внесеніе въ обязательство чуждаго ему вещно-правового элемента. Но съ этимъ мнѣніемъ согласиться невозможно. Требованіе кредитора о передачѣ ему *in natura* купленной вещи, разъ она находится въ рукахъ должника, или о передачѣ ему сданной квартиры, разъ она еще никѣмъ не занята, опирается, конечно, не на его вещное право, котораго у него нѣтъ, а на его обязательственное право, въ силу котораго должникъ обязанъ къ такой передачѣ. Къ какимъ средствамъ прибѣгнетъ право для вынужденія исполненія, — это вопросъ не существа обязательства, а практической цѣлесообразности. Теоретически наиболѣе идеальнымъ средствомъ было бы такое, которое доставляло бы кредитору именно то, что составляетъ содержаніе обязательства, и тамъ, гдѣ это технически возможно, какъ это имѣетъ мѣсто въ приведенныхъ случаяхъ, праву нѣтъ ника-

¹⁾ Шершеневичъ. Учебникъ русск. гражд. права. Изд. 10, 1912. стр. 441—442.—Трепицынъ. Гражд. право губерній Царства Польскаго и русское. Общая часть обяз. права. 1914, стр. 6 и сл.

ких оснований отказываться от исполнения *in natura*. Лишь там, где это невозможно или по тѣмъ или другимъ соображениямъ нецѣлесообразно, приходится довольствоваться средствами косвенными. И не слѣдуетъ при этомъ забывать, что денежное взысканіе является прямымъ удовлетвореніемъ кредитора лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ содержаніе обязательства состояло въ опредѣленной денежной суммѣ; во всѣхъ же остальныхъ оно служитъ лишь косвеннымъ средствомъ для побужденія должника и суррогатомъ исполненія для кредитора. Въ виду этого ошибочно провозглашать это средство въ качествѣ единственнаго. Если обязательство есть право на дѣйствіе должника, которое не можетъ совершиться помимо его воли, то исполнѣ мыслимы и разныя другія средства, которыя могутъ оказать вліяніе на эту волю: мыслима угроза штрафомъ, даже личнымъ арестомъ и т. д. И дѣйствительно, современные законодательства знаютъ отдѣльные примѣненія этихъ мѣръ. Можно спорить по поводу желательности или нежелательности ихъ въ томъ или въ другомъ случаѣ, но, повторяемъ, это вопросъ практической цѣлесообразности, а не самаго существа обязательственныхъ отношеній.

Наконецъ, мы видѣли, какую роль играетъ это одностороннее представленіе объ обязательствѣ въ вопросѣ о договорахъ относительно дѣйствій неимущественнаго характера. Здѣсь эта односторонность, можно сказать, достигаетъ своего кульминаціоннаго пункта: имущественная сторона является единственной; все остальное отбрасывается, какъ незаслуживающее правовой охраны. Но мы говорили уже о томъ, насколько неосновательно подобное небреженіе къ весьма важнымъ интересамъ человѣческаго существованія, и насколько оно противорѣчитъ развивающемуся культурному правосознанію. Пусть Мидасъ превращаетъ многое въ золото, но онъ не можетъ заставить насъ забыть о томъ, что человѣкъ нуждается для своей жизни не только въ золотѣ.

Правильное представленіе объ обязательствѣ должно быть одинаково далеко какъ отъ крайностей примитивной личной „обременности“ должника, такъ и отъ крайностей „имущественности“. Обязательство не можетъ заключать въ себѣ превращенія должника въ объектъ, но, съ другой стороны, оно не исчерпывается и простымъ отношеніемъ къ имуществу. Оно есть юридическая форма отношеній между лицами-субъектами, и его общую цѣлью является установленіе нѣкоторой специальной обязанности одного изъ нихъ въ пользу другого, нѣкотораго специального поведенія должника въ интересахъ кредитора. Всѣ мы обязаны, въ силу

общей нормы закона къ извѣстному, общему для всѣхъ, поведенію по отношенію къ другимъ; всѣ мы обязаны воздерживаться отъ посягательствъ на жизнь, тѣлесную неприкосновенность, свободу и т. д. другихъ; но болѣе тѣсныя отношенія между людьми создаютъ сплошь и рядомъ нужду въ болѣе конкретномъ регулированіи взаимнаго поведенія, въ установленіи такихъ или иныхъ специальныхъ нормъ для него. Такими специальными нормами и являются обязательства. Къ чему сводится эта специальная обязанность должника, взятая имъ на себя по договору или возложенная на него (при деликтахъ) закономъ, это все равно, это опредѣляется конкретными условіями и конкретными потребностями жизни; но никакъ нельзя отрицать того, что всякое обязательство имѣетъ свою цѣлью создать нѣкоторую связанность воли должника, принудить его къ извѣстному поведенію въ интересахъ кредитора. И постольку во всякомъ обязательствѣ заключается нѣкоторый личный элементъ, игнорировать который невозможно. Въ однихъ обязательствахъ онъ больше, въ другихъ меньше; въ однихъ условленное въ договорѣ поведеніе имѣетъ болѣе личный характеръ, въ другихъ менѣе; — но какъ всякое поведеніе зависитъ отъ воли лица, такъ и всякое обязательство есть допустимая закономъ форма давленія на эту волю способъ созданія нѣкоторой дополнительной „мотиваціи“.

XV.

Обязательства изъ договоровъ. Проблема договорной свободы.

Договоръ, какъ мы видѣли, по самому своему назначенію есть способъ регулированія отношеній между частными лицами подобно ихъ индивидуальнымъ интересамъ и потребностямъ. Естественно поэтому, что зиждущей силой всякаго договора является съоглашеніе сторонъ, т.-е. ихъ воля. Юридическія послѣдствія договора принципиально наступаютъ именно потому, что ихъ желали авторы договора.

Но воля есть внутренней психической моментъ, который самъ по себѣ для постороннихъ лицъ неуловимъ; для того, чтобы воля одного лица могла послужить основаніемъ для соглашенія съ другимъ, необходимо, чтобы она была проявлена въ какихъ-нибудь внѣшнихъ знакахъ (словахъ, письмѣ, дѣйствіяхъ), которые давали бы возможность судить о ея наличности. Другими словами, для возникновенія договора, какъ и всякаго юридическаго акта, необходима не только воля, но и волеизъявленіе.

Однако, въ силу самыхъ разнообразныхъ причинъ можетъ случиться, что воля изъявленная не будетъ соответствовать волѣ внутренней, воля на основаніи внѣшнихъ знаковъ кажущаяся, не будетъ соответствовать волѣ дѣйствительной. Таковы случаи оговорки, описки, волеизъявленія въ шутку и т. д. Лицо хотѣло купить, но по расъбѣнности сказало вмѣсто „продайте“ „купите“; вмѣсто „продайте за тринадцать“ написало „продайте за тридцать“ и т. д.

Не менѣе часты случаи, когда даже несомнѣнная въ моментъ заключенія договора воля страдаетъ настолько существенными пороками, что ее трудно признать въ истинномъ смыслѣ дѣйствительной. Таковы случаи ошибки, обмана, принужденія. Я дѣйствительно хотѣлъ купить данную вещь, но, напримѣръ, потому, что считалъ ее золотомъ, межъ тѣмъ, какъ она оказалась мѣдною; я

дѣйствительно обѣщаль вамъ уплатить извѣстную сумму, но лишь потому, что былъ вынужденъ къ тому вашей угрозой, и т. д.

Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ мы имѣемъ передъ собой по существу одно и то же явленіе—разладъ между волей дѣйствительной и волей изъявленной, между волей и волеизъявленіемъ. И передъ правомъ возникаетъ вопросъ о томъ, какъ быть въ подобныхъ случаяхъ, чему отдать предпочтеніе—волѣ изъявленной или волѣ дѣйствительной?

Вопросъ не вызываетъ сомнѣній тогда, когда этотъ разладъ былъ извѣстенъ противной сторонѣ, напримѣръ, тогда, когда контрагентъ зналъ, что въ слова или письмо изъявившаго волю вкралась оговорка или описка; тогда, когда онъ понималъ, что обѣщаніе было дано въ шутку; тѣмъ болѣе тогда, когда волеизъявленіе было вызвано его же обманомъ или угрозой. Признавать волеизъявленіе обязательнымъ для его автора въ подобныхъ случаяхъ нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній.

Но положеніе въ высокой степени осложняется тогда, когда разладъ между волей и волеизъявленіемъ не былъ извѣстенъ и не могъ быть извѣстенъ контрагенту, когда этотъ послѣдній имѣлъ основанія считать волю изъявленную за дѣйствительную. Передъ правомъ возникаетъ тогда крайне трудная дилемма. Съ одной стороны, кажется противорѣчащимъ природѣ договора возложеніе на изъявившаго волю обязанность, который онъ въ дѣйствительности не желалъ; съ другой стороны, нельзя игнорировать и интересы контрагента, который, положившись на волеизъявленіе, могъ предпринять дальнѣйшіе дѣловые шаги, и для котораго разрушеніе договора можетъ причинить весьма серьезные убытки.

Намъ уже приходилось упоминать о томъ, что для древняго права этой проблемы не существовало. Присущій ему формализмъ (подкрѣплявшійся строгою формальностью всякихъ сдѣлокъ) исключалъ возможность самаго вопроса о внутренней, дѣйствительной волѣ: все, торжественно сказанное, становилось закономъ; формула дѣловаго обѣщанія была въ глазахъ древняго человѣка не простымъ выраженіемъ мыслей, а чѣмъ-то значительно большимъ—нѣкоторымъ мистическимъ заклѣтіемъ, „обреченіемъ“. Естественно поэтому, что всякое слово такой торжественной формулы было неприкосновеннымъ, что вся она получала самодовлѣющую непререкаемую силу. „Ein Mann—Wein ort“—гласитъ старая нѣмецкая поговорка; „слово не воробей, вылетитъ—не поймешь“, отвѣчаетъ русская. Мы упоминали также о томъ, что вслѣдствіе этого даже сдѣлка, заключенная подъ вліяніемъ принужденія, считалась неоспоримой.

Но постепенно этот формализм испаряется; самодовольшее значение словъ исчезаетъ, и тогда передъ правомъ встаетъ во весь ростъ указанная выше дилемма.

Уже римскіе юристы имѣли съ ней дѣло; уже у нихъ мы находимъ цѣлый рядъ весьма тонкихъ рѣшеній ея въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ, — но при всемъ томъ какого-либо стоящаго внѣ спора, принципиальнаго разрѣшенія ея они не дали. Остается спорной она и по сей день.

Въ теченіе всей первой половины XIX столѣтія общее мнѣніе юриспруденціи склонялось на сторону предпочтенія воли волеизъявленію. Исходя изъ той отвлеченной выше мысли, что создающая сила всякой сдѣлки заключается въ истинной волѣ сторонъ приходили къ выводу, что тамъ, гдѣ такой воли нѣтъ, не можетъ быть и рѣчи о юридическомъ эффектѣ договора: есть только видимость послѣднего, а не его сущность.

Со второй половины столѣтія, однако, эта такъ называемая чистая волевая теорія (reine Willenstheorie) начинаетъ все чаще и чаще подвергаться сомнѣнію и критикѣ. Развитие интенсивнаго, порою даже лихорадочнаго оборота начинаетъ ощущать эту теорію, какъ серьезную помѣху. Все энергичнѣе и настойчивѣе раздаются голоса о томъ, что нельзя игнорировать интересы ни въ чемъ неповинныхъ контрагентовъ, нельзя приводить въ жертву индивидуальной ошибкѣ или опискѣ весь ходъ гражданскаго оборота съ его непрерывнымъ сцепленіемъ дѣловыхъ отношеній. Каждый въ правѣ довѣрять волеизъявленіямъ другихъ, полагаться на нихъ, какъ на нѣчто серьезное и реальное. Съ другой стороны, каждый долженъ нести на себѣ отвѣтственность за всѣ свои дѣйствія, за всѣ свои волеизъявленія, за свое не только „быть“, но и „казаться“¹⁾. И подъ влияніемъ этихъ соображеній „волевой теоріи“ была противопоставлена „теорія изъясненія“ (Erklärungstheorie), или „теорія довѣрія“ (Vertrauenstheorie), или, еще иначе, „теорія оборота“ (Verkehrstheorie): договоръ долженъ быть признаваемъ дѣйствительнымъ и нерушимымъ.

Нетрудно замѣтить, что эта послѣдняя теорія является лишь отраженіемъ того общаго теченія, о которомъ приходилось уже говорить выше, и которое въ области вещнаго оборота привело къ установленію принципа „Hand muss Hand wahren“ по отношенію къ движимости и принципа публичной достовѣрности вотчинной записки по отношенію къ недвижимости. Какъ тамъ, такъ и здѣсь

¹⁾ Ср. Neubecker. Haftung für Wort und Werk. 1910, стр. 27.

основной тенденціей этого теченія является соединеніе юридическаго эффекта съ такими или иными внѣшними, для участниковъ оборота легко распознаваемыми фактами, санкціонированіе „довѣрія къ внѣшнимъ фактамъ“ („Verttauen auf äussere Thatbestände“).

Нужно, однако, сказать, что если въ области вещныхъ правъ это теченіе встрѣчаетъ только одиночные протесты, то въ области договоровъ его успѣхи далеко не столь рѣшительны. Правда, „волевая теорія“ должна была поступиться значительной долей своей категоричности, но зато и „теорія довѣрія“ въ ея первоначальной непримиримой абсолютности защищается въ настоящее время сравнительно немногими. Столкновеніе привело къ взаимнымъ уступкамъ, и если споръ между обѣими теоріями еще продолжается, то лишь въ томъ, какая изъ этихъ двухъ точекъ зрѣнія должна быть положена въ основу въ видѣ общаго, отправнаго принципа¹⁾.

Не вдаваясь здѣсь въ сколько-нибудь детальное обсужденіе этого богатаго разнообразными трудностями спора, отмѣтимъ только слѣдующее.

Не подлежитъ въ настоящее время никакому сомнѣнію то обстоятельство, что во всѣхъ случаяхъ ошибки, описки и т. д. интересы другого контрагента не могутъ быть игнорируемы. Но правильно ли дѣлать отсюда тотъ выводъ, который дѣлаетъ „теорія оборота“, и требовать на этомъ основаніи полной дѣйствительности договора? Соответствуетъ ли это, въ самомъ дѣлѣ, тому принципу „доброй совѣсти“ (Treu und Glauben), на который ссылаются при этомъ представители названной теоріи?

Мы думаемъ, что нѣтъ. Конечно, контрагентъ лица, впавшаго въ ошибку, долженъ получить вознагражденіе за вредъ, имъ дѣйствительно понесенный, за вредъ, происшедшій отъ того, что онъ положился на серьезность сдѣланнаго ему волеизъявленія. Другими словами, онъ въ правѣ требовать того, что носитъ названіе „отрицательнаго договорнаго интереса“ (negatives Vertragsinteresse). Если, напримѣръ, я продалъ вамъ картину, ошибочно полагая, что она только копія, межъ тѣмъ какъ въ дѣйствительности она представляетъ цѣнный оригиналъ, то, разумеется, я обязанъ возмѣстить вамъ издержки, понесенныя вами на присылку людей или извозчика для ея перевозки. Но нѣтъ никакихъ основаній идти дальше этого и давать вамъ право требовать передачи самой картины или уплаты ея (конечно, высокой)

¹⁾ Ср. Endemann. Lehrbuch des bürgerl. Rechts. T. I, 1903, стр. 334, прим.

стоимости, т. е. того, что называется „положительным договорным интересом“ (positives Vertragsinteresse). Ошибка одного лица не может быть признана достаточным этическим и социальным основанием для обогащения на его счет другого. Если бы этого требовал принцип „доброй совести“, то онъ самъ имѣлъ бы въ высокой степени сомнительную цѣнность.

И дѣйствительно, именно на эту точку зрѣнія становятся новѣйшія законодательства. Только возмѣщеніе „отрицательнаго договорнаго интереса“ даетъ § 122 Германскаго Уложенія, и притомъ съ тѣмъ ограниченіемъ, что этотъ отрицательный интересъ не можетъ превышать того, что контрагентъ получилъ бы при полной дѣйствительности договора. Такое же правило содержитъ и ст. 33 нашего русскаго (внесеннаго въ Госуд. Думу) проекта объ обязательствахъ. Наконецъ, тотъ же принципъ усваиваетъ себѣ Швейцарское обязательственное уложеніе 1911 г., однако, со слѣдующей характерной для этого кодекса добавкой: „тамъ, гдѣ это соотвѣтствуетъ справедливости, судья можетъ присудить возмѣщеніе и дальнѣйшихъ убытковъ“ (ст. 26: „Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen“). Нужно, впрочемъ, сказать, что вообще всѣ нормы Швейцарскаго Уложенія относительно ошибки поставлены подъ верховный контроль „справедливости“: ст. 25 говоритъ, что ссылка на ошибку вообще допустима только тамъ, гдѣ это не противорѣчитъ началу „Treu und Glauben“. Но уклоняясь въ сторону „теоріи оборота“ въ этомъ отношеніи, Швейцарское Уложеніе значительно отклоняется отъ нея въ другомъ: въ то время, какъ Германское Уложеніе и нашъ русскій проектъ возлагаютъ на контрагента, впаваго въ ошибку, безусловную обязанность возмѣщенія отрицательнаго договорнаго интереса, Швейцарское Уложеніе признаетъ эту обязанность лишь въ томъ случаѣ, если онъ впалъ въ ошибку по собственной небрежности, т. е. при наличности вины съ его стороны (ст. 26). Думаемъ, что какъ одно, такъ и другое отклоненіе не представляетъ усовершенствованія, и что нормы Германскаго Уложенія или нашего проекта заслуживаютъ безусловнаго предпочтенія.

Что касается, въ частности, отвѣтственности лица, впаваго въ ошибку только при наличности вины, то именно по отношенію къ этому случаю имѣетъ полное значеніе возраженіе сторонниковъ „теоріи оборота“ о томъ, что вопросъ о винѣ здѣсь неумѣстно ставить: каждый, вступая въ дѣловыя переговоры съ посторонними лицами и вызывая этимъ ихъ на дѣловыя сношенія съ собой, естественно беретъ на себя и рискъ за всѣ тѣ убытки

которые могутъ произойти для этихъ послѣднихъ вслѣдствіе какихъ либо неправильностей въ его заявленіяхъ. Въ этомъ отношеніи „теорія оборота“ безусловно права; ея преувеличеніе заключается только въ томъ, что она выводитъ отсюда не необходимость возмѣщенія „отрицательнаго договорнаго интереса“, а полную дѣйствительность договора.

Съ другой стороны, ограниченіе права оспаривать договоръ, заключенный подъ вліяніемъ ошибки, только тѣми случаями, когда такое оспариваніе не противорѣчитъ началу „Treu und Glauben“, лишаетъ самую норму закона всякой опредѣленности. О понятіи „Treu und Glauben“ намъ приходилось говорить уже выше (гл. VI); придется коснуться его и ниже; поэтому сейчасъ останавливаться на немъ мы не будемъ.

Какъ бы то ни было, но если мы оставимъ всѣ подобныя „отклоненія“ въ сторонѣ, то мы увидимъ, что всѣ новѣйшія законодательства въ видѣ основнаго принципа въ области договоровъ признаютъ принципъ не изъявленія, а воли: только согласная и подлинная воля сторонъ можетъ послужить основаніемъ для возникновенія предполагаемыхъ договоромъ правъ и обязанностей. И полагаемъ, что только такую точку зрѣнія можно признать правильной: въ нормальной граждански-правовой жизни не слѣпая случайность описки, ошибки и т. д., а только сознательная и свободная воля людей можетъ быть поставлена въ качества активнаго, правотворящаго агента. Только въ принципѣ воли можетъ найти себѣ надлежащее выраженіе идея частной автономіи личности, и отказъ отъ этого принципа лишилъ бы гражданское право той ариадниной нити, которая единственно можетъ провести его черезъ запутанный лабиринтъ всевозможныхъ коллизій.

* * *

Всякій договоръ является осуществленіемъ частной автономіи, осуществленіемъ той активной свободы, которая составляетъ необходимое предположеніе самаго гражданскаго права. Вслѣдствіе этого верховнымъ началомъ во всей этой области является принципъ договорной свободы. Въмѣстѣ съ началомъ частной собственности этотъ принципъ служитъ однимъ изъ краеугольныхъ камней всего современнаго гражданскаго строя. Уничтоженіе этого принципа обозначало бы полный параличъ гражданской жизни, обреченіе ея на неподвижность.

Но этотъ принципъ имѣетъ свое отрицательное и свое положительное выраженіе.

Прежде всего, съ отрицательной стороны, принцип договорной свободы обозначает то, что противъ свое й воли никто не обязанъ вступать въ договоръ. Положеніе это представляется естественнымъ, и тѣмъ не менѣе въ современномъ правѣ извѣстны случаи, когда оно терпитъ извѣстныя ограниченія. Есть предпріятія, которыя являются въ своей области монополиями; иногда они находятся въ рукахъ государства (почта, телеграфъ), иногда же только этимъ послѣднимъ концессионированы (железныя дороги). Примѣненіе къ нимъ указанного правила ставило бы всѣхъ частныхъ лицъ въ полную зависимость отъ ихъ произвола, вслѣдствіе чего для нихъ устанавливается общая обязанность вступать въ договоры, входящіе въ сферу отведенной имъ дѣятельности (такъ наз. Kontrahierungszwang). Отказъ отъ профессиональныхъ услугъ безъ уважительныхъ причинъ можетъ послужить основаніемъ для иска объ убыткахъ. Но если такая обязанность ко вступленію въ договоръ по отношенію къ предпріятіямъ концессионированнымъ является общепризнанной, то въ новѣйшее время ставится вопросъ о распространеніи этой обязанности на всѣ вообще предпріятія, предлагающія свои услуги публикѣ—аптеки, магазины, стоящихъ на улицѣ извозчиковъ и т. д. ¹⁾ И думается, что это было бы правильно: всякій въ правѣ разсчитывать, что тѣ услуги, которыя предлагаются публикѣ вообще, будутъ оказаны и ему; открытіе предпріятія для публики должно быть сопряжено и съ соответствующей обязанностью.

Съ положительной стороны принципъ договорной свободы обозначаетъ право частныхъ лицъ заключать договоры лю бо го содержания. Это неизбежное послѣдствіе самого назначенія договора служить формой для опредѣленія частныхъ отношеній, для удовлетворенія индивидуальныхъ интересовъ. И мы видѣли уже, какъ съ теченіемъ времени эта положительная сторона договорной свободы расширяется. Мы видѣли какъ развивающееся гражданское право переходитъ отъ системы только опредѣленныхъ типовыхъ договоровъ (такъ наз. *numerus clausus договорныхъ типовъ*) къ общему признанію всякихъ договоровъ дѣйствительными, независимо отъ ихъ соответствія тому или другому регулированному въ законѣ образцу. Мы говорили также о томъ, какъ падаетъ предубѣжденіе противъ договоровъ на дѣйствія неимущественнаго характера. Вмѣстѣ съ ростомъ личности расширяется и положительное содержание принципа договорной свободы.

¹⁾ Cp. Dernburg. Das bürgerl. Recht. T. II, § 83.

Но въ то же время очевидно, что эта свобода не можетъ быть безграничной. Право не можетъ санкционировать договора объ убійствѣ, о возбужденіи бунта противъ властей и т. д.; это обозначало бы уничтоженіе самого порядка. Извѣстныя ограниченія принципа договорной свободы неизбежны, и весь вопросъ заключается только въ томъ, какъ далеко они могутъ идти и въ какихъ терминахъ они могутъ быть выражены. А это раскрываетъ предъ нами новую и чрезвычайно трудную проблему,—быть можетъ, одну изъ самыхъ труднѣйшихъ проблемъ всего гражданского права.

Не подлежатъ, конечно, сомнѣнію, что недопустимъ договоръ, противный закону: государство имѣетъ право опредѣлять необходимыя условія общезаконныя, и естественно, что частнымъ лицамъ не можетъ быть предоставлена возможность идти противъ закона и разрушать устанавливаемый имъ порядокъ. Такъ же естественно, въ частности, что законъ можетъ вносить тѣ или другія ограниченія въ область частныхъ соглашеній, можетъ запрещать, напр., наемъ малолѣтнихъ дѣтей на фабричныя работы, можетъ устанавливать maximum рабочихъ часовъ и т. д. Въ зависимости отъ тѣхъ или иныхъ соображеній государство можетъ идти по пути этихъ ограниченій ближе или дальше, и вмѣстѣ съ тѣмъ договорная свобода частныхъ лицъ будетъ соответственно суживаться и расширяться. Подобно тому, какъ говорить объ эластичности права собственности, можно говорить объ эластичности договорной свободы. Каждое такое устанавливаемое закономъ ограниченіе подлежитъ разумнѣе, оцѣнкѣ съ точки зрѣнія своей желательности и цѣлесообразности, но самый принципъ верховенства закона, повторяемъ, не можетъ возбуждать сомнѣній.

Дѣло, однако, въ высокой степени осложняется тѣмъ, что во всѣхъ современныхъ законодательствахъ принципъ договорной свободы подвергается ограниченію не только со стороны закона, но и со стороны нѣкоторыхъ другихъ внѣзаконныхъ критеріевъ. Въ качествѣ таковыхъ являются обыкновенно „общественный порядокъ“ и „добрыя нравы“. Законъ, такимъ образомъ, какъ бы не довѣряя своей бдительности, привлекаетъ въ роли добавочныхъ контролеровъ нѣкоторыя другія инстанціи. Но въ чемъ онѣ состоятъ?

Обратимся сначала къ понятію „общественнаго порядка“ (*ordre public, öffentliche Ordnung*). Образцомъ для введенія этого ограничительнаго начала послужилъ Кодексъ Наполеона, который въ своемъ art. 1133 объявилъ, что всякій актъ, противно-

рѣчайшей общественному порядку, является недозволеннымъ (заключающимъ въ себя „cause illicite“). Вслѣдъ за нимъ понятие общественного порядка появляется въ нашей I части X тома Свода Законовъ (ст. 1528) и переходитъ въ нашъ проектъ Гражданскаго Уложения всѣхъ редакцій вплоть до нынѣшняго проекта объ обязательствахъ (ст. 50). Но разумеется, ближайшаго опредѣленія этого понятія мы ни въ одномъ изъ этихъ законодательствъ не найдемъ. Не подлежитъ сомнѣнню, что „общественный порядокъ“ мыслится здѣсь какъ нѣчто отличное отъ того порядка, который опредѣленъ положительнымъ закономъ (съ административными распоряженіями включительно), а также отъ того, чего требуютъ „добрые нравы“. Противнымъ „общественному порядку“, такимъ образомъ, можетъ быть нѣчто такое, что не запрещено законами и что не нарушаетъ „добрыхъ нравовъ“.

Что же это такое? Мы тщетно стали бы искать опредѣленнаго отвѣта на этотъ вопросъ. По признанію авторитетнѣйшаго изъ комментаторовъ Французскаго Кодекса, Лорана, нѣтъ во всемъ этомъ кодексѣ другой статьи, которая возбуждала бы столько споровъ и недоумѣній, какъ указанная ст. 1133; самъ онъ также ограничивается сведеніемъ „общественнаго порядка“ къ еще болѣе расплывчатой формулѣ „общественнаго интереса“ („intérêt général“) ¹⁾. Составители нашего проекта, защищаясь въ объясненіяхъ ко второй редакціи отъ сдѣланныхъ мною ²⁾ по этому поводу возраженій, могли только сказать, что „могутъ встрѣчаться сдѣлки, которыя не нарушаютъ закона, и которыя нельзя считать безнравственными въ общепринятомъ смыслѣ этого слова, но которыя не согласуются съ условіями общественной жизни“ ³⁾. Но очевидно, что этимъ они еще болѣе затемняютъ вопросъ, такъ какъ даваемая ими формула „не согласуется съ условіями общественной жизни“, окончательно вскрываетъ всю безбрежность и всю неопредѣленность понятія „общественнаго порядка“, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всю его негодность въ качествѣ юридическаго критерія.

Все это было отлично понято редакторами Германскаго Уложения. Первый проектъ увлекся было примѣромъ Французскаго Кодекса, хотя авторы его сами сознавали, что такой законо-

дательный шагъ „vielleicht nicht ohne Bedenken ist“ ¹⁾. Однако, во второй комиссіи эти сомнѣнія взяли уже рѣшительный верхъ ²⁾, и упоминаніе объ „общественномъ порядкѣ“ было выброшено, такъ что это загадочное понятіе въ дѣйствующемъ германскомъ правѣ не существуетъ.

Равнымъ образомъ и Швейцарское Уложеніе объ обязательствахъ въ ст. 20 говоритъ только о томъ, что недѣйствителенъ договоръ, содержаніе котораго невозможно, противозаконно или нарушаетъ добрые нравы; объ „общественномъ порядкѣ“ здѣсь не упоминается. Правда, это понятіе встрѣчается въ предыдущей ст. 19, но лишь при опредѣленіи тѣхъ случаевъ, когда не допускается соглашеніе, отступающее отъ предписаній закона: законъ, регулирующий „общественный порядокъ“, рассматривается такимъ образомъ, какъ норма принудительная, quae pactis privatorum mutari non potest, а самый „общественный порядокъ“ мыслится, какъ нѣчто опредѣленное положительными предписаніями закона. Очевидно, что мы имѣемъ здѣсь нѣчто совершенно иное, чѣмъ то, что рисуется Кодексу Французскому или авторамъ нашего проекта.

И мы полагаемъ, что въ интересахъ нашего будущаго Гражданскаго Уложения слѣдуетъ пожелать, чтобы понятіе „общественнаго порядка“, по примѣру Уложений Германскаго и Швейцарскаго, было изъ нашего проекта исключено. Дѣло государства опредѣлить все то, что необходимо для бытія общественного порядка, положительными предписаніями закона, и тогда, естественно, всякія сдѣлки, противныя общественному порядку, будутъ невозможны уже потому, что онѣ противны закону. Создавать еще какой-то иной контроль съ точки зрѣнія „условій общественной жизни“ — значитъ ставить гражданъ передъ полной неопредѣленностью.

* * *

Но если критерій „общественнаго порядка“ является лишь специальностью нѣкоторыхъ кодексовъ, то того же нельзя сказать относительно другой изъ упомянутыхъ выше внѣ-законныхъ инстанцій, именно „добрыхъ нравовъ“ (bonnes moeurs, gute Sitten). Правило, что договоръ, противный добрымъ нравамъ, ничтоженъ, является нѣкоторой универсальной аксіомой, осященной къ тому же высокимъ авторитетомъ римскаго права: самый терминъ „добрые нравы“ ведетъ свое начало отъ римскаго

¹⁾ Laurent. Principes de droit civil français. T. XVI, 124 (стр. 171).

²⁾ Моя статья „Юридическія сдѣлки въ проектѣ гражд. уложения“ — „Вѣстникъ права“, 1904, кн. I, стр. 100—101.

³⁾ Гражд. Уложения, кн. I. Положенія общія. Вторая редакція. Къ ст. 94.

¹⁾ Motive. I, стр. 211.

²⁾ Protokolle. I, стр. 124.

