Ю. С. ГАМБАРОВЪ.

КУРСЪ
ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

ТОМЪ I.

ЧАСТЬ ОБЩАЯ.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Типографія М. М. Стасюлевича. Вас. остр., 5 лин., 28.
1911.

БИБЛИОТЕКА
ЛЕНИНГРАДСКОГО
АРХИТЕКТУРНОГО
ИНСТИТУТА
311
36



4196

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	стран.
Предисловіе	IX—XI
Введеніе въ курсъ	1—180
I. Задачи правовѣдѣнія	1— 38
1. Почему юриспруденція не популярна?	1— 20
2. Соціальная юриспруденція	20— 32
3. Научное изученіе права и отношеніе правовѣдѣнія къ соціологіи	32— 38
II. Опредѣленіе гражданскаго права	39— 54
1. Терминологія	39— 40
2. Гражданское и торговое право	40— 42
3. Гражданское право и гражданское судопроизводство	42— 43
4. Гражданское и уголовное право	43— 45
5. Гражданское и публичное право	45— 54
III. Процессъ обособленія гражданскаго и публичнаго права	54— 82
А) Историческое соотношеніе между гражданскимъ и публичнымъ правомъ	55— 57
1. Историческій процессъ освобожденія личности	57— 63
а) Семейные союзы	57— 59
б) Корпораціи	59— 61
в) Развитіе личной правоспособности	61— 63
2. Развитіе государственной власти	63— 73
а) Государственное правосудіе	63— 66
б) Уголовное право	66— 73
3. Переходъ отъ натуральнаго хозяйства къ денежному	73— 78
Б) Догматическое соотношеніе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ	78— 82
IV. Область гражданскаго права	82— 94
1. Права личныя и семейныя	82— 85
2. Права имущественныя и неимущественныя	85— 87
А) Отношенія, возникающія изъ дѣятельности крупныхъ предпріятій	87— 89
Б) Договорныя отношенія обиходной жизни	89— 91
В) Практическое осуществленіе защиты неимущественныхъ интересовъ	91— 94

СТРАН.

V. Историческій очеркъ развитія гражданскаго правовѣдѣнія и методовъ его обработки . . . . . 94—175
1. Состояніе гражданскаго правовѣдѣнія въ древнее время . . 95—108
2. Рецепція римскаго права въ Западной Европѣ . . . . . 108—128
3. Школа „естественнаго права“ и кодификаціонное движеніе. . 128—142
4. „Историческая школа“ въ юриспруденціи . . . . . 142—155
5. „Гегеліанизмъ“ въ юриспруденціи . . . . . 155—157
6. Экономическое направленіе . . . . . 157—159
7. „Критико-созидающая“ догма права . . . . . 159—163
8. Вліяніе соціологіи . . . . . 163—169
9. Итоги . . . . . 169—175

VI. Система гражданскаго права . . . . . 175—180
1. Общія замѣчанія . . . . . 175—176
2. Легальная, институціонная и пандектная системы . . . . . 176—179
3. Литературныя указанія 180

ОБЩАЯ ЧАСТЬ 180

I. Право въ объективномъ смыслѣ . . . . . 180—370

А. Опредѣленіе и соотношеніе источниковъ права между собой . . . . . 181—189

Б. Обычное право . . . . . 189—233
1. Понятіе и основные моменты . . . . . 189—194
2. Критика господствующаго ученія . . . . . 195—214
3. Основаніе обязательнаго дѣйствія . . . . . 214—217
4. Отношеніе обычнаго права къ закону . . . . . 217—222
5. Сила обычнаго права въ европейскихъ законодательствахъ . 222—228
6. Отношеніе къ обычному праву русскаго законодательства. . 228—232
7. Научное значеніе обычнаго права . . . . . 232—233