„boni mores“. Съ другой стороны, если понятие „общественнаго порядка“ представляется въ общемъ ходѣ современнаго гражданскаго права фигурой вымирающей, то, напротивъ, сфера употребленія понятія „добрыхъ нравовъ“ обнаруживаетъ въ новѣйшихъ законодательствахъ тенденцію къ расширенію: мы встречаемъ это понятіе не только въ качествѣ границы договорной свободы, но и въ качествѣ самостоятельнаго источника отвѣтственности за вредъ (§ 826 Германскаго Уложения, о которомъ ниже). Значеніе „добрыхъ нравовъ“ растетъ, и это тѣмъ болѣе налагаетъ на юриспруденцію обязанность разобраться въ этомъ понятіи, опредѣлить его подлинную принципиальную природу.

Между тѣмъ, несмотря на свое двухтысячелѣтнее существованіе, понятіе „добрыхъ нравовъ“ только недавно стало привлекать къ себѣ научное вниманіе. И тутъ-то оказалось, что мы имѣемъ передъ собой не нѣчто точное и опредѣленное, а нѣкоторую сплошную загадку, разрѣшить которую юристы до сихъ поръ не въ состояніи. Литература о „добрыхъ нравахъ“ растетъ, но этотъ ростъ служить только источникомъ все новыхъ и новыхъ недоумѣній.

Если мы оставимъ подробности въ сторонѣ, то все разнообразіе мнѣній по поводу „добрыхъ нравовъ“ мы можемъ свести къ двумъ основнымъ направленіямъ¹⁾.

Одно изъ нихъ отождествляетъ „добрые нравы“ съ нравственностью (*gute Sitten = Sittlichkeit*): договоръ, противный добрымъ нравамъ, есть не что иное, какъ договоръ, противный нравственности. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ, напр., Lotmar, который своимъ сочиненіемъ „Der unmoralische Vertrag“ (1896) далъ первый толчокъ къ обсужденію нашего вопроса; сюда же примыкаютъ Колеръ, Гахенбургъ, Энекерусъ Эртманъ и цѣлый рядъ другихъ²⁾. Съ этой точки зрѣнія нормъ о „добрыхъ нравахъ“ приписывается огромное, быть можетъ, еще недостаточное оцѣненное, значеніе: она обозначаетъ принципиальное подчиненіе права морали и опровергаетъ хотя-же мнѣніе о полной раздѣльности этихъ двухъ областей³⁾.

Но если „добрые нравы“ равны нравственности, то спрашивается, какая мѣрка этой послѣдней должна быть принимаема во вниманіе? Въ правѣ ли судья примѣнять свои личныя пред-

¹⁾ Ср. Н. Herzog. Zum Begriffe der guten Sitten въ серіи „Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts“, вып. 33, 1910.

²⁾ На этой же точкѣ зрѣнія стояла и наша редакционная коммисія — см. Объясненія къ ст. 88, перваго проекта общей части.

³⁾ Lotmar, l. cit., стр. 4.

ставленія о нравственномъ? Нѣтъ, отвѣчаетъ Лотмаръ; судья, во-душевленный поклонникъ Ницше, считающій нашу нынѣшнюю христіанскую мораль моралью рабовъ или стадныхъ животныхъ и думающій о переоцѣнкѣ моральныхъ цѣнностей, никоимъ образомъ не долженъ примѣнять эти свои личные взгляды; въ судѣ должна дѣйствовать мораль общепризнанная и даже болѣе того — мораль фактически реализованная.

Но гдѣ критерій такой общепризнанности и фактической реализованности? Дѣло въ томъ, что въ современныхъ обществахъ мы сплошь и рядомъ встречаемъ съ значительными различіями въ этомъ отношеніи въ связи съ различіемъ общественныхъ группъ, классовъ и т. д. Долженъ ли судья становиться каждый разъ на моральную точку зрѣнія того класса, къ которому принадлежитъ тяжущіеся, и, такимъ образомъ, примѣнять мораль различную? Нѣтъ, отвѣчаетъ тотъ же Лотмаръ, а за нимъ и другіе: это не соотвѣствовало бы тому высокому назначенію, которое отводитъ законодатель нашей нормѣ; „добрые нравы“ должны быть для всего народа понятіемъ единымъ. А если такъ, то, спрашивается, возрѣніямъ какой же общественной группы надо отдать предпочтеніе? На этотъ вопросъ многіе отвѣчаютъ общей фразой: возрѣніямъ господствующихъ группъ. Но какія группы должны быть признаны „господствующими“? Тѣ, которыя преобладаютъ численно, или тѣ, которыя занимаютъ высшее социальное положеніе, или еще какія-нибудь иныя? Дойдя до этого вопроса, наша теорія переходитъ къ критерию „прилично и справедливо мыслящихъ людей“ („anständig und gerecht denkenden Menschen“): этически господствующей группой должны быть признаны эти послѣдніе. „Конечно, — говорить, напр., Колеръ¹⁾, при разсмотрѣніи вопроса о нравственности приходится считаться съ народными убѣжденіями, но не съ убѣжденіями массы, а только тѣхъ, которые въ нравственномъ отношеніи являются вождями народа. Если, напр., значительная часть народа, пусть даже двѣ трети его, не видитъ ничего зазорнаго въ контрабандномъ промыслѣ, то мы все-таки не можемъ признать его нравственнымъ, хотя бы дѣло шло о чужой таможнѣ... Право должно стоять на той почвѣ, на которой стоятъ духовные руководители народныя, а не на низинахъ и не на ступени тѣхъ, которые высшими идеями жертвуютъ ради денегъ и матеріальныхъ выгодъ“.

Но если такъ, если критеріемъ „добрыхъ нравовъ“ въ смыслѣ нравственности въ конечномъ счетѣ оказываются „духов-

¹⁾ Гражданское право Германии. Рус. пер. подъ ред. Нечеева, стр. 197.

ные вожди народа", „люди, прилично и справедливо мыслящие“, то очевидно, что рѣшеніе вопроса о томъ, кто эти „духовные вожди“, будетъ зависѣть исключительно отъ тѣхъ или другихъ личныхъ воззрѣній судьи на этотъ счетъ. Теорія завершила свой кругъ и, думая, что она подвигается впередъ, вернулась къ тому мѣсту, отъ котораго хотѣла уйти,—т. е. къ признанію судейскаго субъективизма.

Всѣхъ этихъ затрудненій думаетъ избѣгать другое направление въ нашемъ вопросѣ, которое рѣшительно отрицаетъ отождествленіе „добрыхъ нравовъ“ съ нравственностью. „Добрые нравы“, согласно этому ученію, не требованія нравственности, а именно живущія въ данномъ народѣ правила приличія. „Добрые нравы,—говоритъ, напр., Леонгард¹⁾, далеко не тождественны съ требованіями нравственности. Нравы покоятся на внѣшнихъ правилахъ благоприличія, нравственность—на внутреннемъ состояніи совѣсти“. „Цѣль запрещенія посягательства на добрые нравы,—говоритъ тотъ же авторъ въ другомъ мѣстѣ²⁾,—отнюдь не штрафная и не воспитательная. Задача судьи заключается не въ томъ, чтобы карать, и еще болѣе не въ томъ, чтобы, подобно духовному пастырю заботиться о спасеніи душъ. Цѣлью запрещенія является не борьба съ безнравственными движеніями человеческой души, а охрана того цѣннаго культурнаго богатства, которое имѣетъ каждый народъ въ своихъ нравахъ“. Ибо нравы суть не что иное, какъ отложеніе старой культуры народа, продуктъ его долготѣйшей исторіи.

Однако, и это направленіе, какъ ни отличается оно отъ предыдущаго, въ концѣ концовъ натывается на тѣ же недоумѣнія. Съ точки зрѣнія Леонгарда и его послѣдователей должны были бы подлежать охранѣ всякіе нравы, такъ какъ всѣ они въ одинаковой мѣрѣ являются отложеніемъ старой культуры. Между тѣмъ законъ воспрещаетъ нарушеніе не всякихъ, а только „добрыхъ“ нравовъ, очевидно, предполагая, что есть нравы и недобрые, которые охраны не заслуживаютъ. И дѣйствительно, нравы являются отложеніемъ не только старой культуры, но и старыхъ предрасудковъ; охрана же послѣднихъ, разумѣется, не можетъ входить въ намѣренія законодателя.

¹⁾ Leonhard. Das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen. Der allg. Theil 1910, стр. 372.

²⁾ Статія „Verstoss gegen die guten Sitten“ въ сборникъ „Aus römischem und bürgerlichem Recht“ въ честь J. E. Bekker'a. 1907, стр. 99.

Но если среди нравовъ долженъ быть произведенъ отборъ „добрыхъ“ отъ „недобрыхъ“, то мы съ логической необходимостью попадаемъ въ стремительный потокъ тѣхъ же вопросовъ, съ которыми мы только что имѣли дѣло. Гдѣ взять критерій для такого отбора? Въ воззрѣніяхъ народа? Въ воззрѣніяхъ господствующей группы? и т. д. И, разумѣется, мы и здѣсь, въ концѣ концовъ, придемъ къ тому же полному судейскому субъективизму, къ которому насъ привело направленіе вышерасмотрѣнное: оба рукава, начинаясь далеко другъ отъ друга, попадаютъ на одни и тѣ же пороги и разбиваются въ одномъ и томъ же водоворотѣ.

Полную неопредѣленность и принципиальную неуловимость понятія „добрыхъ нравовъ“ подтверждаетъ и обзорѣніе судебной практики. Но въ то же время это обзорѣніе приводитъ всѣхъ обзорѣвателей къ нѣкоторому весьма любопытному для характеристики нашего понятія выводу.

Извѣстный германскій цивилистъ Дернбургъ, иллюстрируя понятіе „добрыхъ нравовъ“, беретъ случай покупки браслета для любовницы и спрашиваетъ, можно ли признать такой договоръ недействительнымъ, какъ противорѣчащій „добрымъ нравамъ“. Отвѣтъ гласитъ: нѣтъ; разрушеніе договора принесло бы здѣсь гораздо болѣе большой вредъ обороту, чѣмъ та выгода, которую мы получили бы отъ прокламатической защиты нравственности. Только тѣ договоры, заключаетъ онъ, должны быть признаваемы противными „добрымъ нравамъ“, которыхъ юридическое признаніе „несовѣстимо съ здоровымъ, въ этомъ смыслѣ добрымъ, социальнымъ состояніемъ“ („deren rechtliche Anerkennung mit einem gesunden, in diesem Sinne guten, sozialen Zustande unvereinbar ist“¹⁾).

Къ аналогичной конечной формулѣ приходитъ и цѣлый рядъ другихъ. Въ отдѣльныхъ случаяхъ, говоритъ, напр., Планскъ, задача заключается въ томъ, чтобы изслѣдовать экономическую и социальную подпочву ихъ. Въ конечномъ счетѣ, говоритъ Vogel, должна служить критеріемъ та мораль, которая наилучше соотвѣтствуетъ пользѣ общества. Противно „добрымъ нравамъ“ то, что несовѣстимо съ общественнымъ благосостояніемъ („mit der gesellschaftlichen Wohlfahrt“ — Fuld) и т. д. Иногда, наконецъ, формула еще болѣе упрощается: договоръ долженъ быть признанъ противнымъ „добрымъ нравамъ“ тамъ, гдѣ „это юридически необходимо“ („wo es rechtlich

¹⁾ Dernburg. Das bürg. Recht. T. I, 1902, стр. 375.

notwendig erscheine“), гдѣ онъ содержитъ нарушение „юридически важныхъ интересовъ“ („eine Verletzung rechtlich beachtlicher Interessen“) ¹⁾.

Мы видимъ такимъ образомъ, что изъ понятія „добрыхъ нравовъ“ исчезаетъ и элементъ нравственности и элементъ права, какъ таковыхъ; и та, и другіе были лишь какимъ-то туманомъ, скрывающимъ нѣкоторую подлинную реальность совершенно иного порядка. Нравственность и нравы, на охрану которыхъ какъ будто выступало право, и которымъ оно, точно вассалъ, подчинялось, оказались сами въ подчиненіи у нѣкоторой высшей инстанціи—соціальныхъ интересовъ, общественного благосостоянія и т. д., т.-е., въ конечномъ счетѣ, у того же права ²⁾.

Спадаетъ туманная завѣса, создавшая иллюзію какой-то определенности, и мы оказываемся лицомъ къ лицу съ цѣлою огромной областью не нравственныхъ и не „нравныхъ“, а чисто-юридическихъ проблемъ. Понятіе „добрыхъ нравовъ“ оказывается условной формулой, при раскрытіи которой отходятъ въ сторону всякія соображенія морали или благоприличія и на сцену выступаютъ критеріи чисто-правового характера, только критеріи не сознанные, не „обобщественные“, остающіеся въ стадіи субъективнаго усмотрѣнія судей.

Неудивительно поэтому, если понятіе „добрыхъ нравовъ“ встрѣчаетъ горячія симпатіи со стороны представителей такъ наз. „свободнаго права“: оно открываетъ имъ неограниченныя возможности для осуществленія „конкретной справедливости“, для „взвѣсиванія интересовъ“ и другихъ тому подобныхъ опытовъ соціальнаго воздѣйствія при посредствѣ свободнаго судейскаго усмотрѣнія. Неудивительно, съ другой стороны, если именно поэтому понятіе „добрыхъ нравовъ“ вызываетъ и самыя внушительныя сомнѣнія: не даромъ, напр., такой цивилистъ, какъ Planiol, называетъ правило о „добрыхъ нравахъ“ однимъ изъ самыхъ сомнительныхъ („un des plus redoutables“); при извѣстномъ его примѣненіи всякая гражданская свобода можетъ быть задавлена („la liberté civile pourrait y sombrer“) ³⁾.

¹⁾ Ср. обзорніе литературы у Herzog'a, I. cit.

²⁾ Ср. v. Thun. Der allg. Theil des deutsch. bürg. Rechts. T. II, 1914 (Bindings Syst. Handbuch), стр. 183. „Dieser durch das Gebiet der Moral führende Umweg scheint mir aber der Sachlage nicht zu entsprechen... Das Gesetz sanktioniert... nur solche Bindungen, welche mit unseren sozialen und wirtschaftlichen Zuständen vereinbar sind“.

³⁾ Traité élém. de droit civil. T. I, § 294.

Во всякомъ случаѣ, если понятіе „добрыхъ нравовъ“ только прикрываетъ собою цѣлый рядъ неосознанныхъ чисто-юридическихъ проблемъ, то мы въ правѣ требовать отъ законодателя, чтобы онъ, а не судья, приложилъ и прилагалъ всѣ старанія для ихъ разрѣшенія. Правило о „добрыхъ нравахъ“ не достоинство кодекса, а его больное мѣсто: въ лучшемъ случаѣ оно только знаетъ, отмѣчающей неразработанное, топкое мѣсто въ правовой системѣ. Но очевидно, что сохранение, а тѣмъ болѣе расширеніе подобныхъ топкихъ мѣстъ не можетъ входить въ идеалы законодателя. До поры до времени тѣневья стороны „добрыхъ нравовъ“ могутъ не давать себя знать; ощущение ихъ неопредѣленности можетъ растворяться въ сложномъ концертѣ соціальной психологіи; но если этимъ понятіемъ завладѣетъ направленіе „свободнаго права“, оно въ скоромъ времени превратитъ его въ настоящее соціальное бѣдствіе. Конечно, въ извѣстныхъ предѣлахъ правило о „добрыхъ нравахъ“ было использовано до сихъ поръ въ удачномъ смыслѣ, но смѣемъ думать, что тѣ же результаты могли бы быть достигнуты при помощи стараго „общаго духа“ или „общаго смысла“ законовъ¹⁾. Разумѣется, и эти понятія открываютъ широкій просторъ для „судейскаго правотворенія“; однако, огромная разница заключается въ томъ, что они принципиально направляютъ вниманіе судьи къ закону, какъ къ объективному источнику нормъ, межъ тѣмъ какъ всякіе „каучуковые параграфы“, вродѣ нашего правила о „добрыхъ нравахъ“, развязываютъ его естественное тяготѣніе къ „юрисдикціи чувства“. Но обо всемъ этомъ намъ приходилось говорить уже выше...

* * *

Положеніе дѣла еще болѣе ухудшается тѣмъ, что „общественнымъ порядкомъ“, и „добрыми нравами“ внѣ, законный контроль надъ осуществленіемъ принципа договорной свободы не кончается; подъ вліяніемъ тенденцій того же „свободнаго права“ къ нимъ грозитъ присоединиться въ той же роли еще одинъ факторъ—тотъ принципъ „доброй совѣсти“, „Treu und Glauben“, о которомъ намъ приходилось уже упоминать.

¹⁾ Заслуживаетъ въ этомъ отношеніи вниманія указаніе Eckstein'a („Zur Lehre von der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittheit“) въ Archiv für bürg. Recht. Bd. 38, 1912 г., стр. 195 и сл.) на то, что, прежде нежели ставить вопросъ о „добрыхъ нравахъ“, надо поставить вопросъ о самой возможности содержанія договора. И тогда окажется, что многіе договоры, которые разсматривались до сихъ поръ, какъ противные „добрымъ нравамъ“, недопустимы просто вслѣдствіе неотчуждаемости того блага, которое составляетъ содержаніе договора.

О верховном значении этого принципа во всем Швейцарском Уложении мы говорили. Но и другие новейшие кодексы отдают ему большую роль, особенно в области обязательственных отношений. Основными положениями, в которых этот принцип находит себя место, являются §§ 157 и 242 Германского Уложения и соответствующия имъ статьи 72 и 78 нашего (внесеннаго въ Госуд. Думу) проекта объ обязательствахъ. Первая изъ этихъ статей гласитъ: „Договоры должны быть изъяемы по точному ихъ смыслу, по доброй совѣсти и намѣренію лицъ, ихъ заключающихъ“. Согласно второй, „должникъ обязанъ исполнить свое обязательство добросовѣстно и согласно принятому въ дѣловыхъ отношеніяхъ порядку“. Казалось бы, правила самыя простыя и естественныя, тѣмъ не менѣе и они окутались въ германской литературѣ густымъ туманомъ.

Идея „добрый совѣсти“ въ дѣловыхъ отношеніяхъ ведетъ также свое происхождение отъ римской „bona fides“. Какъ мы говорили, старое римское право было проникнуто строгимъ формализмомъ: дѣйствовало не то, что было желаемо, а то, что было сказано; буква договора преобладала надъ его мыслью. Съ теченіемъ времени, однако, эта формалистическая тенденція ослабляется: рядомъ со старыми строгими договорами (такъ наз. *obligationes stricti juris*) появляются договоры „добрый совѣсти“ (*obligationes bonae fidei*), т.-е. такіе, содержаніе которыхъ опредѣляется не ихъ буквой, а истинными намѣреніями сторонъ или, при ихъ неясности, обычаями дѣлового оборота. Еще позже даже по отношенію къ строгимъ договорамъ (гл. обр. *stipulatio*) преторъ сталъ проводить то же начало „добрый совѣсти“ при посредствѣ особаго возраженія о недобросовѣстности истца, *exceptio doli*, возраженія, которое у новыхъ (пандектныхъ) юристовъ получило названіе „*exceptio doli generalis*“.

Содержаніе тѣхъ требованій, которыя заключались въ понятіи *bona fides*, въ римской исторіи мѣнялось: то, что въ одну эпоху требовало опредѣленнаго соглашенія сторонъ, въ другую эпоху, по мѣрѣ того какъ это соглашеніе дѣлалось въ жизни обычнымъ и нормальнымъ, начинало предполагаться, и такимъ образомъ, входило въ составъ самого понятія *bona fides*¹⁾. Но во всякомъ случаѣ основной идеей этого понятія была охрана истиннаго смысла договора противъ его буквы, охрана того, что обозначается выраженіемъ „*Vertragstreue*“.

¹⁾ Cp. W e n d t. Die *exceptio doli generalis* im heutigen Recht въ „Archiv für die civilistische Praxis“, T. 100, 1906.

Однако, къ этой основной функціи, благодаря особенностямъ римской преторы, присоединялась и другая: пользуясь своими исключительными полномочіями въ дѣлѣ юрисдикціи, преторы нерѣдко употребляли указанную *exceptio doli* не только для осуществленія истиннаго смысла соглашенія сторонъ, но и для проведенія того, что имъ, т.-е. самимъ преторамъ, казалось справедливымъ. Благодаря этому, *exceptio doli* являлась въ такихъ случаяхъ общимъ проводникомъ идей „справедливости“, „*aequitas*“. Разу мѣется, съ паденіемъ преторы и съ установленіемъ начала законности судебныхъ властей, эта вторая функція *exceptio doli* даже въ самомъ римскомъ правѣ позднѣйшей формации отпала.

Право новыхъ народовъ также постепенно освобождалось отъ примитивнаго формализма и также, въ особенности со времени рецепціи римскаго права, усвоило себѣ начало *bona fides* или „*Treu und Glauben*“ для изясненія истиннаго смысла договора. Однако, рецепція этого начала въ его первой функціи (*Vertragstreue*) потянула за собой и вопросъ о его второй функціи (какъ общаго корректива съ точки зрѣнія „справедливости“): несмотря на радикальное различіе между римской преторой и новыми судами, этимъ послѣднимъ стали также часто приписывать право отклонять иски, какъ противныя „добрый совѣсти“, въ тѣхъ случаяхъ, когда они покажутся несправедливыми. Такъ возникъ знаменитый въ цивилистической литературѣ споръ о допустимости или недопустимости *exceptio doli generalis*, и если раньше этотъ споръ склонялся въ отрицательную для нашей *exceptio* сторону, то въ послѣднее время, подъ вліяніемъ теченія „свободнаго права“, онъ склоняется въ сторону положительную.

Это ярко сказалось уже во время подготовки Германскаго Уложенія¹⁾. Какъ первая, такъ и вторая коммиссія отвергли предположеніе о санкціонированіи *exceptio doli generalis* подъ тѣмъ или другимъ видомъ; онѣ находили, что ея признаніе привело бы къ установленію широкаго произвола судовъ и къ исчезновенію границъ между правомъ и моралью; достаточной гарантіей правльнаго дѣлового оборота можетъ служить начало „*Treu und Glauben*“. Такимъ образомъ, какъ видимъ, это послѣднее начало понималось обѣими коммиссіями въ его болѣе узкомъ смыслѣ „*Vertragstreue*“. Но уже при обсужденіи въ рейхстагѣ, въ отвѣтъ на требованіе ввести *exceptio doli generalis*, представителями правительства было заявлено, что эта *exceptio* входитъ въ понятіе „*Treu und Glauben*“...

¹⁾ Cp. K r ü h ö f f e r. Die *exceptio doli generalis* im Recht der Schuldverhältnisse. 1909.

Такая неопределенность послужила причиной чрезвычайного колебания и в литературе. Но и здесь, если вначале общее мнѣние склонялось къ болѣе узкому пониманію принципа „Treu und Glauben“, то потомъ его стали толковать все шире и шире; идея „Treu und Glauben“, какъ общей *exceptio doli generalis*, начинаеть заполнять умы. Упомянутымъ параграфамъ 157 и 242 Германскаго Уложения приписываютъ все болѣе и болѣе широкое значеніе. Принципъ „Treu und Glauben“ долженъ разрѣшить не только вопросъ о способѣ толкованія договора или о способѣ его исполненія, но и вопросъ о самомъ бытіи или небытіи договорныхъ обязанностей: не только „das wie“, но и „das ob“ исполненія. Принципъ „Treu und Glauben“ имѣеть не только субсидіарное, но и корректорное значеніе, и притомъ не только по отношенію къ соглашенію сторонъ или обычаямъ оборота, но даже и по отношенію къ закону¹⁾. И т. д., и т. д.

При такихъ условіяхъ естественно спросить, гдѣ же предѣлы, и каковы критеріи этого понятія? Но если мы обратимся за этимъ къ представителямъ расширительнаго пониманія нашего начала, то мы найдемъ у нихъ лишь самыя туманныя общія фразы. По заявленію Дернбургъ, рѣшающимъ должно быть то, что „nach den Zwecken des Geschäfts und der Sitte anständig und gerecht denken den Menschen erwartet werden dürfte“. Согласно мнѣнію Эрмана, „Treu und Glauben“ есть вообще не что иное, какъ „Billigkeit“, какъ „die sittlichen Grundlagen des Verkehrs“. По опредѣленію Ребейна, это „etische Seite des Rechts“, то „worauf sich ehrliche und anständige Zeute im Verkehre verlassen können“. И т. д.²⁾

Когда читаешь подобныя „опредѣленія“, то прежде всего сама собой напрашивается мысль: да вѣдь это же тѣ самыя опредѣленія, которыя даются „добрымъ нравамъ“; тѣ же самыя „anständig und gerecht denkende Menschen“ и т. д. Или „Treu und Glauben“ то же, что „добрые нравы“ или юридическая мысль оскудѣла: „wo die Gedanken fehlen, da stellt das Wort zur rechten Zeit sich ein“, и притомъ „das Wort“ всегда въ одномъ и томъ же привычномъ сочетаніи...

Однако, первое предположеніе („Treu und Glauben“ = „добрымъ нравамъ“) наталкивается на одно, и притомъ рѣшающее, препятствіе. „Добрые нравы“ осуществляются въ судѣ *ipso jure*; согласно § 138 Германскаго Уложенія, договоры, противные „добрымъ нравамъ“, ничтожны; начало же „Treu und Glauben“

¹⁾ Ср., напр., Wendt, цит. статья, стр. 105 и сл.

²⁾ Сводъ различныхъ опредѣленій см. у Kuhnöfer'a, цит. выше статья.

§§ 157 и 242, по общему признанію самыхъ горячихъ апологетовъ его, дѣйствуетъ только какъ возраженіе и только въ случаѣ въ возраженія заинтересованнаго лица (вѣдь это же все-таки „exceptio“) ¹⁾. Очевидно, мы имѣемъ здѣсь какое-то отличіе, и притомъ отличіе не только процессуальное: за этимъ послѣднимъ должно скрываться отличіе матеріальное, вытекающее изъ самой природы нормы и ея дѣля. Если бы „Treu und Glauben“ было равно „добрымъ нравамъ“, если бы охрана перваго имѣла ту же цѣль, что и охрана вторыхъ, тогда эта охрана должна была бы, конечно, осуществляться *ipso jure* и подъ угрозой ничтожности: благо „добрыхъ нравовъ“ или „этической стороны права“ не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ возраженія со стороны частныхъ лицъ. Законъ, однако, ставитъ, и этимъ свидѣлствуетъ, что въ принципѣ „Treu und Glauben“ мы имѣемъ дѣло съ какими-то не общими, а частными интересами контрагентовъ. Эти же послѣдніе интересы могутъ заключаться только въ одномъ—въ охранѣ истиннаго смысла и подлиннаго содержанія договора, т.-е. въ „Vertragstreue“ (поскольку, разумѣется, это содержаніе не противорѣчитъ закону; объ этомъ излишне говорить).

Какъ только мы выйдемъ изъ предѣловъ этого яснаго и опредѣленнаго понятія, мы попадемъ на наклонную плоскость, по которой мы неизбежно докатимся до полнаго судейскаго контроля надъ всей областью оборота съ точки зрѣнія совершенно субъективныхъ и произвольныхъ представлений о „справедливости“, „соціальномъ идеалѣ“ и т. д. Уже теперь въ германской литературѣ раздаются жалобы на то, что въ судебныхъ рѣшеніяхъ ссылка на „Treu und Glauben“ дѣлается наиболѣе излюбленнымъ приемомъ мотивировки, часто прикрывающимъ собою простую поверхностность и непродуманность. Уже теперь экзаменаторы свидѣлствуютъ, что на кандидатскихъ экзаменахъ незнаніе или неспособность къ юридическому мышленію охотно маскируется апелляціей къ „Treu und Glauben“ ²⁾. Временами слышится даже уже прямой вопль о томъ, что подобное хозяйничанье съ этимъ принципомъ составляетъ истинную язву, развѣдающую гражданскую жизнь („eine unheilvolle Seuche, die am Mark unseres Rechtslebens vergiftend zehrt“ ³⁾). И нельзя не согласиться съ тѣмъ, что допущеніе такого широкаго простора судейскому усмотрѣнію

¹⁾ См. Kuhnöfer, l. cit.

²⁾ См. Schneider. Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. 1902, стр. 3.

³⁾ R. Henle. Treu und Glauben im Rechtsverkehr. 1912, стр. 3.

было бы со стороны закона чудовищным „моральным характером“).

* * *

Во все описанные затруднения, связанные с осуществлением принципа договорной свободы, приобретают особенно острый характер, когда дело касается отношений экономических.

Принцип договорной свободы *implicite* содержит в себе юридическую возможность заключать договоры на любых условиях. В частно-правовой, децентрализованной, системе народного хозяйства рыночная ценность обмениваемых товаров или услуг определяется именно свободными соглашениями в зависимости от экономического закона спроса и предложения. Свободный договор является одновременно продуктом и выражением, творением и творцом этого закона.

Но именно вследствие этой свободы договорных соглашений возможны случаи самой жестокой экономической эксплуатации: сторона, экономически сильнейшая, пользуясь нуждой стороны слабейшей, ставит ей тяжелые условия, на которые та по необходимости должна согласиться. Принцип договорной свободы, таким образом, закрепляет не свободу экономическую и при известных условиях может явиться фактором настоящего экономического рабства. Все это ставит перед правом некую труднейшую проблему: как относиться к подобным эксплуататорским договорам, и нельзя ли найти каких-либо средств для защиты экономически слабых?

Съ проблемой этого рода встречается всякое право уже с древнейших временъ, и уже очень рано начинаются попытки ее разрешения.

Прежде всего внимание законодательства обращается на взаимные проценты. Въ мировоззреніи, выросшем въ атмосферѣ земледельческаго и натурального хозяйства, денежные проценты совершенно не находятъ себя мѣста: деньги не могутъ давать естественнаго приплода, и потому вниманіе ихъ кажется чѣмъ-то противоестественнымъ и незаконнымъ. Отсюда встречается нерѣдко въ древнихъ законодательствахъ (напримѣръ, въ древне-еврейскомъ) общее запрещеніе процентовъ (исключеніе допускается только по отношенію къ чужеплеменникамъ, неевреямъ). Но, разумѣется, съ развитіемъ хозяйственной жизни такое абсолютное запрещеніе несомнѣнито, и потому въ другихъ древнихъ правовыхъ системахъ проценты допускаются, но лишь

¹⁾ Henle, l. cit. стр. 11.

не свыше известнаго, закономъ установленнаго, предѣла. Такъ, напримѣръ, по римскимъ законамъ XII таблицъ проценты не должны были превышать $\frac{1}{12}$ части капитала въ годъ, т. е. 8 $\frac{1}{3}$ %; взимавшіе больше этого ростовщики (*foeneratores*), должны были вернуть излишне взятое вчетверо, т. е. подвергались карѣ болѣе суровой, чѣмъ вору.

Вся дальнѣйшая исторія процентовъ представляетъ непрерывный рядъ колебаній то въ одну, то же другую сторону, причѣмъ на эти колебанія оказываетъ огромное вліяніе общее состояніе экономическихъ условий. Ухудшеніе этихъ условий, развитіе пролетаризаціи и задолженности, естественно, заставляетъ законодательство бросаться къ разнымъ мѣрамъ, которыя кажутся ему наиболѣе пригодными для борьбы съ подобными грозными явленіями, а въ ряду этихъ мѣръ наиболѣе простыми и доступными являются мѣры противъ процентовъ.

Такъ, особенно критическимъ періодомъ въ этомъ отношеніи былъ въ римской исторіи IV вѣкъ до Р. X. Подъ вліяніемъ общихъ экономическихъ неурядицъ и вызванныхъ ими народныхъ волненій законодательство сначала понижаетъ установленный законами XII таблицъ *maximum* наполовину (до $\frac{4}{6}$), а затѣмъ и вовсе запрещаетъ проценты. Въ то же время правительство прибѣгаетъ къ разнымъ другимъ героическимъ мѣрамъ, вродѣ мораторіевъ, принудительнаго сокращенія долговъ и т. д. Однако, какъ известно, всѣ эти мѣры оказываются безсильными въ борьбѣ съ надвигавшимся экономическимъ кризисомъ, приведшимъ римскую республику въ концѣ концовъ къ полному краху. вмѣстѣ съ тѣмъ и запрещеніе процентовъ дѣлается мертвой буквой, и къ концу республики законнымъ предѣломъ ихъ считается 12% годовыхъ.

Послѣ сравнительнаго экономическаго спокойствія первыхъ столѣтій имперіи начинается новый періодъ хозяйственной дезорганизации и упадка, а вмѣстѣ съ тѣмъ и новыхъ заботъ правительства объ „охранѣ экономически слабыхъ“. Въ первую голову, конечно, опять идетъ законодательство о процентахъ, которое при Юстиніанѣ приобретаетъ видъ очень сложной системы. Какъ бы наперекоръ общему взрожденію кредита, вызвавшемуся всѣмъ хозяйственнымъ разстройствомъ, Юстиніанъ понижаетъ *maximum* дозволенныхъ процентовъ вдвое противъ прежняго (до 6%), запрещаетъ начисленіе процентовъ на проценты (такъ наз. *anatocismus*), ограничиваетъ общую сумму ихъ за какое бы то ни было время суммой капитала (*non ultra alterum tantum*) и т. д. Но вниманіе правительства выходитъ теперь уже

далеко за предѣлы вопроса о процентах, причемъ временами римскіе императоры доходятъ въ своей „соціальной политикѣ“ до самыхъ чрезвычайныхъ мѣръ. Классическимъ примѣромъ этого рода является знаменитый эдиктъ Діоклетіана de pretiis rerum venalium 301 г., въ которомъ для всѣхъ товаровъ и работъ и для всей имперіи устанавливалась единообразная такса цѣнъ, а всякое отступление отъ нея каралось весьма серьезными наказаніями. Разумѣется, такое принудительное регулирование всего экономического оборота должно было тотчасъ же обнаружить свою несостоятельность и скоро было отмѣнено, но для общаго направленія правительственныхъ тенденцій оно весьма характерно. Тому же Діоклетіану принадлежитъ далѣе правило о *laesio enormis*, въ силу котораго продавецъ недвижимости, получившій за нее менѣе половины ея настоящей стоимости, можетъ требовать уничтоженія договора; правило это сохранило свою силу и послѣ Діоклетіана и вошло въ Юстиніановскій своѣдъ. Наконецъ, къ тому же разряду явленій относится и такъ наз. *lex Anastasiana*, законъ имп. Анастасія, запрещавшій покупщикамъ требованій взыскивать по нимъ болѣе того, что они заплатили сами,—законъ, который при послѣдовательномъ проведеніи неизбежно долженъ былъ бы прекратить всякую циркуляцію обязательствъ, но который, конечно, самыми различными способами обходился.

Такимъ образомъ, римское право позднѣйшей формации никакъ нельзя упрекнуть въ недостатокѣ вниманія къ „экономически слабымъ“ и къ вопросамъ экономической эксплуатаціи. Но въ то же время, рядомъ съ этими заботами о „*miseri debitores*“, шло другое—непрерывное звинчиваніе налоговъ, систематическая порча монеты, разореніе страны междоусобіями претендентовъ на императорскій престолъ, развитіе произвола и взяточничества среди администраціи и т. д. Устраненіе хотя бы одной изъ этихъ язвъ имѣло бы неизмѣримо большее значеніе для оздоровленія хозяйственной жизни страны, чѣмъ вся указанная серія запрещеній, но римское правительство этого не понимало или не хотѣло понять и само, разрушая основы народнаго благосостоянія, занималось штопаніемъ разлагающагося организма при помощи законовъ о процентахъ или о *laesio enormis*. Исходъ не подлежалъ сомнѣнію, и экономическое разложеніе шло быстрыми шагами впередъ. Правительству не оставалось ничего другого, какъ напрягать идею государственнаго вмѣшательства въ область экономическихъ отношеній далѣе, и оно напрягло ее до... почти полнаго прикрѣпленія всѣхъ сословій къ ихъ хозяй-

ственнымъ „функціямъ“, до установленія крѣпостныхъ крестьянъ (колонатъ), безвыходныхъ ремесленниковъ и т. д. Такъ кончились заботы объ „экономически слабыхъ“; покровительство имъ завершилось ихъ закрѣпощеніемъ...

Право новыхъ народовъ также не оставалось равнодушнымъ къ нашему вопросу, причемъ и здѣсь на первомъ планѣ стояли проценты. Большое значеніе для среднихъ вѣковъ имѣло то обстоятельство, что церковь относилась къ нимъ совершенно отрицательно и запрещала ихъ взиманіе вовсе. Было ли это запрещеніе полезно въ томъ смыслѣ, что приучало владѣльцевъ капитала къ самостоятельной хозяйственной дѣятельности¹⁾, въ этомъ можно сомнѣваться; но несомнѣнно то, что оно создавало чрезвычайныя затрудненія въ экономической жизни. Оно, прежде всего, въ значительной степени способствовало тому, что кредитныя операціи сосредоточились въ рукахъ не-христіанъ, т. е., главнымъ образомъ, евреевъ, на которыхъ запрещеніе церкви не простиралось. Оно вызвало далѣе цѣлый рядъ искусственныхъ пріемовъ для своего обхода, пріемовъ, которые, конечно, оплачивались усиленной преміей въ пользу рискующаго заимодавца и, такимъ образомъ, еще болѣе удорожали кредитъ для тѣхъ, кто въ немъ нуждался. Договоръ о процентахъ замѣнялся установленіемъ ренты, соглашеніемъ о платежѣ неустойки, предоставленіемъ, вмѣсто денегъ, какой либо вещи со слишкомъ высокой оцѣнкой (такъ наз. *contractus mohatrae*) и т. д. И всѣ эти обходные пріемы широко практиковались не только лицами свѣтскими, но и самими служителями церкви, даже цѣлыми церковными учрежденіями (монастырями и т. д.), которая являлись въ то время, быть можетъ, чаще другихъ обладателями крупныхъ и свободныхъ капиталовъ.

Экономическая жизнь шла впередъ и требовала своего. Мало-помалу подъ вліяніемъ этихъ требованій свѣтское право ослабляетъ каноническій запретъ, низводя его, по примѣру римскаго права, только до запрета слишкомъ высокихъ процентовъ; вездѣ устанавливается такой или иной *maximum* ихъ. А съ конца XVIII столѣтія начинается періодъ дальнѣйшихъ колебаній.

Періодъ этотъ открывается Французской революціей. Руководясь стремленіемъ къ эмансипаціи отъ церкви и каноническихъ стѣсненій, движима идея экономической свободы („*laissez passer, laissez faire*“). Конститутантъ закономъ 3—12 окт. 1789 г. провозгласила полную свободу процентовъ. Но скоро и здѣсь наступила

¹⁾ Какъ думаетъ, напр., Колееръ. *Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart*. 1914, стр. 110.

реакция: законъ 1807 г. возстановилъ maximum дозволенныхъ процентовъ (5% вообще и 6% для торговли). Въ дальнѣйшемъ во Франціи происходитъ отчасти усиленіе, отчасти ослабленіе законодательной репрессіи: съ одной стороны, законъ 1850 г. установилъ уголовную отвѣтственность для ростовщиковъ по промыслу, а съ другой стороны, законъ 1886 г. освободилъ торговлю отъ всякаго maximum'a.

Аналогичныя колебанія наблюдаются и въ Германіи. Законъ 1867 г., ставшій въ 1871 г. общеимперскимъ закономъ, отмѣнилъ всѣ прежнія ограниченія относительно процентовъ, но уже въ 1880 г. законодательство возвращается на прежній путь уголовной и гражданской борьбы съ ростовщичествомъ, причемъ этому послѣднему придается гораздо болѣе широкій смыслъ: запрещается не вниманіе процентовъ свыше извѣстнаго maximum'a, а вообще установленіе всякой чрезмѣрной выгоды по поводу займа, отсрочки долга или иной кредитной сдѣлки: ростовщичество процентное (Zinswucher) расширилось до ростовщичества денежнаго или кредитнаго вообще (Geldwucher или Kreditwucher). Законъ 1880 г. былъ еще болѣе усиленъ закономъ 1893 г., который каралъ уголовной отвѣтственностью и объявлялъ граждански не дѣйствительными всякія сдѣлки (не только кредитныя, но, напр., и куплю-продажу), если онѣ содержали въ себѣ эксплуатацію нужды или неопытности другаго, и если вообще заключеніе ихъ составляло обычный промыселъ для контрагента. Понятіе ростовщичества, такимъ образомъ, расширилось еще болѣе: къ упомянутымъ выше видамъ его присоединился новый — такъ наз. Sachwucher, хотя пока только подъ условіемъ его веденія какъ промысла (профессиональное ростовщичество).

Тотъ же отливъ и приливъ пережилъ и наше отечество. До 1879 г. у насъ запрещалось взиманіе свыше 6%, но въ этомъ году, по примѣру Запада, это ограниченіе было отмѣнено, и высота процентовъ была предоставлена свободному соглашенію сторонъ. Однако, и у насъ законъ 1893 г. возвратился снова на путь ограниченій въ видѣ установленія maximum'a (12%).

Такимъ образомъ, конецъ XIX вѣка ознаменовался вездѣ въ большей или меньшей степени усиленіемъ ограничительной тенденціи по адресу принципа договорной свободы. Усиливались не только различныя спеціальныя ограниченія, напр., направленные на огражденіе личности и трудоспособности рабочихъ въ промышленныхъ предпріятіяхъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ усилились и общія стремленія законодательства къ защитѣ всѣхъ вообще противъ экономической эксплуатаціи, въ какихъ бы фор-

махъ она ни проявлялась. Мы видѣли, какъ сказывалось это стремленіе въ постепенномъ расширеніи понятія ростовщичества, особенно въ Германіи. Но во всю свою принципиальную полноту вопросъ былъ развернутъ Германскимъ Уложеніемъ 1896 г.

Первый проектъ этого Уложенія не содержалъ никакихъ нормъ, направленныхъ противъ ростовщичества: составители его полагали достаточными въ этомъ отношеніи упомянутые выше уголовные законы 1880 и 1893 гг. Но когда проектъ былъ опубликованъ, онъ вызвалъ и въ этомъ пунктѣ самыя ожесточенныя нареканія; въ особенности рѣзка была критика Гирке¹⁾. Жестоко порицая общее индивидуалистическое направленіе проекта, Гирке требовалъ самыхъ рѣшительныхъ мѣръ для охраны экономически слабыхъ противъ эксплуатаціи со стороны сильнѣйшихъ. Современное законодательство, говорилъ онъ, должно проникнуться по истинѣ социальнымъ духомъ и ввести формальный принципъ договорной свободы въ надлежащія рамки. Если старыя механическія мѣры противъ ростовщичества оказываются недостаточными, тѣмъ болѣе необходима общая норма, которая охватывала бы ростовщическую эксплуатацію должника во всѣхъ ея видахъ²⁾. Несмотря на всѣ подобныя нареканія, и второй проектъ остался въ общемъ на той же принципиальной позиціи. Однако, положеніе радикально измѣнилось во время обсужденія проекта въ рейхстагѣ.

Какъ показывала вся предыдущая многолѣтняя борьба съ ростовщичествомъ, оно обнаруживаетъ поразительную неуловимость; запрещенное въ однихъ формахъ, оно легко скрывается въ другихъ. И если желательно вести съ нимъ борьбу послѣдовательно, необходимо идти за нимъ туда, куда оно уходитъ, т. е. запрещать одну за другою всѣ тѣ формы, которыя могутъ быть использованы для обхода уже установленныхъ запрещеній. И мы видѣли, какъ, дѣйствительно, въ германскомъ правѣ процентное ростовщичество расширяется въ кредитное, а это послѣднее въ общемъ понятіе Sachwucher; послѣднимъ барьеромъ оставался въ законѣ 1893 г. еще только признакъ заключенія эксплуататорскихъ сдѣлокъ въ видѣ промысла.

Но этотъ барьеръ былъ слабъ. Если заключеніе сдѣлокъ съ извѣстнымъ характеромъ предосудительно въ видѣ промысла, то казалось только послѣдовательнымъ признать, что и всякая такая сдѣлка въ отдѣльности этически и юридически недопустима. Именно

¹⁾ См. къ этому и дальнѣйшему моему брошюру „Справедливость, усмотрѣніе судьи и судебная опека“. 1901.

²⁾ Gierke. Entwurf und das deutsche Recht. 1889, стр. 201.

эта последовательность диктовала Гирке выставленное им требование общей нормы против ростовщических сдѣлок, какой бы видъ онѣ ни имѣли и какихъ бы объектовъ онѣ ни касались.

И барьеръ палъ. Комиссія, выбранная рейхстагомъ, къ § 138, о которомъ у насъ была рѣчь, и который гласитъ „Сдѣлка, противная добрымъ нравамъ, ничтожна“, сдѣлала прибавку: „Въ особенности ничтожна сдѣлка, въ силу которой одно лицо, эксплуатируя („unter Ausbeutung“) нужду, легкомысліе или неопытность другого, выговариваетъ себѣ или постороннему такія имущественныя выгоды, которыя настолько превышаютъ его обязанности, что при обстоятельствахъ данного случая стоятъ къ послѣднимъ въ очевидномъ несоотвѣтствіи“.

Такъ появилась въ Германскомъ Уложеніи знаменитая отнынѣ „общая норма“ противъ экономической эксплуатаціи, норма, которая многимъ кажется лучшимъ украшеніемъ этого кодекса, придающимъ ему истинный социальный характеръ.

Но, появившись, она не осталась мѣстнымъ достояніемъ Германіи. Какъ во многихъ другихъ вопросахъ, такъ и здѣсь, примѣру Германскаго Уложенія послѣдовали другіе новѣйшіе кодексы, вслѣдствіе чего эта норма пріобрѣтаетъ характеръ нѣкотораго универсальнаго принципа современнаго гражданскаго права.

Прежде всего по слѣдамъ Германскаго Уложенія пошла наша русская комиссія, выработавшая проектъ нашего гражданскаго кодекса. Перечисляя въ объясненіяхъ къ (раньше другихъ опубликованной) книгѣ V проекта объ обязательствахъ тѣ основныя начала, которыми она руководилась, комиссія говоритъ: „Законъ прежде всего долженъ быть справедливымъ. Ограждая равноправность сторонъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ, законъ вмѣстѣ съ тѣмъ долженъ оградить интересы всѣхъ слабыхъ, безпомощныхъ, словомъ, всѣхъ тѣхъ, кто по своему личному или имущественному положенію нуждается въ особой защитѣ закона, не будучи въ состояніи съ достаточной энергіей отстаивать свои права. Въ этомъ отношеніи можно указать на принятія проектомъ мѣры противъ эксплуатаціи нужды, легкомыслія, неопытности или несчастья“. Такою мѣрой въ особенности являлась ст. 31 перваго проекта, въ общемъ аналогичная § 138 германскаго. Мнѣнія нѣкоторые свои отѣнки, эта статья дошла и до нынѣшняго (внесеннаго въ Госуд. Думу) проекта, въ которомъ она является также статьей 31 и гдѣ она гласитъ:

„Договоръ можетъ быть также оспоренъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда кто-либо, злоупотребляя принадлежащею ему властью

или оказываемымъ ему довѣріемъ, либо пользуясь нуждою или несчастіемъ другаго, заключить съ нимъ чрезмѣрно невыгодный для него договоръ“.

Подъ влияніемъ того же германскаго примѣра появилась подобная же статья и въ пересмотрѣнномъ Швейцарскомъ Уложеніи объ обязательствахъ 1911 года: „Если въ договорѣ, заключеніе котораго было вызвано тѣмъ, что одна сторона воспользовалась нуждою, неопытностью или легкомысліемъ другой, существуетъ очевидное несоотвѣтствіе между взаимными обязанностями, то сторона потерпѣвшая въ теченіе года можетъ заявить объ отказѣ отъ договора и потребовать назадъ то, что уже было уплачено“ (ст. 21).

Конечно, между всѣми этими статьями есть немаловажныя теоретическія и практическія различія (укажемъ, напр., только на то, что въ то время, какъ Германское Уложеніе рассматриваетъ сдѣлки подобнаго рода, какъ противныя добрымъ нравамъ, и потому объявляетъ ихъ ничтожными, Швейцарскій кодексъ и нашъ проектъ ставятъ ихъ внѣ всякой связи съ добрыми нравами и признаютъ ихъ только оспоримыми); но эти различія насъ не могутъ интересовать здѣсь. Равнымъ образомъ мы не будемъ касаться и тѣхъ случаевъ, когда имѣло мѣсто „злоупотребленіе принадлежащей властью или оказываемымъ довѣріемъ“: сдѣлки въ этихъ случаяхъ и безъ данной статьи были бы недѣйствительны (принужденіе, обманъ). Изъ всего историческаго происхожденія этихъ статей явствуетъ, что онѣ создавались не для этихъ случаевъ, и что центръ ихъ содержанія заключается не въ этомъ, а въ запрещеніи пользоваться нуждою другаго „чрезмѣрно“; именно въ этомъ вѣдь состоитъ отводимая имъ важнѣйшая „социальная“ миссія.

Никто, разумѣется, не станетъ отрицать благородства тѣхъ мотивовъ, которые вызвали появленіе этихъ статей; никто не станетъ отрицать и возвышенности той цѣли, для служенія которой онѣ призваны. Но ни то ни другое не освобождаетъ насъ отъ обязанности провѣрить, точно ли онѣ могутъ имѣть тѣ благотвѣтельныя послѣдствія, которыхъ отъ нихъ ожидаютъ. Даже болѣе того: чѣмъ дороже для насъ эта цѣль, чѣмъ серьезнѣе наши мотивы, тѣмъ внимательнѣе и строже мы должны отнестись къ тѣмъ средствамъ, которыя мы избираемъ; ложныя средства часто компрометируютъ самую цѣль.

Присмотримся поэтому къ указаннымъ статьямъ ближе и прежде всего обратимъ вниманіе на ихъ юридическую структуру.

Для уничтожения того или другого договора, какъ „эксплуаторскаго“ или „ростовщическаго“, онъ устанавливаютъ двоякое предположеніе: съ одной стороны, необходимо въ лицѣ контрагента намѣреніе воспользоваться „нуждою“ другаго (субъективный признакъ), а, съ другой стороны необходимо, чтобы несомнѣнное между взаимными обязанностями контрагентовъ было „явнымъ“ или „чрезмѣрнымъ“ (объективный признакъ). Но дѣйствительно ли оба эти признака достаточно надежны?

Возьмемъ первый изъ нихъ — намѣреніе воспользоваться нуждою другаго — и бросимъ хотя бы самый поверхностный взглядъ вокругъ насъ, на всю область экономическаго оборота. Чѣмъ инымъ руководится этотъ послѣдній при опредѣленіи сравнительной цѣнности обмѣняваемыхъ благъ, какъ не степенью „нужды“ въ нихъ? Повышается нужда на продукты, на помѣщенія, на рабочія руки, — повышается и ихъ цѣнность. Всякій обладатель того или иного блага пользуется всегда возрастающей нуждой въ немъ и стремится уступить его возможно дороже. Въдъ въ этомъ же и состоитъ законъ „спроса и предложенья“. И если мы не будемъ непростительно близоруки, мы должны будемъ признать, что необходимый для уничтоженія сдѣлки субъективный признакъ мы найдемъ въсегда — при всякой нормальной сдѣлкѣ дѣлового характера. Слѣдовательно, этотъ признакъ въ качествѣ юридическаго критерія намъ не дастъ ничего: онъ — мнимый признакъ, слово, лишенное содержанія.

Перейдемъ къ другому признаку — объективному: сдѣлка можетъ быть уничтожена тогда, если она содержитъ „чрезмѣрную“ невыгоду для одной изъ сторонъ. Но что такое „чрезмѣрность“, законъ не опредѣляетъ; рѣшать этотъ вопросъ *in concreto* долженъ будетъ судъ.

Представимъ себѣ теперь (а иначе мы не имѣемъ права), что законодатель серьезно желаетъ полнаго примѣненія этой статьи, и отдадимъ себѣ отчетъ въ ея значеніи для всего экономическаго оборота. Всякая сдѣлка подлежитъ теперь контролю суда не только съ точки зрѣнія ея юридическихъ условій, но и съ точки зрѣнія экономическаго соотвѣтствія обмѣняваемыхъ при ея помощи благъ, съ точки зрѣнія мѣнливой эквивалентности ихъ. На судью, такимъ образомъ, возлагается задача, до сихъ поръ небывалая: кромѣ своихъ юридическихъ функций, онъ долженъ стати на себѣ функции экономическія; кромѣ юриста, онъ долженъ быть универсальнымъ знатокомъ всего товарообмѣна, т. е. совмѣстить въ себѣ то, чего не можетъ вмѣстѣ самый тертый и разносторонній дѣлецъ. Конечно, намъ скажутъ, что судья можетъ

привлекать къ себѣ на помощь экспертовъ, — но какова бы ни была экспертиза, конечное рѣшеніе долженъ будетъ взять все-таки на свою совѣсть судъ. Не станемъ говорить о томъ, насколько на этой почвѣ можетъ процвѣсти судейское доктринство или судейскій капризъ, но даже самый добросовѣстный судья будетъ постоянно въ затруднительномъ положеніи: какія высокія требованія мы ни предъявляли бы къ интеллектуальнымъ и моральнымъ качествамъ судебного персонала, мы не можемъ требовать отъ него экономическаго всевѣдѣнія. Всякій „Heroenkultus“ долженъ потерпѣть здѣсь крушеніе.

Но и это не составляетъ еще самаго слабаго мѣста подобныхъ статей. Оно заключается въ томъ, что, благодаря имъ, весь экономическій оборотъ, другими словами — вся экономическая жизнь, ставится подъ судебный контроль, берется въ судебную опеку. Желая уничтожить лазейки для ростовщичества, мы постепенно заперали одинъ выходъ за другимъ; мы гнались за нимъ повсюду, куда оно ни уходило; мы создали, наконецъ, общую норму противъ него и этимъ какъ будто поймали его окончательно. Но оглянемся теперь и мы увидимъ, что вмѣстѣ съ ростовщичествомъ мы поймали въ тиски весь оборотъ, что вмѣстѣ съ ростовщиками попали подъ контроль и опеку всѣ участники экономической жизни; всѣ они взяты подъ подозрѣніе, и въ любой моментъ каждый изъ нихъ можетъ быть подвергнутъ своеобразному судебному обыску. Можно, конечно, утѣшать себя тѣмъ, чѣмъ утѣшали себя извѣстные герои Салтыкова, т. е. соображеніями о томъ, что послѣ этого обыска и досмотра „истина все же возсіяетъ“; однако, вспомнимъ и то, что даже эти герои роптали: „ни затѣмъ же я гулять пошелъ, чтобы истина въ участкѣ возсіяла!“ Не забудемъ того, насколько подобная норма будетъ способствовать развитію сутяжничества и волокиты: достаточно всякому должнику заявить о „чрезмѣрности“ выгодъ для кредитора, и дѣло, юридически ясное, какъ день, пойдетъ гулять по судебнымъ инстанціямъ, быть можетъ, на долгіе годы. Конечно, „истина въ концѣ концовъ возсіяетъ“, но нерѣдко уже тогда, когда у кредитора „роса очи выѣстъ“.

Но и независимо отъ этого, можетъ ли право принципиально брать на себя задачу экономическаго регулированія оборота путемъ такихъ принудительныхъ нормъ? Можетъ ли оно вступать въ борьбу съ закономъ спроса и предложенья такими средствами? Мы думаемъ, что нѣтъ. Конечно, принудительное регулированіе цѣнъ мыслимо при извѣстныхъ исключительныхъ обстоятельствахъ, какъ нѣчто чрезвычайное и временное, но оно не мыслимо,

как нечто постоянное— до тѣхъ поръ, пока государство не возьметъ въ свои руки всѣхъ операций производства и распределения. Теперь же оно можетъ достигать чего-либо только экономическимъ же влияніемъ на спросъ и предложіе—регулированіемъ подвоза вздорожавшихъ товаровъ, открытіемъ болѣе легкаго кредита и т. д. Пока этого нѣтъ, пока реальныя условія спроса и предложія не измѣнились, никакія судебныя рѣшенія ничего въ явленія товарообмѣна не внесутъ. И возлагать съ этой стороны какія-либо надежды на охрану „экономически слабыхъ“ значитъ питать только совершенно несбыточныя иллюзіи...

Но это подводитъ насъ уже къ другой сторонѣ разсматриваемыхъ нормъ—къ сторонѣ экономической: точно ли онѣ имѣютъ ту высокую „соціальную“ цѣнность, которая имъ приписывается?

Какъ мы видѣли, общимъ назначеніемъ этихъ нормъ, по мысли ихъ авторовъ, является помощь „экономически слабѣйшимъ“. При этомъ имѣлись въ виду именно „экономически слабѣйшіе“ классы населенія, вокругъ которыхъ только и вращается весь нынѣшній „соціальныя вопросъ“. Въ какой же мѣрѣ наши статьи могутъ быть имъ полезны?

Прежде всего обратимъ вниманіе на то, что въ нынѣшнихъ редакціяхъ статей эта сторона совершенно затушевывается: запрещается вообщемъ пользоваться чужой нуждой для пріобрѣтенія себѣ „чрезмѣрныхъ выгодъ“. Вслѣдствіе этого правило будетъ дѣйствовать даже тогда, когда въ силу какихъ-нибудь исключительныхъ обстоятельствъ, экономически слабѣе“ окажутся въ состояніи диктовать свои условія, экономически сильнѣе“. Представимъ себѣ случай, когда прокутившійся въ данный моментъ баринъ обращается съ просьбой о займѣ къ лакею или швейцару; представимъ себѣ случай, когда для расчистки пути отъ заносовъ необходимы экстренно рабочія руки сосѣднихъ крестьянъ, и т. д., и т. д. Если всѣ эти „экономически слабыя“ лица вздумаютъ воспользоваться рѣдкимъ для нихъ благопріятнымъ случаемъ во всю мѣру закона спроса и предложія, всѣ признаки ростовщичества будутъ налицо. Вопросъ о чрезмѣрности не будетъ вызывать никакихъ сомнѣній, такъ какъ обычный уровень ихъ вознагражденія будетъ всегда говорить противъ нихъ. Въ результатѣ обычная „эксплуатація“ ихъ труда останется при нихъ, но тѣ рѣдкіе случаи, когда конъюнктура сложится для нихъ благопріятно, правомъ для нихъ будутъ уничтожены. А въ общемъ балансѣ разсматриваемыхъ нормъ и эта ихъ сторона имѣетъ немаловажное значеніе.

Совершенно очевидно, далѣе, что реальная помощи „экономически слабымъ“ эти статьи не дадутъ, какъ какъ ихъ положеніе, какъ экономически слабымъ, создается не „чрезмѣрной“, а самой обыкновенной эксплуатаціей, которая передъ всякимъ судомъ пройдетъ безъ сучка и задоринки. А пока они будутъ оставаться въ этомъ положеніи, они будутъ нуждаться и въ кредитѣ и въ распродажѣ своего скарба при всакихъ экстренныхъ случаяхъ для полученія необходимой суммы денегъ. „Спросъ“ на кредитъ будетъ, будетъ, конечно, и „предложіе“, и притомъ, разумѣется, самое ростовщическое: нельзя же все приписывать только жадности человѣческой природы, надо помнить и о томъ, что всякій кредитъ подобнаго рода должникамъ совершенно не обезпеченъ и полонъ риска. Уничтожить этого „предложія“ нельзя, и мы знаемъ уже, что всякіе законы противъ ростовщичества оказывались въ исторіи въ этомъ отношеніи безсильными. Не уничтожать его, конечно, и наши статьи, но онѣ повысятъ рискъ ростовщика еще болѣе, а это отзовется только однимъ—новымъ повышеніемъ выговариваемыхъ имъ себѣ премій. Рискъ недѣйствительности сдѣлки будетъ переложенъ на плечи потребителей кредита, и такимъ образомъ положеніе „экономически слабымъ“, вмѣсто ожидаемаго улучшенія, претерпитъ только новое и весьма существенное ухудшеніе. Пусть въ одномъ случаѣ изъ десяти Ѳемида будетъ имѣть удовольствіе изобличить ростовщика и уничтожить ростовщическую сдѣлку, но мы не должны забывать, что слухъ о такомъ одномъ случаѣ, проникнувъ въ „экономическое подполье“, вызоветъ тамъ немедленно общее вздорожаніе „кредитныхъ операций“, къ несомнѣнному ущербу его подневольныхъ кліентовъ...

Правильно говоритъ Planiol: „Есть много сторонниковъ законовъ противъ ростовщичества, но я не изъ ихъ числа. Такіе законы ничему не помогаютъ, а только заставляютъ ростовщиковъ скрываться еще глубже и брать за рискъ еще больше. Защита закона, въ концѣ концовъ, обращается въ тягость для тѣхъ, кого защищать хотѣли“¹⁾.

Уже этихъ соображеній достаточно для того, чтобы составить себѣ надлежащее представленіе объ истинной цѣнности всѣхъ нормъ подобнаго рода. Но ихъ вредное влияние идетъ гораздо глубже, оно проникаетъ въ самую психологію общества.

Весь міръ изнываетъ подъ гнетомъ „соціальнаго вопроса“, ищетъ средствъ для уврачеванія все шире и шире развертываю-

¹⁾ Traité élém. de droit civil. T. II, § 2081.

щихся социальных бедствий. И в этот момент мучительных исканий законодатель бросает свою общую норму, запрещающую „чрезмерно“ пользоваться „нуждою“ другого. Появлению этой нормы предшествуют сладкая „объяснения“ о необходимости усиленной защиты „экономически слабых“ и „более социального“ направления в законодательствѣ. Вступленіе этой нормы въ дѣйствіе, какъ это мы видимъ на примѣрѣ Германіи, сопровождается кликами восторженныхъ привѣтствій. Все это можетъ создавать въ „буржуазныхъ“ слояхъ общества ощущение успокоенія: какъ будто бы „соціальный вопросъ“ разрѣшенъ, бѣды уврачеваны; надъ всей областью экономическихъ отношеній бѣдитъ неусыпное око правосудія и справедливости, которое не допуститъ никакой эксплуатаціи однихъ другими...

Вотъ въ этомъ-то психологическомъ вліяніи подобныхъ законодательныхъ мѣръ скрывается ихъ наибольшая опасность, ихъ наибольшій социальный вредъ. Онѣ—своего рода общественный наркотозъ, усыпляющій мысль и совѣсть, отвлекающій ихъ отъ болѣе трудныхъ, но единственно дѣйствительныхъ приемовъ лѣченія. При такихъ условіяхъ первой обязанностью науки является предостереженіе противъ увлеченія наркотозомъ и предупрежденіе: если вы подлинно и искренно хотите помочь „экономически слабымъ“, ищите другихъ, болѣе дѣйствительныхъ, средствъ...¹⁾

* * *

Мы пересмотрѣли общее положеніе принципа договорной свободы въ современномъ правѣ. Мы видѣли, что если въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ (напр., въ вопросѣ объ обязательствахъ на дѣйствія неимущественныя) содержаніе этого принципа расширяется, то въ общемъ итогѣ, наоборотъ, основною тенденціей времени является стремленіе къ его ограни-

¹⁾ Нѣкоторые изъ рецензентовъ моей книги дѣлали мнѣ упрекъ въ увеличеніи. Такъ, напр., А. Э. Нольде говоритъ: „Въ чемъ сказывается ощущение успокоенія общества? Неужели надъ трудностями социальнаго вопроса, послѣ изданія новыхъ гражданскихъ уложеній, въ Германіи и Швейцаріи меньше задумываются?“—Конечно, нѣтъ, но почему? Только потому, что для реальныхъ интересовъ „экономически слабыхъ“ наши статьи не даютъ ничего и, естественно, голоса этихъ классовъ населенія онѣ заглушить не могутъ. Но едва-ли можно отрицать, что для „владѣющихъ“ классовъ эти статьи создаютъ видимость исполненнаго социальнаго долга: „эксплуатація“ запрещена, и „экономически слабые“, насколько этого требуетъ справедливость, ограждены,—слѣдовательно, самый узаконенный въ этическомъ смыслѣ пунктъ позиціи „владѣющихъ“ какъ будто ликвидированъ. Именно на это ослабленіе моральной отвѣтственности я и хотѣлъ обратить вниманіе.

ченію. Стремленіе это имѣетъ своимъ источникомъ экономическія явы современнаго капиталистическаго строя, и потому ярче всего оно сказывается именно въ области договорныхъ имущественныхъ; даже „добрыя нравы“ и „добрая совѣсть“ привлекаются въ жизни главнымъ образомъ для наиболѣе желательнаго урегулированія этихъ послѣднихъ. Ограничительная тенденція по адресу договорной свободы является безспорнымъ отраженіемъ того смутнаго общественнаго сознанія, что исключительное господство индивидуалистическихъ началъ въ экономической области не можетъ привести къ такому регулированію общественной жизни, котораго требуетъ развившаяся социальная этика. Чувствуется, что здѣсь необходима не только „индивидуализація“, но и „солидаризація“ или „соціализація“.

И вотъ въ качествѣ универсальнаго средства для осуществленія такой „соціализаціи“ выдвигается „свободное судейское правотвореніе“. Вънѣ-юридическія инстанціи, которыя привлекаютъ право для своего пополненія, растутъ въ числѣ и расширяются въ объемѣ; но мы видѣли, что всѣ онѣ въ конечномъ счетѣ служатъ только прикрытіемъ для свободнаго усмотрѣнія судьи. Этотъ послѣдній оказывается контролеромъ гражданской жизни не только съ точки зрѣнія ея законности, но и съ точки зрѣнія „общественнаго порядка“, „добрыхъ нравовъ“, „добрай совѣсти“, экономической справедливости. Цѣлые узлы важнѣйшихъ социальныхъ проблемъ переброшены законодателемъ на плечи судьи: не умѣя разрѣшить ихъ самъ, онъ ждетъ разрѣшенія отъ этого послѣдняго.

И когда отдаешь себѣ отчетъ во всей огромности этихъ проблемъ, не можешь не усумниться въ правильности такого приема социальнаго регулированія. Самоустраненіе законодателя въ расчетъ на судью кажется если не трусостью, то во всякомъ случаѣ немощностью.

Устраняясь отъ непосредственнаго разрѣшенія выдвигаемыхъ жизнью вопросовъ и расплывая общественную энергію на борьбу по мелочамъ, въ конкретныхъ судебныхъ процессахъ, законодатель въ то же время подобнымъ приемомъ создаетъ почти полную зависимость всей гражданской жизни отъ дискреціоннаго усмотрѣнія безконечной массы отдѣльныхъ лицъ (судей). Нечего и говорить о томъ, въ какой степени этимъ вносится во всю область юридическихъ отношеній элементъ случайности; почти весь гражданскій правопорядокъ пріобрѣтаетъ характеръ неопредѣленности и прекарности...

Любопытно въ этомъ отношеніи собственное признаніе одного изъ болѣе яркихъ представителей направленія „свобод-

наго права"—Эрлиха—въ его недавнемъ произведеніи „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (1913, стр. 151). „Что такое по германскому праву представляетъ злоупотребленіе правомъ, въ какихъ случаяхъ есть нарушеніе „Treu und Glauben“ или „добрыхъ нравовъ“—этого мы сейчасъ не знаемъ, такъ какъ законъ ничего объ этомъ не говоритъ; мы узнаемъ это только изъ судебныхъ рѣшеній черезъ сто лѣтъ“... Но вѣдь жить приходится не черезъ сто лѣтъ, а сейчасъ...

Думается, что, идя такъ, мы едва ли идемъ по правильному пути. Если невѣрна была идея полного невмѣшательства государства въ область экономическихъ отношеній, то едва ли вѣрна и мысль о регулированіи этихъ отношеній при помощи „справедливаго усмотрѣнія судьи“. Съ точки зрѣнія самыхъ элементарныхъ интересовъ личности послѣднее горше перваго, горше всякаго самаго ограничительнаго законодательства, а съ точки зрѣнія „солидаризаціи“ судейское усмотрѣніе не даетъ ничего. Если эта послѣдняя желательна, то она, очевидно, можетъ быть создана не усмотрѣніемъ судей, а только „усмотрѣніемъ“ закона

XVI.

Обязательства изъ правонарушеній.—Проблема ответственности за вредъ.

Какъ было сказано выше, обязательства изъ правонарушеній были вообще исторически древнѣйшимъ видомъ обязательствъ. Но тогда они преслѣдовали двоякую цѣль: съ одной стороны, возмѣщеніе причиненнаго вреда, а съ другой стороны, нѣкоторое имущественное наказаніе правонарушителя; въ томъ имущественномъ штрафѣ, которое влекло за собою правонарушеніе, сплошь и рядомъ сливались и вознагражденіе за вредъ и карательный штрафъ въ собственномъ смыслѣ. Дальнѣйшая историческая эволюція этихъ обязательствъ заключается въ томъ, что постепенно эта вторая, карательная, функція ихъ отпадаетъ (переходя въ руки уголовного права), и для гражданскаго права остается только задача перваго рода—организация возмѣщенія причиненнаго вреда. Такое разрѣшеніе диктуется самой природой обѣихъ функцій: уголовно-правовое наказаніе имѣетъ свои особыя цѣли и опредѣляется совершенно иными началами, чѣмъ тѣ, которыми можетъ руководиться гражданское право. Тамъ, въ области наказанія, необходимо считаться со степенью опасности дѣянія для всей общественной жизни, со степенью „злой воли“ преступника; тамъ можетъ быть рѣчь о помилованіи его и т. д.; здѣсь, въ области гражданскаго права, мы имѣемъ дѣло только съ частнымъ вредомъ, причиненнымъ однимъ лицомъ другому, и нашей задачей является принятіе мѣръ для возмѣщенія этого вреда, для устраненія вредныхъ послѣдствій неправомернаго дѣянія въ сферѣ частныхъ интересовъ потерпѣвшаго. Конечно, необходимость возмѣстить вредъ будетъ всегда субъективно ощущаться правонарушителемъ, какъ нѣкоторая кара для него, но нельзя это субъективное ощущеніе смѣшивать съ истинной, объективной задачей граждански-правового института возмѣщенія вреда.

Между тѣмъ такое смѣшеніе сказывается часто въ тенденціи поставить размѣръ возмѣщаемаго вреда въ зависимость отъ большей или меньшей виновности правонаруши-

т е л я: кажется естественным, чтобы лицо, проявившее большую степень „злой воли“, отвѣчало сильнѣе, чѣмъ лицо, субъективная виновность котораго меньше. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ еще старые кодексы: Прусское Земское Уложение 6, § 10—12) и Уложение Австрійское (с 1324), которая при умыслѣ или грубой небрежности виновника устанавливають „полное удовлетворение“, а при легкой винѣ—только отвѣтственность за „дѣйствительный вредъ“. Та же идея сказывается въ ст. 1150 Французскаго Кодекса (вообще возмѣщаются только убытки, которые должникъ могъ предвидѣть, при умыслѣ же и убытки непредвидѣнные) и въ ст. 644, 645 нашихъ гражданскихъ законовъ. Римское право, напротивъ, внесло сюда правильный принципъ, который санкционированъ и въ новомъ Германскомъ Уложеніи. Такъ же точно и колебанія русскаго проекта, который въ первой редакціи сталъ было на точку зрѣнія соразмѣренія вреда со степенью вины ¹⁾, уже со второй редакціи ²⁾ прекратились; нѣтъ упоминанія объ этомъ соразмѣреніи и въ ст. 1185 окончательнаго (внесеннаго въ Госуд. Думу) проекта объ обязательствахъ ³⁾. Тѣмъ не менѣе въ послѣднее время въ юридической литературѣ, въ связи съ общимъ усиленіемъ тенденцій „свободнаго права“ и „конкретной справедливости“, замѣчается довольно сильное тяготѣніе къ прежней позиціи ⁴⁾. Это тяготѣніе нашло себѣ полное выраженіе въ Швейцарскомъ обязательственномъ кодексѣ, который предписываетъ судью при опредѣленіи размѣра вреда принимать во вниманіе не только степени вины (ст. 43), но даже и то обстоятельство, не попадетъ ли правонарушитель, вслѣдствіе обязанности возмѣстить вредъ, въ тяжелое положеніе (ст. 44).

Движимая идеей кары или милости къ правонарушителю, эта тенденція вноситъ въ граждански-правовой институтъ возмѣщенія вреда совершенно чуждыя его природѣ криминалистическія начала и въ то же время обнаруживаетъ полную несправедливость по адресу потерпѣвшаго. Доказано, что вредъ причиненъ небрежностью правонарушителя; пусть эта небрежность будетъ легкою, но она

¹⁾ См. по этому поводу мою статью „Обязательства изъ деликтвъ въ проектѣ гражд. уложения“, въ „Приложеніяхъ къ протоколамъ Киевскаго Юрид. Общества“ за 1899 г.

²⁾ См. объясненія къ ст. 1048, со ссылкой на мою упомянутую выше статью.

³⁾ Такое соразмѣреніе осталось, однако, въ ст. 130 этого проекта, регулирующей отвѣтственность при неисполненіи договора. Вслѣдствіе этого возникаетъ несогласованность этой статьи со ст. 1185, несогласованность, которая можетъ привести къ практическимъ абсурдамъ.

⁴⁾ См. Hedema n n. Die Fortschritte des Civilrechts im Laufe des XIX Jahrhunderts, 1910, стр. 100 и сл.

все же остается небрежностью, которая тяжело отозвалась на интересахъ пострадавшаго. Если судъ во вниманіе къ легкости вины правонарушителя возложить на него не полное, а только частичное возмѣщеніе вреда,— часть этого послѣдняго останется невозмѣщенной, и такимъ образомъ ляжетъ на пострадавшаго, который уже рѣшительно ни въ чемъ неповиненъ. Милуя правонарушителя, эта тенденція совершенно забываетъ о пострадавшемъ, милуетъ перваго на счетъ послѣдняго, т.-е. въ подлинномъ смыслѣ оказываетъ милость изъ чужого кармана. Какая изъ этихъ двухъ „справедливостей“ болѣе заслуживаетъ эпитета „одноглазой“, думается, сомнѣній быть не можетъ: Защита этой точки зрѣнія особенно непонятна со стороны тѣхъ, которые вообще склоняются къ соединенію отвѣтственности за вредъ не съ фактомъ вины правонарушителя, а съ фактомъ простаго причиненія вреда: тѣмъ, которые вообще желали бы устранить вопросъ о винѣ правонарушителя, совершенно не пристало говорить о степеняхъ вины при рѣшеніи вопроса о размѣрѣ возмѣщаемаго вреда.

Гражданское право имѣетъ своею задачей устранить вредныя послѣдствія, причиненныя правонарушеніемъ, и для него важно только одно—установить, есть ли на лицо то, что называется правонарушеніемъ и что даетъ основаніе возложить отвѣтственность на его виновника.

Но опредѣленіе того, что такое гражданское правонарушеніе, представляетъ свои — и притомъ чрезвычайныя — трудности. Намъ уже приходилось говорить выше о томъ, что мы сплошь и рядомъ являемся причиной вреда для другихъ, не неся за то никакой отвѣтственности (я открываю конкурентный магазинъ, чѣмъ подрываю вашу торговлю; я беру то мѣсто, которое хотѣли занять вы, и т. д.). Очевидно, такимъ образомъ, не всякое причиненіе вреда другому составляетъ отвѣтственное правонарушеніе, и потому первой задачей гражданскаго права является отграниченіе области этихъ послѣднихъ.

Обыкновенно законодательства довольствуются въ этомъ отношеніи такою или иною общею формулою. Классическимъ образомъ подобной общей формулы является извѣстная ст. 1382 Французскаго Кодекса, которая гласитъ: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer“. Къ тому же типу принадлежитъ ст. 41 Швейцарскаго обязательственнаго кодекса („Wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatz verpflichtet“) и ст. 1173 нашего обязательственнаго проекта („Совершившій съ умысломъ или по

неосторожности недозволенное дѣяніе (дѣйствие или упущение) обязанъ вознаграждать за причиненный такимъ дѣяніемъ вредъ“).

На иной путь пожелали стать составители Германскаго Уложения. Общая формула, въ особенности Французскаго Кодекса, была сочтена ими слишкомъ неопредѣленной: она недостаточно ограничиваетъ понятіе гражданскаго правонарушенія и вслѣдствіе этого перелагаетъ проблему на плечи судей; необходимо, напротивъ, опредѣлить предположенія отвѣтственности за вредъ точнѣе, чтобы такимъ образомъ создать для судебныхъ рѣшеній прочное законное основаніе¹⁾. Такую опредѣленію и посвящены §§ 823, 824 и 825 этого Уложения. Согласно первому и основному изъ этихъ параграфовъ, § 823, отвѣтственъ за вредъ, прежде всего, тотъ, кто умышленно или неосторожно посягнетъ на чью-либо жизнь, тѣлесную неприкосновенность, здоровье, свободу, собственность или какое-нибудь иное право; равнымъ образомъ влечетъ за собою отвѣтственность нарушеніе какого-нибудь закона, имѣющаго своєю цѣлью охрану другихъ лицъ („Verstoß gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz“), — таковы, напр., законы, охраняющіе чужую честь, чужое владѣніе, законы пожарной или санитарной полиціи и т. д.²⁾ Въ дополненіе къ этому § 824 говорить о распространеніи ложныхъ слуховъ, способныхъ подорвать чей-нибудь кредитъ, а § 825 — о нарушеніяхъ женской чести.

Однако, сдѣлавъ это перечисленіе, составители Германскаго Уложения почувствовали, что оно все же еще можетъ оставлять пробѣлы, которые необходимо заполнить. Въ особенности не находили себѣ въ указанномъ перечисленіи мѣста такъ называемыя дѣянія иллюзорныя, т.-е. хотя и совершаемыя на основаніи формальнаго права, но содержащія въ себѣ элементъ шиканы (напр., постройка здания на зло сосѣду, усиленная игра на роляхъ съ цѣлью отбить у сосѣда его учениковъ и т. д.). Предусмотрѣть ихъ въ видѣ отдѣльныхъ сингулярныхъ опредѣленій закона казалось невозможнымъ, и потому къ указанному перечисленію былъ присоединенъ добавочный параграфъ, который въ комиссіи рейхстага былъ значительно расширенъ и приобрѣлъ видъ нынѣшняго § 826. Параграфъ этотъ гласитъ: „кто какимъ-либо противнымъ добрымъ нравамъ образомъ умышленно причинитъ другому вредъ, тотъ обязанъ этотъ вредъ возмѣстить“ (Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden

Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet).

Такъ появился этотъ знаменитый въ новѣйшей юриспруденціи § 826, этотъ „король-параграфъ“, съ которымъ связывается теперь столько ожиданій и столько сомнѣній. Многимъ кажется онъ, вмѣстѣ съ рассмотрѣнными выше §§ 138, 157 и 242 Германскаго Уложения, вмѣстѣ со ст. 2 Швейцарскаго, залогомъ истинно-соціального развитія гражданскаго права, проводникомъ нравственнаго, облагораживающаго вліянія. По германскому примѣру и пересмотрѣнный Швейцарскій обязательственный кодексъ 1911 г. получилъ къ указанной ст. 41 аналогичное дополненіе („Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem Anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt“). Равнымъ образомъ раздаются голоса и у насъ въ пользу включенія подобной статьи въ готовящееся уложеніе объ обязательствахъ³⁾.

Мы достаточно говорили выше о понятіи „добрыхъ нравовъ“, чтобы намъ нужно было останавливаться долго на рассмотрѣнии параграфа 826. Къ сказанному прибавимъ только слѣдующее⁴⁾.

Какъ мы видѣли, авторы Германскаго Уложения руководились стремленіемъ дать болѣе точное опредѣленіе гражданскаго правонарушенія, чѣмъ то, которое даетъ ст. 1382 Code civil. Они хотѣли создать для судебной практики прочное законное основаніе, не считая возможнымъ перелазить проблему на плечи отдѣльныхъ судей. И вотъ, въ результатъ этихъ благихъ стремленій — § 826 и „добрые нравы“. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что, благодаря этому параграфу, въ опредѣленности предыдущихъ статей разлетается прахомъ, и самая система Германскаго уложенія дѣлается неизмѣримо болѣе туманной, чѣмъ „система“ Art. 1382. Неопредѣленность юридическая осложняется и во много кратъ усиливается неопредѣленностью съ точки зрѣнія „добрыхъ нравовъ“.

Конечно, § 826 имѣетъ много горячихъ поклонниковъ, но любопытно, что въ послѣднее время онъ начинаетъ встрѣчать и горячую оппозицію и притомъ именно со стороны тѣхъ, въ интересахъ которыхъ всѣ подобныя нормы были, главнымъ образомъ, созданы, — со стороны „экономически слабыхъ“. Когда германскіе суды, опираясь на § 826, попробовали признавать противными „добрымъ нравамъ“ бойкотъ и другіе способы соціальной борьбы

¹⁾ Ср. Сливницкій. „Право на честное къ себѣ отношеніе“ въ сборникѣ „Пам'яті проф. Шершеневича“. 1915.

²⁾ Ср. мою статью „Принудительный альтруизмъ“ въ „Вѣстникъ Права“. 1902 г., кн. I.

¹⁾ См. Denkschrift § 100.

²⁾ Ср., напр., Planck. Комментарій къ § 823.

рабочих против предпринимателей, в средѣ рабочих и въ доброжелательныхъ къ нимъ кругахъ послышались горячіе протесты „противъ попытокъ судебной практики подчинить своему контролю цѣли и возможные результаты борьбы“¹⁾. И русский изслѣдователь § 826 (пр.-доц. Сливичкій), весьма благопріятно къ нему настроенный, вынужденъ признать, что „къ отношеніямъ соціальной борьбы, равно какъ и къ нѣкоторымъ инымъ отношеніямъ (напр., къ отношеніямъ между промышленными картелями и неприсоединившимися предпринимателями), неприложимы не только такіе „каучуковые“ параграфы, какъ § 826 Герм. Гражд. Уложения, но и другіе, менѣе эластичные параграфы, разъ они все-таки допускаютъ возможность различныхъ толкованій и выводовъ. Подобныя отношенія должны быть урегулированы на основаніи особыхъ правилъ, съ возможной полнотой и точностью опредѣляющихъ права и обязанности сторонъ и ставящихъ наличность правъ и обязанностей въ зависимость отъ объективных и легко контролируемыхъ признаков“.

Мы, съ своей стороны, полагаемъ, что если подобныя „каучуковыя“ нормы „неприложимы“ въ этой, едва ли не самой главной, области современныхъ треній, то онѣ также „неприложимы“ и въ другихъ областяхъ. „Соціальная борьба“ совершается не только въ этой сферѣ, и вездѣ одинаково не можетъ быть признано прогрессомъ такое состояніе, когда „вся матерія права... растворяется въ зыбкую атмосферу нравственного такта и лишается твердыхъ осязательныхъ формъ и нормъ“. Дѣло не въ особенностяхъ тѣхъ или другихъ отношеній, а въ особенностяхъ самой нормы, которая всякую область превратитъ въ область дискреціоннаго судейскаго усмотрѣнія и юридической неизвѣстности. Поскольку § 826 выходитъ за предѣлы очерченнаго нами ранѣе понятія шиканы, поскольку онъ вступаетъ въ роль „общаго корректива всего гражданскаго права“, онъ неизбежно разжижаетъ весь организмъ этого послѣдняго и при интенсивномъ своемъ примѣненіи можетъ довести его до состоянія безформенной слизи, которая будетъ только облипать, но не будетъ регулировать общественнаго порядка.

Однако, роль § 826 (и аналогичныхъ ему статей другихъ законодательствъ) сказаннымъ не исчерпывается; съ нимъ связывается еще одинъ вопросъ, имѣющій также огромное принципиальное значеніе²⁾.

¹⁾ См. объ этомъ указанную выше статью Сливичкаго.

²⁾ Ср. къ этому мою цит. выше статью „Принудительный альтруизмъ“.

Вредъ можетъ явиться результатомъ не только дѣйствія, но и бездѣйствія, и вслѣдствіе этого естественно возникаетъ вопросъ о томъ, когда же именно это послѣднее можетъ оказаться гражданскимъ деликтомъ и повлечь за собой отвѣтственность за вредъ. Если вообще (съ известнымъ приближеніемъ) можно сказать, что мы обязаны воздерживаться отъ дѣйствій, способныхъ причинить другому вредъ, то теперь спрашивается, насколько мы обязаны дѣйствовать въ интересахъ другихъ, обязаны въ томъ смыслѣ, что наше бездѣйствіе явится основаніемъ отвѣтственности передъ ними?

Общепризнаннымъ юридическимъ принципомъ на этотъ счетъ является правило, что бездѣйствіе будетъ правонарушеніемъ только тогда, когда существовала для лица извѣстная, положительнымъ закономъ установленная, обязанность дѣйствовать. Какъ говорить ст. 1173 нашего Проекта объ обязательствахъ, „упущеніемъ признается несовѣршеніе такого дѣйствія, исполненіе котораго было обязательно въ силу закона или распоряженія подлежащей власти“. Поэтому, напримѣръ, будетъ упущеніемъ неисполненіе распоряженій полиціи или городского управленія объ обязательной посыпкѣ пескомъ тротуаровъ во время гололедицы, объ освѣщеніи домовыхъ лѣстницъ и т. п. Если кто-либо вслѣдствіе бездѣйствія домовладѣльца въ этомъ отношеніи потерпитъ вредъ, то этотъ вредъ долженъ быть ему возмѣщенъ.

За предѣлами этихъ, прямо закономъ указанныхъ, случаевъ обязанности дѣйствовать въ интересахъ другихъ лицъ не существуетъ: каждый долженъ заботиться о своихъ интересахъ самъ, и нѣтъ никакого основанія привлекать къ принудительному содѣйствію другихъ лицъ.

Однако, на почвѣ этого правила возможны явленія, способныя жестоко возмутить наше нравственное чувство. Представьте себѣ, что нѣкто, гуляя по берегу рѣки, видитъ, что купающійся въ ней человѣкъ тонетъ; онъ могъ бы легко спасти, но проходитъ мимо. Нѣкто, гуляя по полотну желѣзной дороги, замѣчаетъ лопнувшій рельсъ и въ то же время видитъ, что къ этому мѣсту идетъ поѣздъ; подавъ сигналъ, онъ могъ бы предотвратить крушеніе, но проходитъ мимо. Нѣкто замѣчаетъ начинающійся пожаръ; легкимъ усиленіемъ онъ могъ бы потушить, но проходитъ мимо; и т. д. Представьте себѣ въ довершеніе, что мотивомъ для „бездѣйствія“ во всѣхъ указанныхъ случаяхъ была не простая разсѣянность или небрежность, а прямое и злостное желаніе вреда для того, кого несчастье готово постигнуть: для утопающаго или его близкихъ, для желѣзнодорожной компаніи, для собственника загорающагося

здания. При таких условиях наше нравственное возмущение достигнет крайнего предела, и указанное только-что правило об общей безответственности упущения покажется нам безнравственным и антисоциальным¹⁾.

И вот, по толкованию германских юристов, спасительным выходом из описанного, этически-невыносимого, положения является наш § 826. Запрещающая всякое умышленное причинение вреда поведением, противным „добрым нравам“, этот параграф дает возможность и в приведенных только-что случаях привлечь виновника к гражданско-правовой ответственности: своим безнравственным бездействием он „причинил“ вред и потому должен его возместить. Проблема неправомырного бездействия таким образом, повидимому, разрешается просто и совершенно удовлетворительно.

Тем не менее подобное разрешение уже тотчас же послѣ издания Германскаго Уложения вызвало сомнѣнія со стороны весьма авторитетных ученых²⁾. Указывалось снова на чрезвычайную неопредѣленность § 826 и на связанную съ этимъ опасность его безпредѣльнаго растяжения. Какъ далеко могутъ ити „добрые нравы“ въ требованіи альтруистической дѣятельности въ интересахъ другихъ лицъ, этотъ вопросъ отдается всецѣло въ руки субъективнаго усмотрѣнія отдѣльныхъ судей. Темъ болѣе, что требованіе „умышленности“ понимается здѣсь не въ строгомъ, смыслѣ умысла; считается достаточнымъ для ответственности и простое сознание возможности вреда. При такихъ условіяхъ не будетъ ничего невозможнаго, если суды начнутъ возлагать ответственность и въ тѣхъ, напр., случаяхъ, когда кто-нибудь не разбудитъ спящаго въ вагонѣ пассажира на той станціи, на которой ему надо выйти, не подниметъ оброненной кѣмъ-либо вещи, не обратитъ вниманія хозяина ѣдущей тележки на готовое свалиться колесо и т. д., и т. д. Къ какимъ пертурбациямъ можетъ привести подобное понудительное видѣніе „добрыхъ нравовъ“ въ области гражданскихъ отношеній, — этого даже приблизительно предугадать нельзя. Сознывая всю опасность такого безпредѣльнаго растяженія § 826, сами его авторы взывали къ осторожности и сдержанности въ его примѣненіи; но это воззваніе осталось только совѣтомъ, спрятаннымъ за кулисами кодекса въ юридически

¹⁾ Эту проблему зналъ уже Bentham. Traité de législation. Tome I. p. 106—107. — Въ новѣйшее время о ней говоритъ P. Appleton въ статьѣ „L'abstention fautive en matière delictuelle, civile et pénale“ (Révue trimestrielle de droit civil. 1912. № 3).

²⁾ См., напр., Liszt. Die Deliktobligationen im System des BGB. 1898.

необязательныхъ „Мотивахъ“. На сценѣ остается только текстъ закона, предоставляющей судѣ совершено неограниченную возможность по своему усмотрѣнію „облагораживать“ гражданскую жизнь, „воспитывать въ населеніи альтруистическія чувства“. Не даромъ даже такой горячій поклонникъ идеи „добрыхъ нравовъ“, какъ Коллеръ, рѣшительно протестуетъ противъ установленія подобной общей обязанности заботиться о другихъ, называя нормы этого рода не только невыполнимыми, но даже и „культурно-вредными“ (kulturfeindlich)¹⁾.

Вступая на этотъ путь, мы, безъ сомнѣнія, сбиваемся съ правильной дороги: движимые указаннымъ выше этическимъ безпокойствомъ, мы хватаемся за первое попавшееся намъ подъ руки средство, не отдавая себѣ отчета въ его серьезной опасности. Между тѣмъ, единственно правильной реакціей въ случаѣ подобнаго рода можетъ быть не гражданская, а только уголовная ответственность лица, попустившаго гибель челоѣка или крушеніе поѣзда. Только эта уголовная ответственность способна приспособиться ко всѣмъ особенностямъ конкретнаго случая, къ степенямъ „злой воли“ преступника и т. д., что также требуется нашимъ этическимъ сознаниемъ, и чему не можетъ удовлетворить гражданско-правовое возмѣщеніе вреда. И, какъ известно, уголовные кодексы знаютъ отдѣльные случаи подобной ответственности.

Но должна ли съ уголовной ответственностью непременно связываться и ответственность гражданская? Составляетъ ли всякое нарушеніе уголовного запрета или приказа уже eo ipso и правонарушеніе гражданское? Конечно, нѣтъ. Это мы видимъ уже на примѣрѣ Германскаго Уложения, которое во второй части своего § 823 объявляетъ гражданскимъ деликтомъ только нарушеніе закона, имѣющаго своею цѣлью охрану интересовъ частныхъ лицъ; нарушенія же другихъ законовъ, напр., охраняющихъ государственнй порядокъ (бунтъ, измѣна и т. д.), составляютъ только преступленія уголовныя и не создаютъ для частныхъ лицъ никакихъ правъ на возмѣщеніе убытковъ. При обсужденіи этого вопроса въ комиссіи къ этой послѣдней категоріи относились даже законы пожарной или санитарной полиціи, хотя въ рейхстагѣ точка зрѣнія на нихъ измѣнилась²⁾. Конечно, законъ всегда можетъ усилить репрессію уголовную ответственностью гражданской, пользуясь ею, какъ

¹⁾ I. Kohler. Ein Fall der Menschenhilfe in Privatrecht, статья въ „Archiv für bürgerl. Recht“, т. 36 (1911), вып. I, стр. 2.

²⁾ См. P i a n c k. Комментарій къ § 823.

мѣрой социальной политики, но сама по себѣ послѣдняя отнюдь не вытекаетъ изъ первой. Тѣ случаи преступнаго бездѣйствія, которые интересуютъ насъ въ нашемъ вопросѣ, думается намъ, даютъ основаніе только для отвѣтственности уголовной: съ одной стороны, бездѣйствіе этого рода возмущаетъ насъ не какъ посягательство на тѣ или другіе частные интересы, а какъ извѣстное антисоціальное и антиморальное поведеніе лица вообще; съ другой стороны, возложить полную имущественную отвѣтственность, быть можетъ, за огромный вредъ (напр., при крушеніи поѣзда) на постороннее лицо, которое проявило только бездѣйствіе, было бы едва ли справедливо.

Но и уголовная отвѣтственность за бездѣйствіе можетъ быть установлена только въ наиболѣе важныхъ случаяхъ, именно тамъ, гдѣ опасность грозить важнѣйшимъ личнымъ благамъ людей— ихъ жизни или здоровью (человѣкъ тонетъ, грозитъ крушеніе поѣзда и т. д.). Распространять ее далѣе было бы и неумѣстно, и опасно. Въ особенности это было бы неумѣстно и опасно по отношенію къ имущественнымъ интересамъ: устанавливать общую обязанность заботиться о предотвращеніи вреда для другихъ значило бы возлагать на всѣхъ бремя совершенно невыполнимое.

Конечно, развитіе предупредительности къ чужимъ интересамъ, извѣстнаго „альтруизма“ въ этомъ смыслѣ, было бы въ высокой степени желательно; но итти къ этому слѣдуетъ не путемъ установленія принудительности (уголовной или гражданской), а путемъ созданія такихъ или иныхъ стимуловъ для развитія предупредительности добровольной. Гражданское право знаетъ уже нѣкоторыя нормы этого рода: таковы, напр., правила о вознагражденіи за находку потерянныхъ вещей. Быть можетъ, слѣдуетъ пойти въ этомъ направленіи нѣсколько далѣе и, по примѣру ст. 403 Австрійскаго Уложения, установить аналогичное вознагражденіе за спасеніе чужихъ вещей отъ неминуемой гибели. Но во всякомъ случаѣ и здѣсь для подобныхъ мѣръ есть свой предѣлъ: возвести въ общее правило какое-нибудь вознагражденіе за всякій предупрежденный вредъ значило бы создать почву для самаго непрошеннаго вмѣшательства въ чужія дѣла и для самыхъ недобросовѣстныхъ претензій.

Какъ бы то ни было, если всѣ эти вопросы можно рѣшать такъ или иначе, то едва ли можетъ подлежать сомнѣнію одно: путь параграфа 826 и возложеніе гражданской отвѣтственности за бездѣйствіе, противное „добрымъ нравамъ“, есть путь ошибочный и грозящій намъ самыми разносторонними опасностями.

* * *

Мы говорили до сихъ поръ о гражданскомъ правонарушеніи, какъ о нѣкоторомъ дѣяніи, причинившемъ другому лицу вредъ. Но достаточно ли для наличности правонарушения и отвѣтственности одного виѣшняго момента дѣянія? Достаточно ли для привлеченія къ отвѣтственности того простого факта, что одно лицо явилось причиной вреда для другого?

Этотъ вопросъ служитъ также въ настоящее время предметомъ самой оживленной борьбы между двумя противоположными течениями ¹⁾.

Какъ показываетъ исторія, всякое древнее право отвѣчало на этотъ вопросъ утвердительно. Отвѣтственность связывалась тогда съ простымъ фактомъ причиненія вреда; ни въ какіе вопросы субъективной виновности примитивное право не входило. Желалъ ли правонарушитель причинить вредъ или не желалъ, сознавалъ ли онъ свое дѣяніе или не сознавалъ,—все это было безразлично, все это были такіе моменты, которымъ не придавалось никакого значенія. Вслѣдствіе этого къ отвѣтственности (какъ гражданской, такъ и уголовной) привлекались даже лица безумныя или малолѣтнія дѣти. Подобно тому, какъ при договорахъ древнее право держалось за сказанное слово или за виѣшнюю форму независимо отъ того, соотвѣтствуютъ ли они внутренней волѣ или нѣтъ, такъ же точно и здѣсь оно останавливалось на виѣшнемъ фактѣ причиненія вреда, не вдаваясь въ вопросъ о внутреннемъ отношеніи лица къ своему дѣянію.

Но дальнѣйшая эволюція приводитъ и здѣсь къ тому, что мало-по-малу центръ тяжести переносится внутрь: не причиненіе вреда само по себѣ вызываетъ отвѣтственность, а лишь причиненіе въ связи съ виновностью — умысломъ или небрежностью. Дѣяніе, которое не можетъ быть вмѣнено въ вину, разсматривается какъ несчастный случай, за который никто не отвѣчаетъ. Поэтому, въ противоположность старому порядку, освобождаются отъ отвѣтственности лица, лишенныя способности разумнія, освобождаются и всѣ тѣ, которые явились лишь невольными виновниками вреда.

Впервые римское право отчетливо сформулировало этотъ новый принципъ, принципъ вины: правила „casus a nullo praestatur“ (за случай никто не отвѣчаетъ) и „casum sentit dominus“ (случай остается на томъ, кого онъ поражаетъ) были основными заповѣдями его юридической системы. Лишь въ нѣко-

¹⁾ Ср. мою статью „Возмѣщеніе вреда и разложеніе его“ въ „Вѣстникъ права“ 1899 г., кн. XI.—Главнѣйшую литературу послѣ этой статьи см. у Hedera n n. Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert. 1910, стр. 81—82.

торых отдельных отношениях оно устанавливало ответственность более строгую. Наиболее ярким примѣромъ этого послѣдняго рода является отвѣтственность хозяевъ гостиницъ, постоялыхъ дворовъ или кораблей за пропажу вещей постояльцевъ или пассажировъ: хозяева эти отвѣчали даже тогда, если никакой вины съ ихъ стороны (въ дѣлѣ надзора или выбора прислуги) не было; ихъ освобождало только доказательство того, что вещь погибла отъ такъ называемой „непреодолимой силы“ (*vis major*), т.-е. несчастья стихійнаго, чрезвычайнаго, котораго никакая человѣческая сила предотвратить не можетъ (*casus, cui humana infirmitas resistere non potest*—напр., наводненіе, землетрясеніе, набѣгъ разбойниковъ и т. д.). Установленная преторомъ, вѣроятно, въ эпоху гражданскихъ смутъ послѣдняго столѣтія республики, эта повышенная отвѣтственность имѣла своею цѣлью оказать максимальное давленіе на энергію указанныхъ предпринимателей въ дѣлѣ охраны интересовъ ихъ клиентовъ и этимъ обезопасить путешествія отъ разныхъ событий сомнительнаго характера.

Вмѣстѣ съ рецепціей римскаго права принципъ вины вошелъ затѣмъ въ право новыхъ народовъ и сталъ, казалось, неизбежнымъ основаніемъ началомъ всякаго культурнаго правопорядка.

Однако, со второй половины XIX столѣтія начинаются колебанія, которая мало-по-малу переходятъ въ полное отрицаніе справедливости и социальной цѣлесообразности этого начала. Практическимъ толчкомъ къ сомнѣніямъ въ этомъ смыслѣ послужило развитіе крупныхъ транспортныхъ и промышленныхъ предпріятий: желѣзныхъ дорогъ, пароходствъ, фабрикъ, заводовъ и т. д. Обычная эксплуатація этихъ предпріятий неизбежно влечетъ за собой извѣстное количество несчастныхъ случаевъ (пожаръ, переѣхалъ зашедшее на линію животное, искра изъ локомотива зажгла находящееся невдалекѣ строеніе, машина на фабрикѣ изуродовала рабочаго и т. д.), которые даже при самомъ строгомъ отношеніи никакъ не могутъ быть сведены къ какой-либо винѣ хозяина. Между тѣмъ оставить потерпѣвшихъ безъ вознагражденія кажется въ этихъ случаяхъ несправедливымъ. Нѣкоторое время судебная практика пыталась удовлетворить этому требованію справедливости, растягивая понятіе вины до самыхъ фиктивныхъ предѣловъ: классическимъ стало въ этомъ отношеніи одно изъ рѣшеній высшаго баварскаго суда, которое провозгласило, что уже самое употребленіе на желѣзныхъ дорогахъ локомотивовъ, выбрасывающихъ искры, составляетъ виновный образъ дѣйствій. Но такіе натяжки, очевидно, не могли считаться нормальнымъ состояніемъ, и на помощь пришло законодательство. Въ разныхъ странахъ и

въ разное время появились спеціальныя законы, которыми была установлена для всѣхъ подобныхъ предпріятий повышенная отвѣтственность внѣ зависимости отъ вины ихъ хозяевъ, на подобіе римской отвѣтственности содержателей гостиницъ или постоялыхъ дворовъ.

Однако, сомнѣнія въ справедливости принципа вины, однажды возбужденныя, не могли уже улечься, и въ юриспруденціи стало все опредѣленнѣе и опредѣленнѣе обозначаться теченіе въ пользу полнаго отказа отъ принципа вины и замѣны его старымъ принципомъ причиненія (*Verursachungsprinzip*). Этотъ послѣдній принципъ въ ошибочномъ историческомъ убѣжденіи возводили нерѣдко въ достоинство національно-германскаго и въ такомъ качествѣ противопоставали его принципу вины, какъ началу римскому, чуждому и навязанному. Даже болѣе того: противоположность между обоими этими принципами стали сводить къ противоположности между индивидуализмомъ и социальной солидарностью. Особенно горячо проводилъ эту мысль уже неоднократно цитированный нами Гирке. Только романстически-индивидуалистическому заблужденію, — говорилъ онъ ¹⁾, только полному забвенію социальныхъ задачъ гражданскаго права мы должны приписать, если все регулированіе отвѣтственности за вредъ строится на принципѣ вины и деликта. Напротивъ, если мы не будемъ упускать этихъ задачъ изъ виду, то намъ не обойтись безъ германскаго принципа отвѣтственности уже вслѣдствіе простаго причиненія. Пусть причинившій вредъ невиновенъ, но вѣдь еще менѣе виновенъ пострадавшій...

Вопросъ, такимъ образомъ, былъ радикально поставленъ, и съ той поры споръ ведется до настоящаго момента, хотя, видимо, съ теченіемъ времени онъ утрачиваетъ значительную долю своей прежней остроты: если и встрѣчаются еще крайніе защитники исключительности того или другого изъ этихъ двухъ принциповъ, то основное настроеніе юриспруденціи далеко отъ обѣихъ крайностей. Вообще, вопросъ о принципѣ вины или принципѣ причиненія имѣетъ много сходнаго съ разсмотрѣннымъ выше вопросомъ о принципѣ воли или принципѣ изьявленія при договорахъ. Какъ тамъ, такъ и здѣсь—одна и та же историческая эволюція отъ внѣшняго факта причиненія (вреда) или волеизъявленія (при договорахъ) къ внутреннему элементу воли. Какъ тамъ, такъ и здѣсь, послѣ періода исключительнаго господства этого послѣдняго элемента, новѣйшій поворотъ въ сторону столь

¹⁾ Gierke. Die sociale Aufgabe des Privatrechts. 1889, стр. 33.

же исключительного „довѣрія къ вѣшнимъ фактамъ“. Наконецъ, какъ тамъ, такъ и здѣсь—установление нѣкоторой средней линіи юридическаго разрѣшенія, хотя эта линія далеко еще не свободна отъ колебаній. Оставляя въ сторонѣ подробности этого въ высокой степени любопытнаго вопроса, мы остановимся только на самой его сущности.

Возможно ли, въ самомъ дѣлѣ, положить въ основу возмѣщенія вреда принципъ причиненія, какъ этого требовали его крайніе апологеты? Возможно ли ту повышенную отвѣтственность, отвѣтственность безъ вины, которую законъ устанавливаетъ для извѣстныхъ отдѣльныхъ случаевъ, вродѣ вышеприведенныхъ, сдѣлать общимъ правиломъ?

Этотъ вопросъ имѣть какъ свою теоретическую, такъ и свою практическую сторону.

Прежде всего, съ теоретической стороны, спрашивается, какое могло бы быть этическое оправданіе для привлеченія къ отвѣтственности того, кто оказался лишь случайно и невольною причиною вреда? Пока мы стоимъ на точкѣ зрѣнія принципа вины, мы имѣемъ такое этическое оправданіе въ собственной винѣ (умыслѣ или небрежности) причинившаго вредъ; но какъ только мы переходимъ мысленно къ принципу причиненія, это основаніе отпадаетъ. Проходя по улицѣ, вы внезапно почувствовали себя душно и, падая въ обморокъ, разбили стекло магазина; охотясь въ лѣсу, гдѣ вообще охотиться можно, вы случайно подстрѣлили человѣка, находившагося тамъ также случайно. По какимъ этическимъ соображеніямъ мы привлечемъ къ отвѣтственности въ подобныхъ случаяхъ лицо, которому мы никакому упреку по поводу его поведенія сдѣлать не можемъ? Нельзя же, въ самомъ дѣлѣ, довольствоваться вышеприведеннымъ соображеніемъ Гирке: „если причинившій вредъ не виноватъ, то еще менѣе виноватъ пострадавшій“. Съ точки зрѣнія этого соображенія, съ равнымъ правомъ можно было бы привлечь къ отвѣтственности всякаго встрѣчнаго, ибо всякому на его вопросъ „чѣмъ я виноватъ?“ точно такъ же можно было бы отвѣтить: „ты, конечно, не виноватъ, но еще менѣе виноватъ потерпѣвшій!..“

На поиски этого этическаго оправданія было потрачено немало усилій. Одни усматривали его въ идеѣ риска („*idée du risque*“ французской юриспруденціи, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ Unger'a); всякій, кто дѣйствуетъ, долженъ нести на себѣ рискъ за всѣ случайныя послѣдствія своей дѣятельности. Но это соображеніе, какъ общее основаніе, не выдерживаетъ пробы: если дѣйствовалъ причинившій вредъ, то, съ другой стороны, точно такъ же

дѣйствовалъ и пострадавшій. Если моя прогулка по улицѣ должна быть дѣйствіемъ на мой рискъ, то почему не является такимъ же дѣйствіемъ на свой рискъ и постановка стекляннаго окна въ магазинъ? Если моя охота является дѣйствіемъ на мой рискъ, то въ такой же степени является дѣйствіемъ на его рискъ и прогулка въ лѣсу того, кто попалъ случайно подъ выпущенный мною зарядъ. Почему при такихъ условіяхъ рискъ долженъ лечь на меня а не на него, остается неяснымъ. Другіе ссылались на „принципъ активнаго интереса“ (K. Merkel): всякій, кто активно осуществляетъ свой интересъ, долженъ взять на себя и всѣ возможные послѣдствія этого осуществленія. Но и эта ссылка разбивается о тѣ же соображенія, которыя были только-что приведены. Третьи (M. Rümelin) думали найти опору въ идеѣ повышенія опасности (*Gefährungsprinzip*): тотъ, кто своею дѣятельностью повышаетъ опасности для окружающихъ свыше обычнаго уровня, долженъ нести на себѣ и отвѣтственность за это повышеніе. Но эта идея, быть можетъ, пригодная для объясненія повышенной отвѣтственности въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ (железныя дороги, автомобили и т. д.), очевидно, не годится для оправданія принципа причиненія, какъ общаго правила: о какомъ-нибудь особенномъ повышеніи опасности для окружающихъ, напр., въ случаѣ моего отравленія на прогулку, конечно, серьезно нельзя говорить. Чѣмъ далѣе продолжались поиски въ этомъ направленіи, тѣмъ болѣе выяснялось, что тѣ соображенія, которыя оправдываютъ повышеніе отвѣтственности въ однихъ случаяхъ, не годятся для другихъ, что эти соображенія разнообразны, но ни одно изъ нихъ не можетъ послужить этическимъ основаніемъ для установленія принципа причиненія, какъ общей нормы отвѣтственности за вредъ, и для замѣны имъ этически яснаго принципа вины¹⁾.

Съ другой стороны, и въ практическомъ отношеніи установленіе принципа причиненія привело бы къ послѣдствіямъ едва ли желательнымъ. Уже многократно указывалось на то, что возложеніе отвѣтственности за всякій случайный вредъ погрузило бы всю нашу жизнь и дѣятельность въ необозримую пучину случайностей и тѣмъ до крайности стѣснило бы свободу движенія; наиболѣе вѣрнымъ средствомъ для избѣжанія этихъ случайностей явилось бы безвыходное сидѣнье въ своей мушкетѣ и воздержаніе отъ всякой активности даже въ ея самыхъ примитивныхъ формахъ.

Но, быть можетъ, наиболѣе наглядное доказательство невозможности построить отвѣтственность на принципѣ причиненія при-

¹⁾ Ср. Max Rümelin. *Schadensersatz ohne Verschulden*. 1910, стр. 74.

шло изнутри, изъ него самого. Когда сторонники этой идеи доказывали несостоятельность принципа вины, они для иллюстраціи любили прибѣгать къ примѣрамъ, въ которыхъ случайнымъ виновникомъ вреда оказывается лицо богатое, а потерпѣвшимъ лицо несостоятельное. Развѣ справедливо,—воскликали они,—чтобы миллионеръ, случайно подстрѣлившій на охотѣ крестьянина, остался въ сторонѣ отъ той массы горя и нищеты, которая была создана его дѣянiемъ? Непосредственное нравственное чувство подсказывало бы всякому порядочному челоуѣку на его мѣстѣ прийти на помощь пострадавшему и взять на себя послѣдствiя своего дѣянiя. Право должно слѣдовать за этимъ нравственнымъ сознаниемъ и санкціонировать его велѣніе: потерпѣвшій не долженъ зависѣть отъ милости причинившаго вредъ, онъ долженъ имѣть законное право ¹⁾.

Однако, этотъ аргументъ имѣлъ и свою обратную сторону. Если бы мы на этомъ основанiи установили общую отвѣтственность за причиненіе, то эта отвѣтственность легла бы не только на лицъ состоятельныхъ, но и на всѣхъ. А при такихъ условiяхъ она сплошь и рядомъ оказалась бы въ противорѣчiи съ тѣмъ самымъ чувствомъ справедливости, къ которому до сихъ поръ апеллировали. Въ самомъ дѣлѣ, достаточно въ приведенномъ примѣрѣ переимѣнить роли участниковъ (крестьянинъ подстрѣлил челоуѣка, зарабатывавшаго до сихъ поръ большiя средства), чтобы увидѣть, къ какимъ тяжелымъ послѣдствiямъ проектируемая отвѣтственность могла бы привести (крестьянинъ, въ дѣянiи котораго не усмотрѣно никакой вины, оказался бы въ полной пожизненной кабалѣ для доставленiя потерпѣвшему средствъ, необходимыхъ ему для существованiя „сообразно его званiю и состоянiю“, средствъ, значительно превышающихъ тѣ, которыя тратитъ самъ крестьянинъ для своего скуднаго существованiя). Очевидно, если желательно оставаться въ согласiи съ чувствомъ справедливости, необходимо принимать во вниманіе не только фактъ причиненiя вреда, но и сравнительную и имущественную состоятельность обоихъ участниковъ.

Весь этотъ ходъ размышленiй, дѣйствительно, и продѣлала германская коммиссія, пересматривавшая первый проектъ уложенiя. Этотъ первый проектъ стоялъ всецѣло на старой точкѣ зрѣнiя принципа вины, но опубликованіе его совпало съ моментомъ наибольшаго подъема описанныхъ выше сомнѣнiй и вызвало самую горячую критику. Подъ впечатлѣнiемъ этой критики вто-

¹⁾ См. Протоколы германской коммиссіи для пересмотра перваго проекта. Т. II, стр. 583, 590.

рая коммиссія сочла необходимымъ сдѣлать новому теченію серьезныя уступки и, обсуждая эти уступки, она дошла до мысли включить въ отдѣлъ объ отвѣтственности за вредъ слѣдующую, въ высокой степени важную, статью (§ 752 втораго проекта): „Кто не отвѣчаетъ за причиненный имъ вредъ потому, что на его сторонѣ нѣтъ ни умысла, ни вины, долженъ все-таки возмѣстить убытки, насколько этого требуетъ справедливость по обстоятельствамъ конкретнаго случая, а въ особенности по имущественному положенію сторонъ, и насколько причинившій вредъ не лишится отъ этого средствъ для подобающаго ему существованiя“.

Этой статьѣ, впрочемъ, не суждено было стать дѣйствующимъ закономъ: въ Bundesrath'ѣ она была выброшена, и попытка возстановить ее въ коммисіи рейхстага была отвергнута. Тѣмъ не менѣе идея, лежавшая въ ея основанiи, отнюдь не сошла со сцены: она отражается въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ положенiяхъ новѣйшихъ кодексовъ (объ этомъ ниже); она пользуется симпатiями въ широкихъ кругахъ общества, и „нелзя знать, что принесетъ съ собой законодательство будущаго“ ¹⁾. Во всякомъ случаѣ она имѣетъ огромный принципиальный интересъ.

Однако, каково бы ни было наше рѣшеніе относительно этой идеи въ дальнѣйшемъ, самое ея возникновеніе прежде всего свидѣтельствуетъ о полномъ крушенiи принципа причиненiя, какъ возможнаго общаго начала отвѣтственности за вредъ. Ибо отвѣтственность въ зависимости отъ имущественнаго положенiя сторонъ есть уже не отвѣтственность по принципу, причиненiя а отвѣтственность по нѣкоторому „третьему принципу“—„принципу конкретной справедливости“ ²⁾

Но можетъ быть, дѣйствительно, дальнѣйшій прогрессъ права заключается въ переходѣ къ этому „третьему принципу“? Быть можетъ, предъ лицомъ этой новой идеи терпѣть крушеніе не только принципъ причиненiя, но и принципъ вины?

Мы снова стоимъ передъ той же заманчивой мыслью, передъ которой мы уже стояли много разъ,—передъ мыслью объ отказѣ отъ всѣхъ „принциповъ“ и о предоставленiи всего на усмотрѣніе судьи.

Конечно, такое рѣшеніе представляетъ для его сторонниковъ много удобствъ. „Всякія теорiи справедливости,—говоритъ совершенно правильно М. Рюемелинъ ³⁾,—благодаря своей неопре-

¹⁾ Hedemann. Die Fortschritte des Zivilrechts, стр. 114.

²⁾ Hedemann, l. cit.

³⁾ Schadensersatz ohne Verschulden, стр. 64—65.

дѣлности, находятся въ томъ пріятномъ для нихъ положеніи, что онѣ могутъ отвергнуть любой выводъ, который для нихъ неудобенъ. Если мы спросимъ ихъ, долженъ ли напр., богатый человѣкъ, заразившій безъ всякой вины съ своей стороны какою-нибудь болѣзнью бѣднаго, отвѣчать передъ нимъ, и не существовать ли въ случаѣ эпидеміи нѣкотораго рода коммунизма между всѣми послѣдовательно заразившимися, то онѣ, конечно, отвѣтятъ: объ этомъ не можетъ быть рѣчи, это не соотновѣствуетъ справедливости... Съ этой стороны онѣ, такимъ образомъ, неуловимы¹⁾. Но значитъ ли это, что онѣ и хороши? Есть ли „неуловимость“ желательный признакъ права?

Конечно, „richesse oblige“; но если мы будемъ регулировать отвѣтственность за вредъ не въ зависимости отъ тѣхъ или иныхъ „принциповъ“, а въ зависимости отъ имущественной состоятельности сторонъ, то не значитъ ли это, что мы превратимъ судъ въ органъ „справедливаго распредѣленія богатствъ“? А пригоденъ ли онъ для этой цѣли? Сообразно какимъ социально-экономическимъ воззрѣніямъ онъ будетъ совершать эту работу? Наконецъ, подумаемъ о томъ, какъ подѣйствуетъ возможность подобнаго „перераспредѣленія богатствъ“ на психологию населенія, на возникновеніе самыхъ фантастическихъ претензій и процессовъ²⁾.

Конечно, „richesse oblige“, но не передъ тѣми или другими случайными лицами, а передъ цѣлымъ обществомъ, которое обезпечиваетъ возможность созданія и существованія этихъ богатствъ. И если необходимо болѣе справедливое распредѣленіе ихъ,—оно должно быть совершенно не судомъ и не въ зависимости отъ тѣхъ или другихъ мелкихъ случайностей жизни, а самимъ обществомъ-государствомъ, сообразно какому-нибудь рациональному плану.

Если „принципъ конкретной справедливости“ есть проявленіе тенденціи къ „солидаризации“, то это снова проявленіе близорукое и поверхностное. Для разрѣшенія надвигающихся серьезныхъ задачъ мы снова хватаемся за наше излюбленное средство—свободное судейское усмотрѣніе. Какой, въ самомъ дѣлѣ, панacee оно является! Не правильнѣе ли, однако, характеризовать это наше современное настроеніе, вмѣстѣ съ М. Рюмелиномъ³⁾, какъ нѣкоторое „пожертваніе разумомъ“—*sacrificium intellectus*?

¹⁾ Rümelin. I. cit. стр. 70.

²⁾ L. cit., стр. 64.

Всѣ эти соображенія настолько просты, что они неизбежно приходятъ въ голову при всякомъ сколько-нибудь внимательномъ обсужденіи вопроса, и неудивительно, если послѣ описанныхъ колебаній всѣ новѣйшія законодательства въ качествѣ основного начала отвѣтственности за вредъ сохраняютъ принципъ вины.

Но сохраненіе этого начала не исключаетъ возможности и необходимости отдѣльныхъ отступленій отъ него по самымъ разнообразнымъ соображеніямъ. Мы видѣли уже выше, какъ такое отступленіе и повышеніе отвѣтственности оказалось необходимымъ по отношенію къ крупнымъ транспортнымъ и промышленнымъ предпріятіямъ. Такое же повышеніе отвѣтственности умѣстно для держателей дикихъ животныхъ, для владѣльцевъ автомобилей и т. д. Оно можетъ быть умѣстно и желательнѣе еще въ цѣломъ рядѣ другихъ случаевъ,—ни перечислять, ни обсуждать ихъ здѣсь мы не имѣемъ возможности,—но каждый разъ такое отступленіе должно быть результатомъ всесторонняго обсужденія и опредѣленнаго постановленія законодательной власти.

Есть, однако, одно отступленіе, которое принято почти всѣми современными законодательствами и которое тѣмъ не менѣе является страннымъ диссонансомъ въ нынѣшней системѣ отвѣтственности за вредъ. Мы говоримъ объ отвѣтственности лицъ, лишенныхъ способности разумнія—малолѣтнихъ дѣтей, а также безумныхъ и сумасшедшихъ. Согласно общему правилу, всѣ эти лица не отвѣчаютъ за причиненный ими вредъ; вмѣсто нихъ могутъ быть привлечены къ отвѣтственности тѣ, которые должны были имѣть за ними надзоръ и попеченіе (родители, опекуны); однако, если эти послѣдніе докажутъ, что съ ихъ стороны не было никакой небрежности въ надзорѣ, они также отъ отвѣтственности освобождаются. До сихъ поръ все остается въ согласіи съ общими принципами отвѣтственности, но затѣмъ начинается упомянутое отступленіе. Если убытки не могутъ быть взысканы съ родителей или опекуновъ, то они взыскиваются, какъ говорить, напр., нашъ проектъ объ обязательствахъ (ст. 1181), „вполнѣ или въ части изъ имущества того, кто совершилъ дѣяніе, причинившее вредъ, если по имущественному положенію какъ потерпѣвшаго, такъ и причинившаго вредъ, а также по другимъ обстоятельствамъ дѣла, это представляется справедливымъ, и поскольку это лицо, при оплатѣ вознагражденія, не лишится средствъ, необходимыхъ для жизни, соответствующей его обще-

ственному положению, а также для исполнения основанных на законѣ обязательствъ по доставленію кому-либо содержанія" ¹⁾.

Какъ видимъ, мы имѣемъ здѣсь частное примѣненіе того „принципа конкретной справедливости“, о которомъ у насъ была рѣчь, и который, какъ общее правило, законодательствами отвергается. Какія же причины заставляютъ ихъ признать этотъ принципъ здѣсь? Много было потрачено остроумія для объясненія этой загадки, но всѣ попытки ея рациональнаго разрѣшенія успѣха не достигли; въ конечномъ счетѣ основнымъ мотивомъ для этого правила является все то же: невозможно, чтобы богатые дѣти или сумасшедшій милліонеръ остались въ сторонѣ отъ причиненнаго ими зла ²⁾. Но это соображеніе имѣетъ здѣсь не больше вѣса, чѣмъ вообще, и потому говорить о немъ по поводу этого спеціальнаго случая не приходится. Необходимо только обратить вниманіе на то, что при нынѣшнемъ положеніи вещей подобная отвѣтственность дѣтей и безумныхъ составляетъ для нихъ несомнѣнное *privilegium odiosum* по сравнению съ остальными: здоровый и взрослый человѣкъ, безъ всякой вины съ своей стороны причинившій вредъ, за него не отвѣчаетъ, а лицо, вовсе лишенное способности разумія, отвѣчаетъ. Сомнѣваемся, чтобы такое неравное отношеніе соотвѣтствовало какой бы то ни было справедливости.

* * *

Помимо рассмотрѣннаго института возмѣщенія вреда гражданское право знаетъ также отдѣльные случаи разложенія его: если при возмѣщеніи вреда убытокъ, понесенный однимъ, перелagается на другого, то бываютъ случаи, когда онъ не перелagается, а разлагается такъ или иначе на цѣлую группу лицъ вмѣстѣ съ самимъ непосредственно потерпѣвшимъ.

Древнѣйшимъ и наиболѣе нагляднымъ примѣромъ этого рода является случай морской аварии; онъ былъ извѣстенъ уже древнему римскому праву подъ именемъ „Родосскаго закона объ аварии“ (*lex Rhodia de jactu*; очевидно, онъ самимъ римскимъ правомъ былъ заимствованъ изъ права греческаго), но составлять и въ настоящее время всеобщее правило морского права. Простѣйшая сущность этого правила заключается въ томъ, что, если во время плаванія для спасенія судна окажется необхо-

¹⁾ Аналогичны § 829 Германскаго Ул., ст. 54 Швейцарскаго обязат. кодекса и др. — См. мою цитир. выше статью „Возмѣщеніе вреда и разложеніе его“, стр. 25 и сл.

²⁾ См. H e d e m a n n. Die Fortschritte etc., стр. 107.

димымъ выбросить за бортъ часть груза, то вредъ, причиненный такимъ образомъ его собственнику, разлагается пропорціонально на всѣхъ, чьи товары были на кораблѣ. Передъ лицомъ общей опасности всѣ одинаково заинтересованныя лица составляютъ какъ бы нѣкоторое товарищество для совмѣстнаго несенія вреда, который можетъ постигнуть одного изъ нихъ.

Зародившійся въ этомъ отдѣльномъ случаѣ институтъ разложенія вреда нашель себѣ затѣмъ широкое примѣненіе не только въ области торговаго, но и въ области гражданскаго права: на этой идеѣ разложенія вреда покоится, какъ извѣстно, весь институтъ страхованія, который пріобрѣтаетъ въ современной жизни все болѣе и болѣе серьезное значеніе. Создавая нѣкоторую солидарность и взаимопомощь между лицами, одинаково въ извѣстномъ отношеніи заинтересованными, этотъ институтъ гарантируетъ каждое отдѣльное изъ нихъ отъ ударовъ случайности (огня, падежа скота и т. д.) и тѣмъ придаетъ хозяйственной дѣятельности болшую устойчивость и выносливость. Но рассмотрѣніе разнообразныхъ и сложныхъ вопросовъ страхованія выходитъ далеко за предѣлы нашей задачи, и если мы сочли нужнымъ упомянуть здѣсь о немъ, то лишь потому, что идея разложенія вреда играетъ видную роль и въ вопросѣ о гражданско-правовой отвѣтственности за вредъ.

Дѣло въ томъ, что къ этой идеѣ прибѣгаютъ нерѣдко сторонники принципа причиненія, усматривая въ ней аргументъ въ пользу этого послѣдняго. Такъ, напр., одинъ изъ первыхъ и наиболѣе энергичныхъ защитниковъ этого принципа, M a t a j a, говорилъ: римскій принципъ „*casum sentit dominus*“ является выраженіемъ близорукаго эгоизма и противорѣчитъ общимъ интересамъ народнаго хозяйства. Случайный вредъ, падая на одного, можетъ быть для пострадавшаго совершенно губительнъ, между тѣмъ какъ разложенный на большую массу лицъ, онъ могъ бы быть сдѣланъ почти нечувствительнымъ. Такое индивидуалистическое регулированіе вреда было чуждо древне-германскому праву, гдѣ семья, родъ, гильдія поддерживали своихъ членовъ въ подобныхъ случаяхъ, представляя, такимъ образомъ, нѣчто вродѣ обществъ взаимнаго страхованія. Инстинктивная потребность разложенія убытковъ отъ несчастій въ новѣйшее время вызываетъ къ жизни самыя различныя виды страхованій, въ особенности важный видъ обязательнаго страхованія рабочихъ на случай увѣчи, болѣзни, старости и т. д. ¹⁾. И вотъ, отпра-

¹⁾ Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888.—Ср. мою статью „Возмѣщеніе вреда и разложеніе его“, стр. 5—7.

вляясь от этой мысли, Mataja приходит к защитѣ принципа причиненія..

Нужно ли говорить о томъ, насколько подобный выводъ логически неправиленъ? Принципъ причиненія, такъ же какъ и принципъ вины, есть принципъ переложенія вреда, а не его разложенія: вмѣсто того, чтобы лежать на одномъ, вредъ будетъ переложень на другого, но съ точки зрѣнія всего народнаго хозяйства результатъ будетъ одинъ и тотъ же; если вредъ можетъ отозваться гибельно въ одномъ случаѣ, то онъ не менѣе гибельно можетъ отозваться и въ другомъ.

Объ извѣстной степени разложенія вреда можно говорить, пожалуй, только при осуществленіи „принципа конкретной справедливости“, въ связи съ имущественной состоятельностью сторонъ: при извѣстномъ соотношеніи имуществъ вредъ, дѣйствительно, можетъ оказаться разложеннымъ на плечи обоихъ заинтересованныхъ лицъ.

Но, во-первыхъ, усматривать въ такомъ „разложеніи“ хотя бы отдаленное подобіе идеи страхованія совершенно невозможно. Страхованіе соединяетъ въ одну группу лицъ, терпящихъ или могущихъ потерпѣть одно общее несчастье, а не лицъ терпящихъ и причиняющихъ вредъ. Страхованіе отъ огня, напр., разлагаетъ убытки, понесенные однимъ, на всѣхъ тѣхъ, которые также понесли или еще могутъ понести такой же вредъ отъ того же огня, но оно отнюдь не разлагаетъ убытковъ между пострадавшимъ и поджигателемъ. Если бы послѣднее было по какимъ-нибудь соображеніямъ установлено, оно опредѣлялось бы не идеей страхованія, а какою-нибудь иной.

А во-вторыхъ,—и это самое главное,—истинное и послѣдовательное проведеніе идеи страхованія отъ несчастныхъ случаевъ должно было бы привести насъ къ совершенно инымъ и гораздо болѣе глубокимъ выводамъ. Уже самое воспоминаніе о старомъ значеніи родовъ, гильдій и т. д. должно было натолкнуть Mataja и другихъ, кто оперировалъ съ этой идеей, на возможность нѣкотораго иного разрѣшенія нашего вопроса, чѣмъ простое возвращеніе къ примитивной отвѣтственности за простой фактъ причиненія вреда. Mataja и другіе этой возможности не доглядѣли, и вслѣдствіе этого вся „гора“ ихъ размышлений о народно-хозяйственномъ значеніи разложенія вреда въ полномъ смыслѣ „родила мышъ“—мышъ судейскаго „распредѣленія богатствъ“ по „принципу конкретной справедливости“. Между тѣмъ, идея страхованія, дѣйствительно, стучится въ двери нашего сознанія, и мы думаемъ, что ей принадлежитъ великое будущее,—но объ этомъ ниже.

А пока что, оглядываясь назадъ, на всю разсмотрѣнную нами область вопросовъ, связанныхъ съ правонарушеніями и отвѣтственностью за нихъ, мы не можемъ не констатировать, что и здѣсь чувствуется безспорное тяготѣніе къ нѣкоторой „солидаризации“ и „соціализации“. Чувствуется, что нельзя бросить на произволъ судьбы челоуѣка, пораженнаго случайнымъ несчастьемъ, и что полное равнодушіе къ бѣдѣ ближняго не можетъ считаться идеаломъ культурнаго общежитія. Тяготѣніе, повторяемъ, ощущается несомнѣнное, но вмѣстѣ съ тѣмъ такъ же несомнѣнно и то, что тѣ средства, которыми пытается проявить себя это тяготѣніе, далеко не отвѣчаютъ своему назначенію. Этическое сознаніе требуетъ какихъ-то мѣръ для большей „соціализации“ правопорядка, а наша мысль пока не можетъ придумать ничего иного, кромѣ все того же пресловутаго судейскаго усмотрѣнія, которое приводитъ въ концѣ концовъ только къ уничтоженію всякаго правопорядка. Гражданское право и здѣсь находится еще въ стадіи интенсивнаго исканія истины, а не обладанія ею.

XVII.

Личное и общественное начало въ наследственномъ правѣ.

Послѣднюю обширную область гражданскаго права составляетъ право наследственное.

Вопросъ о судьбѣ имущества послѣ смерти его субъекта-хозяина имѣетъ огромное какъ личное, такъ и общественное значеніе. Здѣсь также сталкиваются самыя разнообразныя интересы, самая противоположныя теченія, которыя даютъ эволюціи наследственнаго права то одно, то другое направленіе.

Но прежде всего нужно сказать, что самое понятіе наследованія, какъ нѣкотораго универсальнаго посмертнаго преемства во всемъ имуществѣ покойнаго, возникаетъ въ исторіи человѣческихъ обществъ далеко не сразу. Въ примитивныхъ обществахъ, какъ мы видѣли, даже идея субъективныхъ правъ рисуется еще очень туманно. Извѣстное представленіе о принадлежности той или другой движимой вещи (орудія, одежды, запасовъ пищи), конечно, имѣется, но, какъ мы уже говорили, эта принадлежность далеко еще не имѣетъ характера нашего нынѣшняго права собственности: тотъ, кому вещь принадлежитъ, защищается въ своемъ правѣ на эту вещь не потому, что она ему принадлежитъ, а потому, что посягательство на нее составляетъ деликтъ, т.-е. личную обиду по адресу „собственника“. При такомъ представленіи неудивительно, если со смертью послѣдняго и самыя его „права“ прекращаются безслѣдно: принадлежавшее покойному несложное имущество оказывается безхозяйнымъ, ничьимъ, и потому подлежитъ свободному завладѣнію всѣхъ и каждаго. Любопытное переживаніе этого возрѣнія мы встрѣчаемъ, напр., еще въ старомъ римскомъ правѣ, которое провозглашало, что понятіе воровства неприѣмлемо къ захвату наследственнаго имущества (*rei hereditariae furtum pop fit*): пока оно не принято наследникомъ, оно еще ничье, и потому завладѣніе имъ не есть кража.

Однако, такой порядокъ вещей мыслямъ лишь до тѣхъ поръ, пока общество представляетъ аморфную массу индивидовъ,

ведущихъ почти совершенно обособленное существованіе. Положеніе, конечно, должно радикально измѣниться съ того момента, когда внутри общества появляются такія или иныя связи, которыя тѣснѣе спланиваютъ извѣстныя группы индивидовъ. Такою именно связью является прежде всего связь семьи и возникающая далѣе на ея основѣ связь рода. Появленіе этихъ союзовъ обозначаетъ уже возникновеніе вокругъ индивида нѣкоторыхъ concentрическихъ круговъ изъ лицъ, къ нему болѣе близкихъ, чѣмъ всѣ остальные. Въ семьѣ и родѣ человѣкъ находитъ себѣ поддержку и защиту противъ всякихъ враговъ; семейные и родичи помогаютъ ему при жизни, мстятъ за его убійство и т. д. естественно поэтому, что эти же болѣе близкіе люди должны имѣть и преимущественное право на оставшееся послѣ него имущество.

По отношенію къ недвижимости дѣло уже съ самаго начала обстояло иначе. Самое представленіе о какихъ бы то ни было правахъ на нее не могло появиться раньше перехода къ осѣдлости и земледѣлю, а этотъ переходъ возможенъ только въ обществѣ съ уже установившейся семейной и родовой организаціей. Но при этомъ, какъ мы знаемъ, древнѣйшему праву неизвѣстна индивидуальная собственность на землю: земля считается принадлежащей тѣмъ или другимъ союзамъ, изъ которыхъ народъ или племя складывается, т.-е. общинамъ, родамъ, семьямъ. Вслѣдствіе этого смерть отдѣльнаго домохозяина, отнюдь не обозначала наступленія безхозяйности для той земли, на которой онъ сидѣлъ: истинный хозяинъ—т.-е. семья, а при ея отсутствіи родъ или община—не исчезалъ, мѣнялись лишь лица, имѣвшія право на непосредственное пользованіе. Самый характеръ имущественнаго усвоенія, характеръ „собственности“, опредѣлялъ такимъ образомъ здѣсь неизбѣжность посмертнаго преемства и ставилъ порядокъ этого послѣдняго въ непосредственную зависимость отъ семейнаго и родового строя.

Большое значеніе имѣло, далѣе, и развитіе экономическаго оборота, который не можетъ мириться съ распаденіемъ имущества. Всѣ дѣловыя отношенія покоятся на кредитоспособности ихъ участниковъ, а эта кредитоспособность была бы совершенно непрочной, если бы она могла быть разрушена случайнымъ событіемъ—смертью контрагента. Поэтому развивающійся гражданскій оборотъ требуетъ соединенія долговъ съ имуществомъ, требуетъ установленія правила, чтобы тотъ, кто получаетъ имущество покойнаго, отвѣчалъ и по его долгамъ. Вслѣдствіе этого наследственный переходъ пріобрѣтаетъ характеръ преемства

универсального: наследственная масса мыслится не как сумма разрозненных имущественных объектов, а как нечто, которое единство, в котором наличность и долги (activa и passiva) сливаются в одно юридическое целое (universum jus), переходящее не к случайному захватчику, а к известным, заранее предопределенным лицам, наследникам.

Наконец, не остаются без влияния и мотивы идеологического, „трансцендентного“ порядка. Тя или другие представления о загробной жизни и о связи поколѣний уходящихъ съ поколѣніями остающимися налагаютъ соотвѣстанный отпечатокъ на характеръ наследственного перехода. Въ зависимости отъ большей или меньшей силы этого элемента въ нормахъ о наследованіи сказывается большее или меньшее влияние религии, и самое наследование выходитъ далеко за предѣлы простого имущественнаго преемства. Такъ, напр., по представлению древнихъ римлянъ, наследование есть прежде всего преемство въ самой личности покойнаго. Отсюда невозможность отречься отъ наследства для ближайшихъ наследниковъ покойнаго, напр., членовъ его семьи (heredes sui et necessarii); отсюда же и полная отвѣтственность наследника за долги наследодателя, отвѣтственность собственнымъ имуществомъ, если наследственная масса окажется для покрытія долговъ недостаточной.

Подъ влияніемъ всѣхъ этихъ мотивовъ складывается малопо-малу институтъ наследования. Но древнѣйшему праву наследование известно только въ одномъ своемъ видѣ,—именно въ видѣ наследования по закону. Личность наследника опредѣляется самымъ строеніемъ семьи и рода, и какъ положеніе лица въ этихъ послѣднихъ не можетъ быть измѣнено частной волей индивида, такъ не можетъ быть измѣненъ ею и предопределенный этимъ семейнымъ строемъ порядокъ наследования. Другими словами, чего-либо подобнаго завѣщанію древнѣйшее гражданское право еще не знаетъ. Известное изреченіе, которымъ обыкновенно (по примѣру средневѣковаго англійскаго писателя Гланвиллы) характеризуется старое германское право—„solus deus heredem facere potest, non homo“,—отлично передаетъ представление о наследованіи не только этого послѣдняго, но и всякаго древняго права вообще. Индивидъ еще связанъ родомъ, поглощенъ имъ, ибо видъ его онъ въ эту древнѣйшую эпоху беспомощенъ.

Но затѣмъ, какъ мы уже знаемъ, положеніе мѣняется; крѣпнущее и развивающееся государство ослабляетъ значеніе родового союза; индивидъ, въ свою очередь, начинаетъ чувствовать свою

силу и потребность въ ея свободномъ примѣненіи. Личное, индивидуальное начало вступаетъ въ борьбу съ началомъ общиннымъ, родовымъ, семейнымъ.

Однако, первые шаги въ этой борьбѣ еще очень скромны. Личная воля на первыхъ порахъ пытается двигаться, лишь приспособляясь болѣе или менѣе къ порядку законнаго наследования и не нарушая его коренныхъ устоевъ. Однимъ изъ древнѣйшихъ видовъ посмертныхъ распоряженій является распоряженіе отца о раздѣлѣ семейнаго имущества между дѣтьми—законными наследниками. Таковъ, напр., „рядъ“ нашей Русской Правды. Съ одной стороны, идея отцовской власти, а съ другой стороны, то обстоятельство, что такое распоряженіе не нарушаетъ правъ и интересовъ родичей, способствуетъ раннему признанію юридической силы за подобными распоряженіями.

Другимъ древнимъ суррогатомъ завѣщанія является усыновленіе будущаго наследника. Быть можетъ, первоначально такое усыновленіе допускалось лишь при отсутствіи собственныхъ дѣтей или при наличности другихъ уважительныхъ причинъ; во всякомъ случаѣ такое усыновленіе формально не ломало порядка законнаго наследования: оно, напротивъ, вводило будущаго наследника въ ряды законныхъ. Только въ такомъ видѣ было возможно избраніе наследника, напр., въ древнемъ греческомъ правѣ; такой же характеръ имѣетъ и институтъ „адфатоміи“ или „gairerthinx“ въ правѣ древне-германскомъ.

Дальнѣйшимъ этапомъ въ развитіи посмертныхъ распоряженій является, повидимому, назначеніе изъ имущества, вообще переходящаго къ законнымъ наследникамъ, отдѣльныхъ частныхъ выдачъ (отказовъ или легатовъ), напримѣръ, „по душѣ“ на церковь и т. д. По мнѣнію многихъ, только въ такихъ отдѣльныхъ выдачахъ или легатахъ могло состоять древнѣйшее римское завѣщаніе. Во всякомъ случаѣ только ихъ знало средневѣковое завѣщаніе у германцевъ; личность же самого наследника, какъ сказано, опредѣлялась по ихъ представленіямъ самимъ Богомъ и не могла быть измѣнена человѣческой волей. Это воззрѣніе въ принципѣ продолжаетъ сохраняться еще и донныѣ во французскомъ правѣ, гдѣ общимъ правиломъ является извѣстное „l'institution d'heritier n'a pas de lieu“, и гдѣ всякое завѣщательное распоряженіе разматривается подѣ угломъ зрѣнія наследственныхъ отказовъ (legs).

У нѣкоторыхъ народовъ, наконецъ, отступленіе отъ обычныхъ нормъ законнаго наследования и назначеніе наследника начинается допускаться съ согласія всей общины, народнаго собра-

нія. Таково древне-римское testamentum comitiis calatis; обычный законный порядокъ отстраняется отдѣльнымъ сепаратнымъ закономъ.

Начавшись въ такихъ скромныхъ формахъ, завѣщательная свобода затѣмъ постепенно все болѣе и болѣе расширяется. Развитие свободы собственности и имущественныхъ распоряженій при жизни влечетъ за собой и свободу распоряженій на случай смерти. У однихъ народовъ это расширение идетъ быстрое, у другихъ медленнѣе: у римлянъ, напр., почти весь процессъ развитія завѣщательной свободы лежитъ за порогомъ исторіи, межъ тѣмъ какъ у новыхъ народовъ онъ протекаетъ медленно еще на всемъ протяженіи среднихъ вѣковъ.

При этомъ свобода завѣщательныхъ распоряженій устанавливается не съ одинаковой легкостью въ зависимости отъ разныхъ видовъ имущества. Она допускается легче по отношенію къ движимости и труднѣе по отношенію къ недвижимости. Такъ, напр., въ старо-германскомъ правѣ завѣщаніе долго могло касаться только движимаго имущества, межъ тѣмъ какъ недвижимость должна была переходить непременно къ законнымъ наследникамъ и даже не подлежала отвѣтственности за долги. Мало-по-малу, однако, и здѣсь это различіе сглаживается.

Свобода завѣщанія, далѣе, по понятнымъ причинамъ, скорѣе устанавливается по отношенію къ имуществамъ благопріобрѣтеннымъ и труднѣе по отношенію къ родовымъ. Такъ, напр., въ нашемъ дѣйствующемъ русскомъ правѣ еще и въ настоящее время имущества родовая могутъ быть завѣщаемы только въ очень узкихъ предѣлахъ. Но въ большинствѣ современныхъ европейскихъ законодательствахъ это различіе уже исчезло.

Такимъ образомъ, свобода посмертныхъ распоряженій составляетъ вмѣстѣ съ свободой собственности и свободой договоровъ, одинъ изъ краеугольныхъ камней современнаго гражданского строя. Въ длинномъ историческомъ процессѣ индивидуальная воля пробилась черезъ сложную сѣть всевозможныхъ стѣсненій и заняла принципиально рѣшающее положеніе.

Однако, завѣщательная свобода имѣетъ и свои обратныя стороны. По мѣрѣ ея установленія передъ гражданскимъ правомъ возникаетъ новый весьма важный вопросъ.

Наследователь можетъ имѣть близкихъ родныхъ, которые въ немъ имѣли своего единственнаго кормильца, которые при его жизни имѣли даже законное право требовать отъ него содержанія и которые съ его смертью лишатся этого, быть можетъ, един-

ственнаго источника своего существованія. Можетъ ли при такихъ условіяхъ наследодателю быть предоставлена полная свобода завѣщательнаго распоряженія? Можно ли ему предоставить право, игнорируя, напр., своихъ дѣтей или родителей, завѣщать все свое имущество лицу совершенно постороннему? Конечно, съ одной стороны, каждый воленъ распорядиться своимъ имуществомъ, какъ ему угодно; однако, съ другой стороны, можно ли въ такой степени забывать объ интересахъ этихъ близкихъ лицъ?

Въ древнѣйшее время, когда воля наследодателя была такъ или иначе связана, для всѣхъ этихъ близкихъ лицъ именно въ этой связи закладывалась извѣстная гарантія въ томъ, что по крайней мѣрѣ извѣстный комплексъ имуществъ (недвижимость, родовое и т. д.) имъ достанется. Но съ отпаденіемъ всѣхъ ограничительныхъ историческихъ гарантій исчезли, и вопросъ о судьбѣ близкихъ лицъ обнажился.

Уже римское право разрѣшило указанную дилемму установленіемъ такъ называемаго необходимаго наследованія и института обязательной доли. Ближайшія въ семейномъ порядкѣ къ наследодателю лица, — именно, нисходящія, при ихъ отсутствіи восходящія, и, наконецъ, при извѣстныхъ условіяхъ братья и сестры — имѣютъ право требовать, чтобы имъ была оставлена изъ наследства по крайней мѣрѣ нѣкоторая часть ихъ законной доли; это и есть такъ называемая обязательная доля. Размѣръ ея былъ опредѣленъ сначала въ видѣ одной четверти той части, которую получили бы каждый изъ нихъ при наследованіи по закону, а затѣмъ (Юстиніаномъ) онъ былъ повышенъ до $\frac{1}{3}$ и даже до $\frac{1}{2}$, въ зависимости отъ общаго количества необходимыхъ наследниковъ.

Вслѣдъ затѣмъ идея необходимаго наследованія была вмѣстѣ съ римскимъ правомъ реципирована новыми народами и стала прочнымъ достояніемъ западно-европейскаго (континентальнаго) наследственнаго права, хотя детали регулируются въ разныхъ законодательствахъ не вполне одинаково. Ограничимся здѣсь лишь главнѣйшимъ.

Тѣми близкими лицами, которыя имѣютъ право на обязательную долю, въ большинствѣ законодательствъ признаются нисходящія, восходящія и супругъ покойнаго; Швейцарское Уложеніе, однако, присоединяетъ сюда еще родныхъ братьевъ съ сестрами.

Размѣръ обязательной доли опредѣляется или для всѣхъ случаевъ одинаково или же варьируется. Такъ, по Германскому

Уложению она равняется всегда половинѣ законной доли, межъ тѣмъ какъ по Швейцарскому она опредѣлена въ $\frac{3}{4}$ для нисходящихъ, $\frac{1}{2}$ для родителей и $\frac{1}{4}$ для братьевъ и сестеръ. Во французскомъ правѣ та доля имущества, которой наследодатель можетъ распорядиться въ завѣщаніи (такъ называемая *quotité disponible*) равняется при одномъ ребенкѣ половинѣ всего наследства, при двухъ— $\frac{1}{3}$, при трехъ— $\frac{1}{4}$ и затѣмъ уже остается неизмѣнной.

Наконецъ, въ большинствѣ законодательствъ, по примѣру римскаго права, при наличности уважительныхъ причинъ (преупления или обиды по отношенію къ наследодателю, дурное поведение и т. д.) допускается лишеніе этой обязательной доли волей завѣщателя. Напротивъ, французское право такого лишенія не допускаетъ.

Что касается нашего русскаго права, то оно института необходимого наследованія не знаетъ, удовлетворяясь историческимъ запрещеніемъ завѣщать родовыя имущества. Конечно, это запрещеніе является до нѣкоторой степени гарантіей для нисходящихъ, но оно, съ одной стороны, уже отжило свой вѣкъ, а, съ другой стороны, далеко не въ состояніи замѣнить институтъ обязательной доли. Оно отжило свой вѣкъ потому, что слишкомъ и безъ нужды стѣсняетъ свободу завѣщательнаго распоряженія: завѣщаніе родового имущества постороннимъ лицамъ не допускается даже тогда, когда указанныхъ близкихъ лицъ нѣтъ вовсе (позволяется выбирать наследника лишь изъ родственниковъ того же рода). Съ другой стороны, близкія лица не имѣютъ никакихъ гарантій тогда, если у наследодателя есть только имущество благопріобрѣтенное. Въ виду всего этого совершенно правильно проектъ нашего уложенія, отмѣняя запрещеніе завѣщать родовыя имущества, предполагалъ замѣнить его установленіемъ института обязательной доли; но пока-что и эта благая мысль остается только проектомъ. Взамѣнъ этого законъ 3 іюня 1912 г. уменьшилъ даже прежнюю гарантію для нисходящихъ, разрѣшивъ собственнику родового имущества распорядиться имъ по завѣщанію, не стѣсняясь законными долями своихъ дѣтей, вслѣдствіе чего стало возможнымъ лишеніе всѣхъ дѣтей наследства даже въ родовомъ имуществѣ въ пользу одного единственнаго изъ нихъ.

Мы видѣли, такимъ образомъ, какъ усиленіе личности на счетъ первобытныхъ родовыхъ связей постепенно привело къ установленію свободы завѣщательныхъ распоряженій. Но ослабленіе этихъ родовыхъ связей не могло не отозваться и на судьбѣ наследства по закону.

Какъ было сказано выше, всестороннее значеніе рода въ древнѣйшемъ обществѣ, а также, въ частности, родовой характеръ земельной собственности приводилъ къ принципу родового наследованія, т.-е. къ наследованію въ постепенномъ порядкѣ всѣхъ родичей, даже самыхъ отдаленныхъ. Классическимъ примѣромъ въ этомъ отношеніи является опять-таки древнѣйшее римское право, согласно которому, если у покойнаго не осталось членовъ собственной семьи (такъ называемыхъ „своихъ наследниковъ“, „*sui heredes*“), то къ наследованію призывались сначала родственники (агнатическіе), индивидуальное родство которыхъ съ покойнымъ можно было доказать, а при ихъ отсутствіи даже *gentiles*, т.-е. просто члены того же рода, хотя бы уже никакихъ признаковъ родства между ними и наследодателемъ найти было нельзя.

Но затѣмъ развитіе государства, съ одной стороны, и индивидуалистическаго строя жизни, съ другой стороны, уничтожаетъ прежнее реальное значеніе родовъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ начинаетъ осыпаться почва подъ всѣмъ зданіемъ родового наследованія. Такъ, напримѣръ, въ томъ же римскомъ правѣ уже во второй половинѣ республики исчезаетъ указанное наследованіе *gentiles*; но этого мало: преторскій эдиктъ идетъ дальше и вводитъ существенное ограниченіе даже для наследованія родственниковъ, индивидуальное родство которыхъ несомнѣнно,—онъ отказывается давать наследство боковымъ родственникамъ далѣе 6-й степени родства. Взамѣнъ этого начинаетъ заявлять претензію на извѣстное участіе въ наследованіи государство, взявшее на себя значительную долю тѣхъ задачъ (защиты, призыва и т. д.), которыя раньше выполнялись родовыми союзами. Императоръ Августъ опредѣляетъ окончательно, что всякое выморочное наследство идетъ въ казну, и въ то же время вводитъ 5-процентную пошлину со всакихъ наследствъ вообще. Однако, то ограниченіе въ наследованіи боковыхъ родственниковъ, которое было введено преторскимъ эдиктомъ, не удержалось въ римскомъ правѣ: реформируя общій порядокъ наследованія по закону въ своихъ новеллахъ, Юстиніанъ не установилъ никакихъ предѣловъ въ этомъ отношеніи, вслѣдствіе чего въ римскомъ правѣ самой послѣдней стадіи боковые родственники призываются къ наследованію „до безконечности“—*„ad infinitum“*.

Въ правѣ новыхъ народовъ родовое начало удерживалось вообще сильнѣе и долѣе, чѣмъ въ правѣ римскомъ, и потому мирское правило о наследованіи боковыхъ *ad infinitum* казалось здѣсь естественнымъ и долго не возбуждало сомнѣ-

ній. Сомніня пришли значительно позже и совѣмъ съ другой стороны ¹⁾.

Съ тѣхъ поръ какъ мыслители вообще стали задумываться надъ причинами социальныхъ бѣдъ и социальныхъ неравенствъ, ихъ мысль невольно останавливалась на значеніи въ этомъ отношеніи наследованія, такъ какъ оно, очевидно, ставитъ однихъ людей съ самаго начала въ болѣе привилегированное положеніе, чѣмъ другихъ. Естественно поэтому, что наследованіе вообще стало предметомъ оживленной критики.

Уже Бен т а мъ, полагавшій, что необходимо вообще стремиться къ уравненію имущественныхъ условий cadaго, настаивалъ на серьезномъ ограниченіи наследованія. Не считая возможнымъ ограничивать право завѣщательныхъ распоряженій, онъ въ то же время думалъ, что, если наследодатель этимъ правомъ не воспользовался, то наследованіе по закону можетъ быть допущено только для дѣтей, родителей, братьевъ и сестеръ; при ихъ отсутствіи наследство должно идти въ казну.

Аналогичныя идеи высказывались нерѣдко и дѣятели Великой французской революціи—Мирабо, Робеспьеромъ и др. Въ соответствии съ ними въ 1793 г. Durand-Mailand'омъ былъ внесенъ законопроектъ, въ силу котораго государство при наследованіи родственниковъ до 7-ой степени должно было получать известную, прогрессивно растущую часть наследства, а при наличности дальнѣйшихъ—все. Этотъ законопроектъ не получилъ санкции; однако, вызвавшее его настроеніе отразилось, хотя и въ ослабленной степени, на Code Napoléon: онъ первый ввелъ ограниченіе наследованія боковыхъ родственниковъ 12-ой степенью родства.

Примѣру французскаго Кодекса послѣдовало затѣмъ Австрійское Уложеніе 1811 г.: регулируя порядокъ законнаго наследованія по линиямъ или парентеламъ (прежде всего призывается къ наследованію нисходяще покойнаго—первая парентела, затѣмъ его родители и ихъ потомство—вторая парентела, далѣе дѣды и бабушки и ихъ потомство—третья парентела и т. д.), этотъ кодексъ ограничиваетъ призваніе родственниковъ шестой парентелой; при отсутствіи этой послѣдней наследство считается выморочнымъ.

Въ теченіе XIX вѣка критика наследственного права продолжалась. Горячими противниками наследованія явились сенъ-симонисты. Bazard взаимнѣ наследованія предлагалъ учрежденіе особыхъ банковъ, которые распределяли бы наследства не между

родственниками, а между „достоинѣйшими“. Enfantin относился нѣсколько мягче: онъ отрицалъ только наследованіе боковыхъ родственниковъ и для устранения его проектировалъ введеніе такой высокой прогрессивной наследственной пошлины, которая при переходѣ наследства къ боковымъ родственникамъ почти исчерпывала бы его цѣликомъ.

Нечего говорить о томъ, что наследованіе принципиально отвергается социализмомъ: наследованіе во всѣхъ его видахъ, конечно, тѣсно связано съ нынѣшней частно-правовой организацией хозяйства, и отрицательное отношеніе къ послѣдней неизбежно должно влечь за собой отрицаніе наследованія.

Однако, критическое отношеніе къ наследованію отнюдь не связано съ такими крайними ученіями. XIX вѣкъ чрезвычайно богатъ разнообразными проектами реорганизации наследственного права съ точки зрѣнія его большаго или меньшаго суженія въ интересахъ государства. Нѣтъ возможности и необходимости останавливаться на всѣхъ этихъ проектахъ въ отдѣльности; достаточно простого факта ихъ существованія для того, чтобы убѣдиться, насколько вопросъ о наследованіи, о его справедливыхъ „предѣлахъ“, является очереднымъ вопросомъ современнаго гражданскаго права. Почва подъ прежнимъ зданіемъ наследственного права, очевидно, вывѣтривалась, и оно должно быть перестроено на новомъ, соответствующемъ нынѣшнему реальному строю общества, фундаменту.

Однако, всѣ ли части этого зданія одинаково обветшали, всѣ ли онѣ одинаково подлежатъ сломкѣ?

Обратимся прежде всего къ наследованію по завѣщанію. Можно ли думать объ уничтоженіи принципа завѣщательной свободы?

Былъ одинъ моментъ, когда законодательство французской революціи дошло до этого ¹⁾. Уничтоживъ аристократическій принципъ наследованія старшаго сына, что было нормальнымъ порядкомъ законнаго наследованія въ дворянскомъ сословіи до революціи, и установивъ демократическое начало равнаго наследованія всѣхъ дѣтей, дѣятели революціи поддались опасенію, какъ бы свобода завѣщаній не свела всѣхъ ихъ стремленій на нѣтъ. Вслѣдствіе этого декретомъ 7 марта 1793 г. право завѣщательныхъ распоряженій было объявлено уничтоженнымъ вовсе. Въ обоснованіе этой мѣры приводились соображенія о томъ, что со смертью лица всѣ его права кончаются, и что онъ не можетъ

¹⁾ Общій очеркъ исторіи этого вопроса см. у Hitzig, Die Grenzen des Erb. rechts. 1908.

¹⁾ См. Sagnac. La législation civile de la révolution française. 1899, стр. 225 и сл.

навязывать потомкам своей воли. Однако, скоро эта мѣра была отмѣнена, и ограниченіе завѣщательной свободы свелось только къ установленію указанного выше „резерва“ въ интересахъ ближайшихъ наследниковъ.

Съ той поры вопросъ объ уничтоженіи завѣщательнаго права серьезно не ставится. До тѣхъ поръ, пока хозяйственный строй будетъ покоиться на началахъ частной инициативы, уничтоженіе права распорядиться своимъ имуществомъ на случай смерти привело бы только къ цѣлому ряду тяжелыхъ отрицательныхъ послѣдствій. Не имѣя возможности обезпечить на случай своей смерти близкихъ лицъ, которые не являются наследниками по закону, или отдать свое имущество на служеніе тѣмъ цѣлямъ, которыя были дороги при жизни, люди утратили бы одинъ изъ существенныхъ стимуловъ для развитія своей хозяйственной энергіи и предпримчивости. Взамѣнъ этого подъ конецъ жизни могла бы развиться склонность къ бесполезнымъ тратамъ и расточительству. Если при такихъ условіяхъ вполнѣ законны и необходимы нѣкоторыя ограниченія завѣщательной свободы въ интересахъ ближайшихъ родныхъ въ видѣ описаннаго выше необходимаго наследованія, то о полномъ уничтоженіи этой свободы не можетъ быть рѣчи. Можно еще поставить только вопросъ о томъ, не слѣдуетъ ли государство, обезпечивающее индивиду свободу его дѣятельности и тѣмъ способствующее накопленію имущества, признать также извѣстнымъ обязательнымъ участникомъ въ наследствѣ. Эта мысль дѣйствительно находитъ себѣ осуществленіе въ институтѣ наследственной пошлины. Пошлину эту можно повышать и понижать, но итти дальше этого и устанавливать еще какое-нибудь ограниченіе завѣщательной свободы въ интересахъ государства, давать ему, напр., какое-нибудь необходимое наследственное право рядомъ съ другими необходимыми наследниками, было бы во многихъ отношеніяхъ нецѣлесообразно.

Такимъ образомъ, вопросъ о перестроеніи наследственного права концентрируется на наследованіи по закону. Но что именно вызываетъ сомнѣнія въ этой области?

Можно ли прежде всего отказаться отъ наследованія нисходящихъ? Очевидно, нѣтъ: это значило бы, прежде всего, отнять у родителей увѣренность въ томъ, что результаты ихъ трудовъ пойдутъ тѣмъ, интересы которыхъ составляли главную заботу ихъ жизни, и вслѣдствіе этого вызвать то же ослабленіе народной энергіи, о которомъ мы говорили выше. Конечно, при сохраненіи завѣщательнаго права дѣти могутъ быть обезпечены завѣщаніемъ

родителей, но, во-первыхъ, завѣщаніе не всегда можетъ быть совершено, а во-вторыхъ, все это уничтоженіе законнаго наследованія нисходящихъ практически превратилось бы тогда въ установленіе всеобщей обязательности завѣщанія, т. е. привело бы только къ обремененію народа излишней формальной повинностью. Съ другой стороны, лишеніе дѣтей законнаго наследованія выбрасывало бы ихъ тотчасъ же послѣ смерти родителей на улицу часто въ совершенно безпомощномъ состояніи. Вслѣдствіе этого вопросъ о наследованіи нисходящихъ также серьезно не ставится. Даже Дж. Ст. Миль, вообще отрицательно относившійся къ законному наследованію, признавалъ наследованіе нисходящихъ, хотя желалъ ограничить его только тѣмъ, что необходимо для вступленія ихъ въ самостоятельную жизнь. Однако, эта послѣдняя мысль сочувствія не встрѣчается. И дѣйствительно, практическое осуществленіе ея запутало бы государство въ очень сложный вопросъ объ опредѣленіи того, что именно необходимо дѣтямъ для самостоятельной жизни, вызвало бы всеобщее раздраніе и безконечное разнообразіе всевозможныхъ обходовъ.

Можно ли, далѣе, устранить законное наследованіе восходящихъ? Этотъ вопросъ нѣсколько сложнее въ виду того, что родители обыкновенно меньше зависятъ отъ дѣтей, чѣмъ дѣти отъ родителей. Однако, и этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ въ положительномъ смыслѣ; родители въ свое время забатились о дѣтяхъ, обязаны были давать имъ содержаніе и сплочь и рядомъ имѣютъ въ нихъ на старости единственную поддержку. Въ виду этого во всѣхъ западно-европейскихъ законодательствахъ наследственное право восходящихъ признается безспорнымъ; мы видимъ даже, что они относятся къ числу наследниковъ необходимыхъ. Тѣмъ болѣе заслуживаетъ осужденія наше дѣйствующее русское право, которое, хотя и говоритъ въ 1 ч. X тома о „наследованіи въ линіи восходящей“, но по существу такое наследованіе отрицаетъ. Согласно нашему закону, родители получаютъ послѣ дѣтей только въ двухъ случаяхъ: а) если въ составѣ наследства послѣ дѣтей оказывается имущество, дошедшее къ нимъ отъ самихъ родителей, то это имущество возвращается имъ „яко даръ“ (ст. 1142), и б) родителямъ дается пожизненное пользованіе въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ дѣтей (ст. 1141). Такимъ образомъ, наше законодательство принципиально предпочитаетъ родителямъ боковыхъ родственниковъ, даже самыхъ отдаленныхъ, что, конечно, является совершенно ненормальнымъ.

Если это такъ, то весь нашъ вопросъ, въ концѣ концовъ, локализируется на наследованіи боковыхъ родственниковъ

ковъ. Но надлежащее регулирование этого наследования встречаетъ серьезные затруднения. Съ одной стороны, несомнѣнно, что безграничное наследственное право этихъ боковыхъ родственниковъ потеряло подъ собой всякую принципиальную почву. Родъ, какъ нѣкоторый союзъ, несущій когда-то на себѣ существенныя и совершенно реальныя обязанности по отношенію къ своимъ членамъ, нынѣ утратилъ это значеніе, уступивъ свое мѣсто государству. Родственники болѣе далекихъ степеней часто въ жизни не состоятъ между собой ни въ какихъ отношеніяхъ, даже не знаютъ другъ друга, вслѣдствіе чего получение наследства является для нихъ пріятнымъ сюрпризомъ („радостные наследники“, „lachende Erben“). Однако, съ другой стороны, можно ли на основаніи этихъ соображеній дойти до полного уничтоженія всякаго наследованія боковыхъ? Можно-ли, напр., отвергнуть наследованіе родныхъ братьевъ и сестеръ? Такое рѣшеніе также едва ли было бы справедливымъ: какъ ни дифференцирована нынѣшняя семья, все же и въ настоящее время между ближайшими родственниками существуетъ, по общему правилу, несомнѣнная жизненная связь; все же они часто являются поддержкой другъ для друга, и не даромъ, какъ мы видѣли, нѣкоторыя законодательства включаютъ братьевъ и сестеръ даже въ число необходимыхъ наследниковъ.

Такимъ образомъ, нужно найти середину: наследованіе боковыхъ должно быть ограничено въ пользу государства, но не уничтожено вовсе. Спрашивается только, гдѣ найти критерій для этой середины, какъ опредѣлить справедливый „предѣлъ“ этого наследованія.

Естественный и очевидный критерій для разрѣшенія этого вопроса, какъ мы видимъ, отсутствуетъ, вслѣдствіе чего законодательства колеблются. Однако, въ теченіе XIX вѣка обнаруживается неуклонная тенденція къ постепенному суженію родственнаго наследованія. Какъ мы уже упоминали, впервые Code Napoléon ограничилъ наследованіе боковыхъ 12-ой степенью родства; созданные по образцу его, но болѣе поздніе кодексы Итальянскій 1865 г. и Испанскій 1888 г. доводятъ уже это ограниченіе первый до 10-ой, а второй даже до 6-ой степени. Австрійское Уложеніе ограничивало шестой парентелой, а усваивающее тотъ же линейный (по парентеламъ) порядокъ призванія Швейцарское Уложеніе останавливается уже въ этомъ призваніи на третьей парентелѣ. Всѣ эти низшіе предѣлы, конечно, заслуживаютъ безусловнаго предпочтенія; но можно ли итти далѣе и уничтожить, напр., наследованіе двоюродныхъ братьевъ другъ послѣ друга

или племянниковъ послѣ дядей,—это уже является въ высокой степени спорнымъ.

Во всякомъ случаѣ безграничность призванія боковыхъ осуждена безповоротно. Этимъ самымъ осуждено и наше дѣйствующее русское право, продолжающее признавать такую безграничность. Неосновательность этого порядка сознана и нашимъ проектомъ, который, впрочемъ, устанавливаетъ очень скромный предѣлъ: первоначально онъ послѣдовалъ примѣру Австрійскаго Уложенія, но затѣмъ, во второй редакціи, предѣлъ призванія боковыхъ былъ пониженъ до пятой парентелы или „разряда“ (прапрадѣды и прапрабабки и ихъ нисходящія).

Но если нашъ X томъ имѣетъ извинительную причину въ самой своей устарѣлости, то совершенно неизвинительно рѣшеніе новаго Германскаго Уложенія, которое въ самомъ концѣ XIX вѣка санкционировало отжившую безграничность. Правда, второй проектъ этого Уложенія установилъ было ограниченіе четвертой парентелой, но это ограниченіе въ комиссіи рейхстага было отклонено; законодательство, — говорили тамъ, — должно сдѣлать съ своей стороны все, чтобы противодѣйствовать разнообразнымъ, широко въ настоящее время распространеннымъ, разрушительнымъ тенденціямъ по адресу семейнаго союза ¹⁾.

Нужно, впрочемъ, сказать, что эта крупная законодательная ошибка вызываетъ въ самой Германіи серьезное недовольство и попытки ея исправленія ²⁾. До настоящаго времени, однако, эти попытки не увѣнчались успѣхомъ: соотвѣтствующіе законопроекты, внесенные въ рейхстагъ въ 1908 г., а затѣмъ и въ 1913 г. (послѣдній имѣлъ въ виду ограничить наследованіе боковыхъ только второй парентелой, т.-е. устранить отъ наследства все потомство дѣдовъ и бабокъ, слѣдовательно, напр., двоюродныхъ братьевъ и сестеръ), были отвергнуты. Но, конечно, на этомъ дѣло не остановится, и наследственная конкуренція между государствомъ и боковыми родственниками кончится и здѣсь, безъ сомнѣнія, въ пользу перваго.

* * *

Суммируя все изложенное, мы можемъ сказать, что и въ области наследственныхъ права мы имѣемъ ту же борьбу между тенденціей къ „индивидуализаціи“ и тенденціей къ „солидаризаціи“. Если въ развитіи свободы завѣщательныхъ распоряженій торже-

¹⁾ См. E n d e m a n n. Lehrbuch des bürgerl. Rechts. T. III (1900), стр. 71. прим. 21.

²⁾ Объ этихъ попыткахъ см. П е р г а м е н тъ. Новѣйшій фазисъ въ вопросѣ о правѣ наследованія государства.—Вѣстникъ гражд. права“, 1914, кн. 5.

ствуется первая, то в возрастающем участии государства в наследовании получает осуществление вторая. Отрываясь от исторической солидаризации в союзах родовых или общинных, развивающееся общество переходит к солидаризации в государствах.

Заслуживает быть отмеченным, в заключение еще, только одно обстоятельство. Область наследственного права по сравнению со всеми предыдущими областями гражданского права отличается той счастливой особенностью, что во всех рассмотренных выше спорных вопросах мы не находим обычного обращения к судейскому „справедливому“ усмотрению. Как это ни странно, но ни в вопросе о необходимом наследовании, ни в вопросе о пределах наследования боковых родственников доктрина „свободного права“ со своими обычными приемами проникать не рискует. И, конечно, вся постановка этих вопросов от этого только выигрывает.

XVIII.

Заключение.

Мы рассмотрели наиболее характерные проблемы гражданского права и полагаем, что основные тенденции настоящего момента выступили достаточно определенно.

Гражданское право искони и по самой своей структуре было правом отдельной человеческой личности, сферой ее свободы и самоопределения. Здесь впервые зародилось представление о человеке, как субъекте прав, т.е. представление о личности, как о чем-то юридически самостоятельном и независимом даже по отношению к государству и его властям. Раз за человеком признано то или другое субъективное право, он уже занимает определенную позицию по отношению к этим последним, он уже чего-то может требовать от них, он уже известная волевая единица, а не безгласная особь кэм-то пасомага стада. Пусть те объективные нормы, на которых покоятся субъективные права отдельной личности, могут быть изменены или даже отменены государством, но пока этого нет, личность имеет определенное прочное положение в жизни благо социального организма, положение, пользуясь которым, она может развивать свои силы для удовлетворения своих интересов, в пределах которого она может жить для себя. С этой точки зрения уже самое возникновение идеи субъективных прав представляет момент огромной принципиальной важности в истории человеческих обществ.

С ростом человеческой личности, с развитием индивидуального самосознания сфера субъективных прав растет, а вместе с тем раздвигаются пределы гражданского права, и все оно приобретает более и более индивидуалистический характер: интересы личности стоят в центре его внимания. В то же время эта индивидуалистическая тенденция перебрасывается в смежные области публичного права: здесь также начинают говорить о „субъективных публичных правах“, здесь также личность желает иметь свое определенное и прочное место, же-

лаетъ жить на своемъ правѣ, а не на милости или немилости государства. Но этого мало: въ извѣстныхъ областяхъ она идетъ еще далѣе и заявляетъ претензію на полную независимость отъ государственной регламентаціи: если юридическое положеніе человѣка вообще можетъ быть измѣнено новымъ закономъ, то есть такія „неотъемлемыя права человѣка“, которыя никакимъ закономъ уничтожены быть не могутъ, которыя даже для государства въ цѣломъ недосягаемы. Если всякое субъективное право обезпечиваетъ личность отъ произвола властей, то идея „неотъемлемыхъ правъ“ направляется противъ государства, какъ такового. Самоутвержденіе личности достигаетъ здѣсь въ юридическомъ отношеніи своего кульминаціоннаго пункта. Нѣкогда безгласная овца въ человѣческомъ стадѣ, она заявляетъ теперь претензію на роль равноправной съ государствомъ державы, съ правомъ суверенитета на нѣкоторой собственной территоріи.

И государство постепенно капитулируетъ. Оно уступаетъ свободу религіознаго исповѣданія, свободу мысли,—словомъ, свободу внутренняго, нравственнаго бытія человѣческой личности. Но эта уступка неизбежно должна влечь за собою другія, и въ области нашего гражданскаго права мы видимъ цѣлый рядъ явленій, знаменующихъ собою дальнѣйшій ростъ признанія человѣческой личности именно тамъ, гдѣ такъ или иначе затрагиваются ея духовные, нравственные интересы. Ставится на новую почву охрана „правъ личности“, получаютъ признаніе „право на индивидуальность“, право на защиту конкретныхъ особенностей человѣческой личности, усиливается охрана нематеріальныхъ интересовъ и т. д. Въ особенности горячую борьбу ведетъ личность за свою неприкосновенность въ сферѣ брачныхъ отношеній, гдѣ она протестуетъ противъ всякой принудительности со стороны государства. Пусть борьба эта не привела еще къ окончательнымъ результатамъ, но многія позиціи уже взяты, и дальнѣйшее будущее предвидѣть нетрудно.

Такимъ образомъ, какъ видимъ, индивидуалистическая тенденція не только не замираетъ, но, напротивъ, есть области, гдѣ она неудержимо растетъ. И въ этомъ отношеніи новое время продолжаетъ работу временъ прошедшихъ.

Однако, работа эта нелегка. Если всегда она встрѣчала оппозицію со стороны противоположныхъ теченій, то въ настоящій моментъ эта оппозиція какъ будто особенно усилилась. Жалобы на развѣдающее значеніе индивидуализма стали стереотипнымъ общимъ мѣстомъ, причѣмъ его вредное влияніе усматриваютъ не только въ сферѣ социальныхъ отношеній, но и въ ослабленіи

роли религіи, даже въ ухудшеніи біологическихъ качествъ человечества.

Характерны въ этомъ смыслѣ слѣдующія „эвгенистическія“ разсужденія одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей вопроса объ отношеніи между индивидомъ и государствомъ, Chatterton-Hill¹⁾. Въ настоящее время,—говоритъ онъ,—царитъ общее убѣжденіе, что индивидъ является цѣлью общественной гигиены, что задачей этой послѣдней должно быть созданіе возможно лучшихъ условий для сохраненія жизни каждаго человѣка, для защиты его отъ естественныхъ послѣдствій его физическихъ дефектовъ. Другими словами: жизнь, какъ таковая, считается абсолютнымъ благомъ, и каждый человѣкъ имѣетъ природное право на нее. На этой индивидуалистической точкѣ зрѣнія стоялъ XIX вѣкъ, который вообще не могъ подынять выше индивида. Философія этого вѣка не могла понять, что подобный взглядъ на индивидуальныя права и на значеніе индивида подвергается серьезной опасности коллективные интересы человѣческаго рода. Исходя изъ этого представленія, систематически создавали обратный отборъ: объявивъ походъ противъ смертности, добились, дѣйствительно, значительнаго пониженія процента смертныхъ случаевъ и радовались этому, какъ нѣкоторому огромному прогрессу человѣческой цивилизаціи. Но этотъ результатъ имѣетъ свою оборотную сторону: уменьшеніе смертности способствуетъ увеличенію болѣзненности; и это понятно: чѣмъ больше будутъ сохраняться для жизни слабые и дегенераты, чѣмъ больше они будутъ принимать участіе въ воспроизведеніи, тѣмъ слабѣе и физически болѣзненнѣе будетъ дѣлаться раса. Индивидъ сохраняется, такимъ образомъ, на счетъ расы. Считая, что отдѣльная человѣческая личность есть мѣра всѣхъ вещей, мы приносимъ ей въ жертву интересы цѣлага, интересы народа, и послѣдствія такого ложнаго гуманитаризма неизбѣжны. Чтобы избѣжать ихъ, мы должны твердо помнить, что права всякаго индивида ограничены интересами общества и что самостоятельнаго права на существованіе онъ не имѣетъ: его право на существованіе зависитъ всегда отъ его соціальной полезности („seine Existenzberechtigung hängt stets von seiner sozialen Nützlichkeit ab“).

Усвоивъ этотъ принципъ, логически естественно распространить его и за предѣлы „біологіи“. И дѣйствительно, нашъ авторъ порицаетъ далѣе XIX вѣкъ за то, что этотъ вѣкъ, не признавшій

¹⁾ Individuum und Staat. 1913. Vorwort.

Покоясь на частной предприимчивости и энергіи, нынѣшній хозяйственный строй, какъ намъ уже приходилось говорить, въ высокой степени способствуетъ развитію этихъ качествъ въ человѣкѣ. Но за извѣстными пределами и здѣсь наступаетъ гипертрофія. Человѣкъ, чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе попадаетъ въ зависимость отъ созданнаго имъ „дѣла“, превращается въ „мономана работы для работы“, въ невольника своего, „предпріятія“. Капиталистическая хозяйственная машина усложнилась настолько, что человѣкъ поневолѣ попадаетъ въ положеніе одной изъ ея составныхъ частей и обязанъ лихорадочно крутиться въ ней безъ перерыва, такъ какъ малѣйшая остановка машины можетъ повести къ ея всеобщему крушенію и къ полной гибели хозяина подъ ея обломками. Человѣкъ сталъ служебнымъ средствомъ капиталистическаго, „производственного процесса“ и въ значительной степени утратилъ свою человѣческую свободу. Это явленіе, чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе дѣлается замѣтнымъ.

„Вездѣ лихорадочно работаютъ, — говоритъ, напр., *Begeizheimerg* въ своей недавней книгѣ „*Moral und Gesellschaft des XX Jahrhunderts*“ (1914). — Все поставлено на заработокъ; вездѣ говорить только о „дѣлѣ“ и о „дѣлахъ; работа разсматривается, какъ цѣнность, — сначала въ видѣ средства для достиженія результата, а затѣмъ и независимо отъ него, какъ нѣчто само по себѣ и абсолютно цѣнное“¹⁾. „Если когда-нибудь, прибавляетъ *Arthur Salz*, наше время станетъ мифическимъ, то, подобно тому какъ разсказываютъ теперь о погонѣ за золотомъ или о наклонности къ бродяжничеству старыхъ временъ, такъ будутъ разсказывать о нашемъ нынѣшнему рабствѣ у хозяйства, о нашей одержимости духомъ *diabolus oeconomicus*, о нашемъ культѣ работы“²⁾.

Но, быть можетъ, самую яркую характеристику современнаго капитализма съ этой стороны мы находимъ у *W. Sombart'a* въ его книгѣ „*Der Bourgeois*“ (1913). „Если мы спросимъ, — говоритъ онъ, — современнаго капиталиста относительно его идеаловъ, относительно тѣхъ жизненныхъ цѣнностей, на которыхъ ориентируется вся его дѣятельность, то мы натолкнемся на фактъ поразительнаго перемѣщенія этихъ цѣнностей. Живой человѣкъ, со всѣми своими радостями и горестями, потребностями и интересами, вытѣсненъ изъ центра кругозора, а его мѣсто заняли два отвлеченныя представленія: приобрѣтеніе и предпріятіе („*der*

¹⁾ Стр. 246—247.

²⁾ Zur Geschichte der Berufsidee въ Archiv für Socialwissenschaft und Socialpolitik. Bd. 37 (1913), стр. 240.

Erwerb und das Geschäft“). Человѣкъ, такимъ образомъ, пересталъ быть тѣмъ, чѣмъ онъ былъ раньше, — мѣрою всѣхъ вещей. Стремленіе современнаго хозяйственнаго субъекта направляется на возможно большее приобрѣтеніе и на возможно большее процвѣтаніе „дѣла“... При этомъ даже выгода, барышъ, не всегда составляютъ интересъ предпринимателя; то, что важнѣе всего для него, это само „дѣло“, какъ таковое. Предпріятіе стоитъ по отношенію къ нему, какъ нѣкоторое живое существо, которое въ своемъ счетоводствѣ, организаци и фирмѣ ведетъ свое особое, независимое хозяйственное существованіе. Но это существованіе имѣетъ свои законы. Для его процвѣтанія и развитія нѣтъ никакихъ естественныхъ предѣловъ, хотя бы вродѣ того „соотвѣтственнаго состоянію“ содержанія, которое было цѣлью хозяйственной дѣятельности въ болѣе раннее время. Нѣтъ такого пункта въ развитіи „дѣла“, когда бы можно было сказать „довольно“. Съ другой стороны, сплосъ и рядомъ самое существованіе предпріятія требуютъ его расширенія; ему предстоитъ дилемма: или развиваться и расширяться или пойти назадъ и погибнуть. Вездѣ мы натакиваемся на нѣкоторый особый видъ психическаго принужденія: часто предприниматель не желалъ бы итти впередъ, но онъ долженъ. Мы все надѣемся, — говорилъ извѣстный *Карнеги*, — что намъ не придется расширяться далѣе, но каждый разъ мы вынуждены это дѣлать, такъ какъ отказъ отъ расширенія обозначалъ бы движеніе назадъ“. У большинства предпринимателей эта зависимость и подневольность даже не доходить до ихъ сознанія. Если спросить ихъ, къ чему собственно это постоянное стремленіе къ развитію „дѣла“, они посмотрятъ на васъ съ изумленіемъ и, конечно, отвѣтятъ, что это понятно само собою, что этого требуютъ процвѣтаніе хозяйственной жизни, т. е. въ конечномъ счетѣ процвѣтаніе того же хозяйственнаго аппарата, какъ такового. Въ погонѣ за этимъ процвѣтаніемъ человѣкъ не щадитъ себя и все приноситъ ему въ жертву; рабочая энергія напрягается до крайности. Всѣ цѣнности жизни отдаются на жертву Молоху работы; всѣ потребности духа и сердца заглушаются ради одного единственнаго интереса — „дѣла“, предпріятія. Даже достоинства и добродѣтели перестали быть свойствами живого человѣка; они сдѣлались объективными принципами правильнаго веденія предпріятія, составными частями хозяйственнаго механизма. Современный хозяйственный человѣкъ втянутъ въ ремни своего предпріятія и вертится вмѣстѣ съ нимъ. Для его личной добродѣтели нѣтъ мѣста,

такъ какъ онъ находится въ подчиненномъ положеніи, въ принудительной зависимости отъ этого послѣдняго. Темпъ пріятія опредѣляетъ его собственный темпъ; онъ такъ же мало можетъ быть лѣнливымъ, какъ рабочей при неустанно работающей машинѣ...¹⁾ Вместѣ съ тѣмъ все вымираетъ вокругъ него, всѣ цѣнности жизни гибнуть для него: природа, искусство, литература, государство, друзья,—все исчезаетъ для него въ загадочномъ „ничто“, такъ какъ у него „нѣтъ для этого времени“. И вотъ, стоитъ онъ теперь посреди глубокой пустыни²⁾...

Такимъ образомъ, не только рабочей, но и самъ предприниматель превратился въ составную часть производственного механизма; всѣ втянуты въ ремни колоссальной капиталистической машины, которая диктуетъ людямъ свои законы. Человѣкъ перестаетъ быть хозяиномъ своихъ цѣлей, „мѣрою всѣхъ вещей“; взаимнъ его производство пріобрѣтаетъ характеръ чего-то самодовлѣющаго—производства для производства. И естественно, что капитализмъ быстрыми шагами идетъ къ своему идейному кризису.

Какъ мы знаемъ, выходъ изъ этого кризиса усматриваютъ въ „обобществленіи“ экономической дѣятельности, въ переходѣ къ системѣ хозяйственной централизаціи. Думають, что только такимъ путемъ можно будетъ снова обрѣсти потерянное въ производствѣ человѣка, вернуть ему его естественное качество „мѣрилы всѣхъ вещей“. И, дѣйствительно, многое въ современной экономической области идетъ въ этомъ направленіи. Мѣнять свой характеръ собственности на недвижимости, подвергается государственной регламентаціи отношенія между предпринимателями и рабочими, нѣкоторыя отрасли переходятъ прямо въ руки государства и т. д. Дойдетъ ли, однако, замѣчающаяся нынѣ эволюція до полной „соціализаціи“, сказать трудно. Мы говорили выше о томъ, что вопросъ о централизованной хозяйственной системѣ есть не только вопросъ экономики,—съ нимъ связанъ огромный вопросъ о взаимоотношеніи между личностью и государствомъ, вопросъ, который, какъ мы видѣли, является въ значительной степени вопросомъ общественной психологіи. Чѣмъ меньше будетъ почвы для опасеній съ точки зрѣнія подлинныхъ, неотъемлемыхъ правъ человѣческой личности, тѣмъ слабѣе будетъ сопротивленіе противъ перехода къ новой системѣ и, наоборотъ: чѣмъ настоя-

чивѣе будетъ проводиться мысль о человѣкѣ, какъ простомъ средствѣ для интересовъ цѣлаго, тѣмъ это сопротивленіе будетъ сильнѣе. И, конечно, съ полнымъ основаніемъ: подобная „этическая максима“ уничтожаетъ самую цѣль проповѣдуемой реформы, убиваетъ надежду при ея посредствѣ освободить закабаленнаго въ производствѣ человѣка, вернуть его къ самому себѣ.

Во всякомъ случаѣ, очевидно, что „обобществленіе“ и централизація дѣло не сегодняшняго или завтрашняго дня. Между тѣмъ уже въ настоящій моментъ передъ нами стоятъ задачи, которыя не терпятъ отлагательства, которыя должны быть разрѣшены сейчасъ. И эти задачи даютъ свой рефлексъ въ области гражданскаго права, вселяя въ него тотъ духъ тревожныхъ исканій, который мы имѣли возможность наблюдать выше на рядѣ выдвинутыхъ новымъ временемъ проблемъ.

Мы видѣли, въ особенности, какое большое мѣсто занимаетъ среди „этихъ проблемъ“ вопросъ о защитѣ „экономически слабыхъ“ отъ эксплуатаціи ихъ на почвѣ принципа договорной свободы. Мы знаемъ, что заботы гражданскаго права въ этомъ направленіи вылились въ статьи, запрещающія всякія сдѣлки съ „очевиднымъ“ и „чрезмѣрнымъ“ нарушеніемъ эквивалентности обмѣняваемыхъ благъ. Мы говорили тогда же о полной иллюзорности подобныхъ статей съ точки зрѣнія дѣйствительной помощи „экономически слабымъ“. Но проблема „экономически слабыхъ“ все же остается, и общая сущность этой проблемы заключается въ томъ, что въ нынѣшней организаціи общества цѣля массы его членовъ живутъ подъ постоянной угрозой нищеты и голодной смерти. Ибо только эта угроза заставляетъ ихъ соглашаться на всякія, самыя невагодныя, условія, создаетъ необходимую почву для процвѣтанія „ростовщичества“ во всѣхъ его видахъ.

Мы видѣли далѣе, какую огромную роль играетъ тотъ же мотивъ въ трактованіи вопроса о граждански-правовой отвѣтственности за деликты. Мы знаемъ, что самымъ вѣскимъ и жизненнымъ аргументомъ въ устахъ сторонниковъ такъ называемой теории причиненія, даже истиннымъ мотивомъ для ея появленія, служить соображеніе о томъ, что въ результатъ случайнаго правонарушенія могутъ остаться нищие или сироты, обреченные голодной смерти. Съ этимъ,—говорятъ,—нельзя примириться, и потому необходимо установленіе отвѣтственности даже за случайный вредъ, хотя, конечно, лишь въ зависимости отъ сравнительнаго имущественнаго положенія сторонъ. Мы указывали на логическую и практическую несостоятельность этой теории, но проблема и здѣсь остается проблемой: передъ нами лица, которымъ грозить

¹⁾ Der Bourgeois. Cap. XIII. „Der moderne Wirtschaftsmensch“, стр. 212—239.

²⁾ L. cit. стр. 454—455.

голодная смерть, и съ этимъ, дѣйствительно, примириться нельзя.

И тамъ, и здѣсь одинъ и тотъ же вопросъ, вопросъ о возможности голодной смерти людей среди насъ, и чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе этотъ вопросъ будетъ вставать передъ нами во всей своей этической грозности. Передъ его лицомъ весь организмъ нашего права охватывается трепетомъ тревоги, и всѣ основные принципы начинаютъ шататься.

Пришло въ тревогу и наше гражданское право и, какъ мы знаемъ, подъ влияніемъ этой тревоги оно хватается за расширеніе статей о ростовщичествѣ или за мысль объ установленіи отвѣтственности по принципу „конкретной справедливости“, т.-е., по существу возлагаетъ все разрѣшеніе этой огромной проблемы на „справедливое“ судейское усмотрѣніе. Но очевидно, что такое разрѣшеніе проблемы совершенно не соответствуетъ ея огромности, что, по сравненію съ этой послѣдней, принимаемая мѣра, даже въ случаѣ ихъ удачности, являются лишь мизернымъ паллиативомъ.

Съ одной стороны, самое это судейское усмотрѣніе носитъ въ себѣ неизбежный элементъ случайности и произвольности, а съ другой стороны, проблема все же не разрѣшается. Пусть въ томъ случаѣ, когда человѣкъ, живущій своимъ трудомъ, окажется потерпѣвшимъ отъ богатаго, онъ получитъ вознагражденіе и будетъ спасенъ отъ голодной смерти; но какъ быть тогда, если этого нѣтъ, если случайный виновникъ самъ бѣденъ? Какъ быть тогда, если человѣкъ утратилъ свою работоспособность отъ упавшаго дерева, отъ болѣзни или тому подобннхъ случайныхъ событий, къ отвѣтственности за которыя никто даже по такимъ внѣшнимъ признакамъ привлеченъ быть не можетъ? Можемъ ли мы со спокойной совѣстью пройти теперь мимо, представивъ пострадавшаго его собственной судьбѣ, его неизбежной обреченности голодной смерти?

Проблема—та, которую пытается разрѣшить указанными способами наше гражданское право,—является, очевидно, не его специальной проблемой, а нѣкоторой общей задачей всего нашего правового строя, и потому должна быть разрѣшена не такими или иными граждански-правовыми паллиативами, а извѣстными общими и принципиальными средствами. Не о случайной и сомнительной помощи „справедливаго“ судейскаго усмотрѣнія или „конкретной справедливости“ приходится думать, а о нѣкоторомъ новомъ и общемъ принципѣ всего нашего правового порядка.

И этотъ принципъ уже намѣчается жизнью¹⁾.

Мы говорили выше о томъ, что среди аргументовъ въ пользу такъ называемаго принципа причиненія и отвѣтственности за случайный вредъ значительную роль играетъ идея разложенія этого вреда, т.-е., иными словами, идея страхованія. Мы указывали на то, что для обоснованія отвѣтственности случайнаго виновника этотъ аргументъ несостоятеленъ, но въ самой идее разложенія вреда или страхованія заключается, по нашему мнѣнію, нѣчто глубоко правильное, способное вывести насъ изъ тупика современныхъ затрудненій. Надо только освободить эту идею отъ того узкаго и невѣрнаго приложенія, которое ей дается, и развернуть ее во всю ширь ея потенциальнаго содержанія.

Совершенно справедливо, что случайный вредъ, который можетъ окончательно погубить одного, станетъ нечувствительнымъ, если онъ будетъ разложенъ на возможно большее количество лицъ. Спрашивается только, на кого именно справедливо разложить этотъ вредъ, кто именно можетъ быть привлеченъ къ его совмѣстному несенію?

Есть виды несчастій, которыя могутъ постигнуть только лицъ, находящихся въ извѣстныхъ специальныхъ положеніяхъ: несчастіе на морѣ можетъ постигнуть только лицъ, путешествующихъ по морю или перевозящихъ по нему свои товары; пожаръ можетъ коснуться только лицъ, имѣющихъ вещи; градобітіе только сельскихъ хозяевъ и т. д. И вотъ, какъ извѣстно, жизнь, чѣмъ далѣе, тѣмъ шире раздвѣтываетъ разнообразныя спеціальныя виды страхованія, причемъ къ страхованію промышленному присоединяется страхованіе взаимное, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже страхованіе обязательное. Тѣ экономическія и юридическія начала, на которыхъ строятся всѣ эти виды страхованія, могутъ быть чрезвычайно различны, но общая сущность всѣхъ ихъ заключается не въ чемъ иномъ, какъ въ такомъ или иномъ осуществленіи нашей идеи разложенія вреда на группу лицъ, одинаково въ извѣстномъ отношеніи заинтересованныхъ. Плата извѣстныхъ періодическихъ взносовъ на покрытіе общихъ расходовъ, эти лица, каждое въ отдѣльности, приобретаютъ себѣ гарантію отъ личныхъ экономическихъ послѣдствій соответствующаго несчастія.

Но рядомъ съ этими специальными видами несчастій въ нашемъ нынѣшнемъ децентрализованномъ строѣ есть общее несчастіе, которое можетъ постигнуть каждого изъ насъ: это именно

¹⁾ См. Покровскій, Право на существованіе въ журн. „Свобода и Культура“ 1906 г., кн. 4 или въ отд. изданіи Новгородцевъ и Покровскій. О правѣ на существованіе.

нищета и возможность голодной смерти. Для одних элементов общества оно болѣе возможно, для другихъ менѣе, но нѣтъ такихъ лицъ, которыя были бы вовсе отъ него гарантированы. А между тѣмъ потребность въ извѣстной гарантіи и въ этомъ отношеніи существуетъ, и на этой почвѣ, какъ извѣстно все шире развиваются разнобразные виды страхованія личнаго.

Частная инициатива въ этомъ направленіи оказываетъ влияние на государство, которое вводитъ обязательное страхованіе рабочихъ на случай болѣзни, старости или инвалидности и беретъ на себя извѣстную долю вызываемыхъ этимъ расходовъ. Къ этому присоединяется далѣе страхованіе на случай безработицы, и, наконецъ, въ самыхъ передовыхъ государствахъ (Австралія, Англія) устанавливается даже выдача пенсій престарѣлымъ¹⁾.

И не подлежитъ никакому сомнѣнію, что, идя въ этомъ направленіи, расширяя примѣненіе обязательнаго страхованія и привлекая къ несенію необходимыхъ расходовъ все общество, государство стоитъ на единственно правильномъ и единственно принципиальномъ пути.

Юридическая возможность нищеты и голодной смерти въ нашемъ нынѣшнемъ строѣ составляетъ вопіющее не только этическое, но и экономическое противорѣчіе. Хозяйственная жизнь всѣхъ отдѣльныхъ единицъ при нынѣшней всеобщей сдѣленности условий находится въ тѣснѣйшей зависимости отъ правильного функционированія всего общественнаго организма. Каждый живетъ и дышитъ только благодаря наличности извѣстной общественной атмосферы, внѣ которой никакое существованіе, никакое богатство немислимы. Безчисленное количество поколѣній создавало эту атмосферу; все нынѣшнее общество въ цѣломъ поддерживаетъ и развиваетъ ее, и нѣтъ возможности выдѣлить и опредѣлить ту долю въ этой общей работѣ, которая совершается каждой отдѣльной единицей. Пусть доли этихъ единицъ неравны, но доли эти есть и онѣ обязываютъ все общество къ тому, чтобы признать, по крайней мѣрѣ, право каждаго человѣка на обезпеченіе извѣстнаго минимума необходимыхъ средствъ на тотъ случай, если онъ самъ, по какимъ бы то ни было причинамъ, окажется не въ состояніи себя содержать. Другими словами, за каждымъ должно быть признано то, что называется правомъ на существованіе²⁾.

¹⁾ См. объ этомъ очеркъ М. В. Бернцкаго „Эволюція экономическихъ отношеній“, стр. 462—465 (въ изд. „Итоги науки“).

²⁾ И нѣтъ никакой необходимости прибѣгать для этого къ фантасмагори „quasi-контракта“, какъ это дѣлаютъ французскіе „солидаристы“. Эта фантасмагорія не помогаетъ, а вслѣдствіе своей туманности можетъ даже оказаться вредной.

Мы знаемъ, что въ прежнее время забота о выброшенныхъ за борть экономической жизни лицахъ лежала на тѣхъ или другихъ болѣе тѣсныхъ союзахъ—родѣ, общинѣ, цехѣ и т. д. Но мы знаемъ также, что нынѣ всѣ эти союзы оттѣснены, а то и вовсе уничтожены государствомъ; это послѣднее заняло по отношенію къ индивиду ихъ прежнее властное мѣсто; оно претендуетъ на многія, прежде имъ принадлежавшія, права (напр., право наслѣдованія); естественно поэтому, что оно должно взять на себя и лежавшія прежде на нихъ обязанности. Только при такомъ условіи вступленіе на мѣсто прежнихъ союзовъ государства будетъ подлиннымъ прогрессомъ, подлиннымъ расширеніемъ общественной солидарности.

И, дѣйствительно, какъ извѣстно, призрѣніе бѣдныхъ, сиротъ и т. д. считается одной изъ государственныхъ заботъ. Но все это нынѣшнее призрѣніе построено на идеѣ милости и потому не можетъ не быть недостаточнымъ и унижительнымъ для тѣхъ, на кого оно распространяется. Между тѣмъ, дѣло идетъ не о милости, а о долгѣ общества передъ своими сочленами: каждый отдѣльный индивидъ долженъ получить право на свое существованіе³⁾.

³⁾ Въ виду задачи не входило и не входитъ давать ближайшую юридическую квалификацію этого права на существованіе. Ввиду этого лишена всякаго основанія догадка Б. А. Кистяковскаго („Соціальныя науки и право“, стр. 585—586), будто „желаніе І. А. Покровскаго признать право на существованіе публичнымъ субъективнымъ правомъ вытекаетъ изъ всей совокупности его юридическаго мировоззрѣнія“. Напротивъ, я совершенно такъ же, какъ и г. Кистяковскій, склоненъ признать отнимаемое право на существованіе именно субъективнымъ публичнымъ правомъ; но я не считалъ и не считаю себя вправе впасть въ „Основныхъ проблемахъ гражданскаго права“ въ юридическія проблемы права и личнаго. Тѣмъ болѣе, что самый вопросъ о субъективныхъ публичныхъ правахъ въ этой послѣдней области является вопросомъ сравнительно несладкимъ и не единодушно разрѣшаемымъ. Правда, г. Кистяковскій порицательно подчеркиваетъ употребленное мною выраженіе: „здесь также начинать говорить о субъективныхъ публичныхъ правахъ“ и указываетъ на то, что изслѣдованіе Гербера на эту тему появилось болѣе 60 лѣтъ назадъ, а со времени работы Есленика скоро исполнится четверть столѣтія. Но, во-первыхъ, даже 60 лѣтъ со времени Гербера только „сегодня“ по сравнению съ субъективными правами гражданскаго права, о которыхъ мы, цивилисты, говоримъ уже около двухъ тысячъ лѣтъ (со времени римскихъ юристовъ). А, во-вторыхъ, какъ явствуетъ даже изъ собственнаго реферата г. Кистяковскаго (стр. 500 и сл.), Герберъ, поставивъ вопросъ о субъективныхъ публичныхъ правахъ, пришелъ къ конструированію ихъ, какъ простаго рефлекса объективной нормы, т. е., къ тому, что мы, цивилисты, считаемъ полнымъ отрицаніемъ субъективнаго права. Только Есленикъ, дѣйствительно, поставилъ вопросъ иначе, но и его изслѣдованіе не сдѣлало вопросъ среди публицистовъ бесспорнымъ (см. у самого г. Кистяковскаго стр. 530). Ввиду этого намъ и казалось целесообразнымъ, съ своей стороны, говорить

Как организовать практическое осуществление этого права на существование, этот вопрос выходит за пределы нашего гражданского права; но только в нем—в этом праве на существование—мы найдем необходимое принципиальное и всеобщее разрешение тех проблем, которые нынче давят на нас и вынуждают нас прибегать к различным, по существу непригодным, средствам. Тогда сама собою отпадет вопрос о тех случаях, когда в результате невинного вреда окажутся лица, утратившие работоспособность, или безпомощная сирота: несчастье будет, по крайней мере в своем наиболее остром виде (нищета), устранено, вред будет разложен, но не на случайного виновника только, а на все общество в целом, т. е. на всех, пропорционально их общей имущественной состоятельности. „Конкретная справедливость“ станет ненужной, ибо она будет заменена более правильной „общей“ справедливостью—подлинной солидарностью общества перед лицом случайных несчастий.

Вместе с тем признание права на существование окажет, без сомнения, огромное влияние и на всю область экономических отношений: положение „экономически слабых“ станет прочнее и сделает их более устойчивыми в борьбе за цену предлагаемого ими труда и за лучшие условия жизни. Защищенные от опасности голодной смерти, они не так легко пойдут в сети всевозможной хозяйственной эксплуатации.

Конечно, осуществление права на существование представляет громадные трудности, но иного пути нет: растущая этическая невозможность мириться с тем, что рядом с нами наши собратья гибнут от голода, не будет давать нам покоя до тех пор, пока мы не признаем нашей общей солидарности и не возьмем на себя соответственной реальной обязанности.

Конечно, признание права на существование не создаст идеального порядка и не разрешит всех социальных вопросов: „Existenzminimum“ не идеал человеческого благополучия и не верх социальных стремлений. Но это—первый серьезный шаг к поднятию общества на уровень современных этических

только о праве на существование просто, не употребляя таких выражений, которые могли бы вызвать несогласие известной части публицистов. В полной мере неосновательны поэтому и делаемый мнѣ г. Кистяковским упрек в „чрезмерно высокой оценке частно-правового индивидуализма и в невинности к индивидуализму публично-правовому“; упрек этот опровергается самим содержанием IV главы моей книги, где борьба за гражданские „права личности“ выставляется определено лишь продолжением борьбы за свободу веры, мысли и т. д., за „большие и кульминационные интересы человеческого духа“.

требований. Осуществим ли этот шаг при сохранении частно-правовой организации народного хозяйства или нет, это покажет будущее; во всяком случае только признание права на существование может еще дать нравственную поддержку для сохранения этой организации.

И мы видели, что к этому делу идет: растет чувство государственной ответственности, растет чувство общественной солидарности. И только в этом направлении может развиваться подлинная „солидаризация“ в области экономических отношений; перед лицом ее вся та ложная „солидаризация“, примѣры которой мы видели выше, и которая не идет дальше конкретной судейской справедливости, не может не представляться „покушением с негодными средствами“, социальным туманом.

При осуществлении же подлинной солидарности человек возвращается, действительно, на присущее ему место—„меры всех вещей“. Человеческая личность возвышается: не общество превращает ее в средство, а, напротив, само общество в целом становится хранителем и гарантом ее существования.

Важнішія опечатки.

Стран.	Строка.	Напечатано.	Слѣдуетъ читать.
26	6 снизу	развѣтѣ	развитіе
60	4 "	l'imperatifou	l'imperatif
61	8 "	redontent	redoutent
62	9 "	Fruchtverteilung	Fruchtverteilung
62	8 "	Anfang	Anhang
64	2 "	Заводскаго	Завадскаго
65	6 сверху	неопредѣленности	опредѣленности
65	2 снизу	redontable	redoutable
66	1 "	il n'y pas	il n'y pas
66	1 "	hundertfeier	hundertfeier
68	1 "	Jahrhundertfeier	Jahrhundertfeier
76	10 сверху	коллазирующихъ	коллидирующихъ
79	9 снизу	Gesetzesanslegung	Gesetzesauslegung
80	2 "	Gesetzesanslegung	Gesetzesauslegung
85	20 "	werwalter	Verwalter
94	7 "	объективнаго	субъективнаго
109	21 "	серьезно	серьезной
109	12 "	Однако, или рядомъ	Однако, рядомъ
110	15 сверху	прѣидете	прѣидите
128	1 снизу	субъективнымъ	субъектнымъ
150	8 "	vohel	wohl
"	7 "	vohl	wohl
"	"	vürdige	würdige
"	5 "	Zveck	Zweck
"	4 "	wohl	wohl
"	3 "	Zveck	Zweck
152	15 "	Nöthivlehe	Notcivillehe
160	1 "	margae	marriage
161	7 "	объективныхъ	субъективныхъ
169	16 "	самомъ	самомъ
185	21 "	neam	neam
"	19, 16, 14 "	vahren	wahren
199	21 сверху	для этихъ послѣднихъ	для которыхъ
214	17 "	послѣ словъ „искомъ о собственности“ пропущено: „требующимъ часто очень сложнаго доказательства права собственности“	пропущено: „требующимъ
222	14 снизу	вложеніе	уложеніе
224	9 сверху	мнологин	терминологин
237	5 снизу	wein ort	ein wort
252	21 "	strict	stricti
301	2 ч	мирское	римское

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	Стр.
I. Понятіе гражданскаго права и вопросъ о его социальной цѣнности.	
Право публичное и частное; попытки ихъ принципиальнаго разграниченія. Публичное право, какъ система правовой централизаціи, и гражданское право, какъ система правовой децентрализаціи. Историческая и систематическая относительность этого различія. Сильныя и слабыя стороны той и другой системы. Юридическая сущность социализма.	7
II. Историческіе корни современнаго гражданскаго права. Национальные и универсальные элементы въ немъ.	
Международное общеніе и историческая преемственность въ области гражданскаго права. Античный міръ и римское право. Римское право и національныя системы въ новомъ мірѣ Западной Европы. Вопросъ о значеніи национальности въ области гражданскаго права	20
III. Основныя идеологическія теченія въ исторіи гражданскаго права.— Идеализмъ и позитивизмъ.	
Позитивное и естественно-правовое теченіе въ исторіи гражд. права. Расцвѣтъ послѣдняго въ XVIII вѣкѣ и его вліяніе на большія кодификаціи (Прусское Уложеніе, Кодексъ Наполеона и Австрійское Уложеніе). Реакція исторической школы. Протестъ жизни противъ крайностей этой школы, возобновленіе кодификаціонныхъ работъ (Германское Уложеніе, Швейцарское уложеніе, Русскій проектъ) и новое возрожденіе естественно-правоваго идеализма	32
IV. Философскія предпосылки гражданскаго права.— Проблема личности и государства.	
Зависимость граждански-правовыхъ проблемъ отъ философскихъ предпосылокъ. Персонализмъ и трансперсонализмъ. Вопросъ о взаимоотношеніи между личностью и государствомъ: абсолютистическій элитизмъ и индивидуализмъ. Крайности одного и другого и вѣртяная линия ихъ размежеванія	51
V. Проблема опредѣленности права и вопросъ о т. наз. свободномъ судейскомъ правотвореніи.	
Опредѣленность права, какъ первая проблема самой личности. Несовершенство писаннаго закона и необходимость восполненія его судомъ. Вытекающій отсюда вопросъ о взаимоотношеніи между закономъ и судомъ. Колебанія въ его разрѣшеніи и установившаяся въ XIX вѣкѣ интерпретаціонная доктрина. Возникновеніе новаго теченія „свободнаго	

судейского правотворения" и его успеха. Различные рукава этого течения и их несостоятельность	64
VI. Проблема прочности права.—Вопрос о субъективном гражданском правѣ и о злоупотребленіи правомъ.	
Социальное значение субъективныхъ правъ. Новѣйшія ученія, направленные противъ нихъ (Шарльцъ, Дюги); ихъ теоретическая и практическая несостоятельность. Вопросъ о злоупотребленіи правомъ (инканъ). Исторія вопроса и постановленія новѣйшихъ законодательствъ. Германскій и Швейцарскій способъ разрѣшенія нашего вопроса; достоинства и недостатки того и другого	83
VII. Проблема личности, какъ таковой.—Развитіе защиты т. наз. правъ личности и ея конкретныхъ особенностей.	
Возникновеніе идеи т. наз. правъ личности и ихъ постепенное признаніе въ законодательствахъ. Право на имя, право на честь, право на охрану интимной сферы и т. д.—Охрана конкретныхъ особенностей челоѣческой личности: признаніе договоровъ нетипичныхъ, субъективный масштабъ въ ученіи объ обманѣ и принужденіи	98
VIII. Проблема нематеріальныхъ интересовъ.	
Постепенное усиленіе защиты нематеріальныхъ интересовъ. Охрана продуктовъ духовной дѣятельности и установленіе т. наз. авторскихъ правъ. Вопросъ объ обязательствахъ на дѣйствія немущественныя. Вопросъ о возмѣщеніи т. наз. морального вреда	111
IX. Проблема производной личности (юридическія лица).	
Союзы принудительные и добровольные. Товарищество и юридическое лицо. Вопросъ о фактивности или реальности этихъ послѣднихъ. Личность и государство въ вопросѣ объ учрежденіи юрид. лицъ: постепенное ослабленіе концессионной системы и усиленіе частной автономіи. Вопросъ о правоспособности общій или спеціальнаго: ослабленіе системы государственной подозрительности. Вопросъ объ отвѣтственности юрид. лицъ за правонарушенія и объ ихъ личныхъ правахъ. Союзы неправоспособные. Общее значеніе усиливающейся роли союзовъ въ жизни современного государства	125
X. Проблема личности въ сферѣ семейственныхъ отношеній.	
Общая историческая перспектива. Эволюція семьи въ римскомъ правѣ и основные принципы т. наз. римскаго свободнаго брака. Позднѣйшее паденіе этихъ принциповъ. Вліяніе церкви, въ особенности, на вопросъ о заключеніи и расторженіи брака. Борьба между государствомъ и церковью и установленіе т. наз. гражданскаго брака. Позиція современного государства въ вопросѣ о разводѣ; ея практическая и принципиальная несостоятельность.—Личныя отношенія между супругами во время брака. Три историческія стадіи. Современный принципъ и неудовлетворительность его осуществленія въ современныхъ законодательствахъ. Имущественныя отношенія между супругами; ихъ эволюція по мѣрѣ признанія самостоятельной личности жены.—Отношенія между родителями и дѣтьми; постепенное признаніе юридической самостоятельности послѣднихъ	144

Стр.

XI. Проблема собственности.

Историческое возникновеніе права собственности: права на движимость и на недвижимость, ихъ постепенное сближеніе и сліянiе въ единомъ понятіи собственности. Возникновеніе въ новѣйшемъ правѣ обратнаго процесса. Въ интересахъ оборота возстановленіе принципа „Hand muss Hand wahren“ по отношенію къ движимости и принципа поземельныхъ книгъ по отношенію къ недвижимости. Въ интересахъ социальнаго блага усиленіе ограниченій права собственности на недвижимость. Возникающее вслѣдствіе этого новое раздвоеніе въ понятіи права собственности

Стр.

XII. Проблема правъ на чужія вещи.

Понятіе правъ на чужія вещи. Вещныя права пользованія, ихъ основные историческіе виды и современное положеніе. Залоговое право; его общая историческая эволюція и основные принципы современной залоговой системы

XIII. Проблема владѣнія.

Защита владѣнія, какъ фактическаго господства надъ вещью, и пропросъ объ основаніи этой защиты. Принципъ уваженія къ чужой челоѣческой личности и связанное съ постепеннымъ усиленіемъ этого принципа расширеніе сферы защищаемаго владѣнія

XIV. Обязательства; ихъ общая историческая эволюція.

Древнее обязательство, какъ личная обреченность должника кредиту. Постепенное усиленіе имущественнаго элемента въ обязательствѣ и возникающія на этой почвѣ теоретическія преувеличенія

XV. Обязательства изъ договоровъ. Проблема договорной свободы.

Существенные элементы договора: воля и коллензавленіе, и вопросъ о разладѣ между ними (вопросъ о порокахъ воли).—Принципъ договорной свободы. Его ограниченіе. Понятіе „общественнаго порядка“. Понятіе „добрыхъ нравовъ“. Понятіе „доброй совѣсти“.—Политики борьбы съ экономической эксплуатацией; исторія законовъ противъ ростовщичества и новѣйшія общія нормы противъ эксплуататорскихъ договоровъ. Общій характеръ всѣхъ современныхъ попытокъ регулировать принципъ договорной свободы и ихъ принципиальная и практическая несостоятельность

XVI. Обязательства изъ правонарушеній.—Проблема отвѣтственности за вредъ.

Задача гражданскаго возмѣщенія вреда и попытки законодательнаго опредѣленія гражданскаго деликта. Правонарушеніе и нарушеніе „добрыхъ нравовъ“. Бездѣйствіе, какъ правонарушеніе.—Предполагательная отвѣтственность за вредъ вину правонарушителя? Принципъ вины и принципъ причиненія; принципъ „конкретной справедливости“.—Возмѣщеніе вреда и разложеніе его

XVII. Личное и общественное начало въ наследственномъ правѣ.

Возникновеніе идеи наследованія и общее развитіе основаній наследственнаго перехода. Установленіе принципа завѣщательной свободы.

Стр.

Его ограничения (институт обязательной доли). Новейшая критика наследственного права и, в частности, вопрос об ограничении наследования по закону в пользу государства 294

XVIII. Заключение.

Современное положение в борьбе между индивидуалистическими и эгалитаристическими течениями. Область личных прав. Область экономических отношений. Моральный кризис капитализма. Возможный выход из этого кризиса путем социализации народного хозяйства; технические и психологические предпосылки этого выхода. Ближайшая задача момента—право на существование 309

- Исаченко, В. Л. Гражданский процесс. Практич. комментарий на II кн. Стр. Суд. т. I. Изд. 3-ое. 1916 г. Ц. 6 р. 50 к. Т. т. III—V. Ц. 27 р. 50 к. (т. II и VI—печат.).
- Русское гражданское судопроизв. Практич. руководство. Т. I. Судопроизв. исковое. Изд. 4-ое. 1915 г. Ц. 2 р. 25 к. Т. II. Судопроизв. охранительное и конкурсное. Изд. 4-ое. 1917 г. (печат.).
- Вопросы права и процесса в Т. II. Профессуальное право (печ.).
- Исаченко, В. В. Законы гражданские, с разъяснениями по решениям сената (по тезисам сен. В. Л. Исаченко) и с подг. предм. указ. 1916 г. Ц. 5 р. 75 к. в пер.
- Каминка, А. И. Основы предпринимательского права. 1917 г. Ц. 4 р. 50 к.
- Очерки торгов. права. Вып. I. Изд. 2-ое. 1912 г. Ц. 2 р. 50 к. (в пер.).
- Устав о векселях. Изд. 3-е, дополн. 1913 г. Ц. 2 р. 25 к. (в перепл.).
- Канторович, Я. Законы о состояниях, с разъясн. Изд. 2-ое, доп. 1911 г. Ц. 6 р. 50 к.
- Красик, А. и Элькин, Б. Положение о казен. подрядях и поставках, с разъясн., приложен. и предм. указат. 1915 г. Ц. 2 р. 50 к. (в перепл.).
- Крыжановский, Б. Д. Акты и договоры по имуществ. подрядам. Настольн. книга для нотариусов, поверенных и др. 1915 г. 2 р. 50 к.
- Лазаренский, Н. И. Русское государственное право. Т. I, вып. 1. Изд. 4-ое. 1917. Ц. 3 р.
- Ливинь, Я. и Ранский, Г. Уст. о воинск. повинности, со всеми измѣн. дополн., разъясн. и предм. указат. 1913 г., с дополнением 1915 г. Ц. 2 р. 50 к., в перепл. 3 р.
- Мельников, А. П. Таблицы высших и низших наказаний, налаг. по закону и при дачь снисхождения и др. 1913 г. Ц. 1 р. 25 к.
- Могилев, М. С. Гражданское судопроизводство. Настольн. книга, для членов окр. судов и миров. судей. 1914 г. Ц. 3 р., в перепл. 3 р. 50 к.
- Мочульский, В. Д. Юридическая природа исков о нарушении права участия частнато. 1916 г. Ц. 2 р. 50 к.
- Нолькен, А. М. бар. Уставъ гражданского судопроизводства. Практическое руководство, в 6 выпусках. Подл. цѣна 15 р. (2 р. 50 к. при подл. и по 2 р. 50 к. за каждый изъ первыхъ 5 вып.). Вышли вып. I—III).
- Сводъ гражданскихъ узаконеній губерн. Прибалтійскихъ, с разъясн. и предм. указателемъ. Изд. 2-е. 1915 г. Ц. 7 р., в пер. 7 р. 50 к.
- Уставъ о векселяхъ. Практич. руковод. Изд. 6-ое. 1913 г. Ц. 2 р. 50 к. (в пер.).
- Законъ о страхов. рабочихъ отъ несчастн. случаевъ. Практич. руководство. 1913 г. Ц. 2 р. 75 к. (в перепл.).
- Законъ объ обезп. раб. на случай болѣзни. Практич. руков. 1914 г. Ц. 2 р. (в пер.).
- Объединенное зак-ство о векселяхъ въ примѣн. къ Россіи. 1913 г. Ц. 1 р. 50 к.
- Пеньковский, М. И. Кассационная практика. Не вошедшія въ официальный сборникъ и предмт. указателями. Ц. 6 р., в перепл. 6 р. 50 к.
- Плеханъ, И. С. Уставъ о герб. сборѣ, съ разъясн. инструкціями, перечнями бумаг, общимъ и специальными банковымъ и жел.-дорожнымъ—съ алфав. и хронолог. указателями. 1915 г. Ц. 2 р. 50 к., в пер. 3 р.
- Общий уставъ счетный, съ разъясн. Изд. 2-ое. 1917 г. Ц. 2 р. 50 к.
- Покровский, Г. А. История римскаго права. Изд. 3-ье. 1917 г. Ц. 4 р. 50 к.
- Пресль, Г. С. Страхование. Изд. 2-ое. 1914 г. Ц. 1 р. 50 к., в пер. 1 р. 75 к.
- Рабинович, И. М. Общий уставъ Россійскихъ жел. дор. по разъясненіямъ Гражд. Кассац. Д-та Прав. Сената и его отдѣлений. 1914 г. Ц. 3 р. 50 к. (в перепл.).
- Равинъ, И. С. Уголовная ответствен. за уклон. отъ воинск. повинности. 1917 г. Ц. 2 р.
- Розентъ, Я. С. Товарные знаки. Практич. руков. 1913 г. Ц. 1 р. 25 к., в перепл. 1 р. 50 к.
- Розинъ, Н. Н. Уголовное судопроизводство. Изд. 3-ье. 1916 г. Ц. 4 р. (в перепл.).
- Сергѣичъ, П. (П. П.-в.). Искусство рѣши на судѣ. 1913 г. Ц. 3 р.
- Уголовная защита. Изд. 2-е. 1913 г. Ц. 1 р. 25 к.
- Славинъ, И. Б. Новый квартирный законъ. Зак. о воспріем. повышать цѣны на жилища помещения. Практич. руководство. 1917. Ц. 1 р.
- Спасовичъ, В. Д. Собрание сочиненій, въ 10 т. Изд. 2-ое. 1913 г. Ц. 12 р. 50 к.
- Туганъ-Барановскій, М. И. Бумажная деньги и металл. 1917 г. Ц. 2 р. 50 к.
- Основы политической экономіи. Изд. 4-е. 1917 г. Ц. 7 р.
- Трегубовъ, С. Н. Основы уголовной техники. Научно-техническіе приемы разслѣдованія преступленій. Практич. руковод. для судебн. дѣателей. 1915 г. Ц. 3 р.
- Шефтель, Я. М. Право морской войны. Положение о морск. призахъ (изд. 1914 г. съ разъясн. прилож. и предм. указателемъ. 1915 г. Ц. 1 р. 25 к.)
- Яблочковъ, Т. М. Практическій комментарий на Уст. Гражд. Судопр. Т. I. Основы гражд. процесса. 1913 г. Ц. 2 р. 85 к.

Складъ высылаеть—наложеннымъ платеніемъ—всѣ книги, имѣющіяся въ продажѣ. Каталоги—бесплатно.