В. Законъ. . . . . . 233—334
1. Опредѣленіе и основные моменты . . . . . 233—256
2. Дѣйствіе закона въ отношеніи къ индивидуальной волѣ и дѣятельности судьи . . . . . 257—263
3. Дѣйствіе закона относительно лицъ ему подчиненныхъ . . 264—267
4. Дѣйствіе закона относительно мѣста его примѣненія . . . 267—315
А) Понятіе общаго права . . . . . 268—270
Б) Противоположеніе общаго и мѣстнаго права съ догматической стороны . . . . . 270—275
а) Общее право, основанное на законѣ . . . . . 271—272
б) Общее право, основанное на обычаѣ . . . . . 272—273
в) Отношеніе общаго права къ мѣстному . . . . . 273—275
В) Противоположеніе общаго и мѣстнаго права съ исторической стороны . . . . . 276—279
Г) Источники общаго и мѣстнаго права въ Россіи . . . 279—288
Д) Коллизія разномѣстныхъ законовъ . . . . . 288—315
а) Понятіе коллизіи и область частнаго международнаго права . . . . . 288—296
б) Историческое развитіе частнаго международнаго права 296—310
в) Законодательныя опредѣленія . . . . . 310—315
5. Дѣйствіе закона въ условіяхъ времени . . . . . 315—329

СТРАН.

А) Границы закона во времени вообще . . . . . 315—318
Б) Обратное дѣйствіе закона и „пріобрѣтенныя права" . . 318—329
6. Законодательная автономія . . . . . 329—334

Г. „Право юристовъ", или юриспруденція. . . . . . 334—336

1. Судебное рѣшеніе . . . . . 336—339
2. Судебная практика. . . . . 339—342
3. Наука права . . . . . 342—346
А) Толкованіе права. . . . . 346—362
Б) Аналогія права и мнимая интерпретація. . . . . 362—370

II. Право въ субъективномъ смыслѣ . . . . . 371—444
1. Понятіе субъективнаго права. . . . . 371—380
2. Составъ субъективнаго права . . . . . 380—382
3. Юридическое дѣйствіе субъективныхъ правъ . . . . . 382—395
А) Активное дѣйствіе . . . . . 382—384
Б) Пассивное дѣйствіе . . . . . 384—388
В) Рефлективное дѣйствіе . . . . . 388—395
4. Отправленіе субъективныхъ правъ. . . . . 396—417
А) Понятіе, виды и защита . . . . . 396—401
Б) Дѣйствіе отправленія права на третьихъ лицъ . . . 401—407
В) Коллизія публичнаго права съ гражданскимъ. . . . 407—408
Г) Коллизія гражданскихъ правъ. . . . . 408—417
5. Виды субъективныхъ правъ . . . . . 417—444
А) Права личности и имущественныя права. . . . . 417—423
Б) Права индивидуальнаго и общественнаго обладанія . . 423—425
В) Права вещныя и обязательственныя . . . . . 425—430
Г) Права семейныя и наслѣдственныя . . . . . 431—434
Д) Привилегіи . . . . . 434—444

III. Лицо, какъ субъектъ права . . . . . 445—570
1. Общее понятіе субъекта права; выдѣленіе изъ него юридическаго лица; понятія правоспособности и дѣеспособности 445—460
2. Условія возникновенія и прекращенія юридической личности 460—489
А) Рожденіе . . . . . 460—470
Б) Смерть. . . . . 471—489
1. Послѣдовательность смертей . . . . . 472—473
2. Вѣроятная продолжительность жизни . . . . . 473—475
3. Безвѣстное отсутствіе. . . . . 475—489
3. Видоизмѣненія право- и дѣеспособности. . . . . 489—491
4. Вліяніе на право- и дѣеспособность условій физическихъ . . 491—519
А) Полъ . . . . . 491—495
Б) Возрастъ . . . . . 496—505
В) Здоровье . . . . . 505—514
Г) Расточительность. . . . . 514—519
5. Вліяніе на право- и дѣеспособность условій общественныхъ 519—570
А) Подданство . . . . . 519—526
Б) Національность . . . . . 526—528
В) Вѣроисповѣдность . . . . . 529—534
Г) Евреи . . . . . 534—542
Д) Сословность. . . . . 542—549
Е) Званіе и родъ занятій. . . . . 549—552

СТРАН.

Ж) Гражданская честь . . . . . 552—565
З) Мѣстожительство . . . . . 565—570

IV. Объектъ права . . . . . 571—628
1. Вещь и предметъ права . . . . . 571—577
2. Тѣлесныя и безтѣлесныя вещи . . . . . 577—579
3. Вещи оборотныя и внѣоборотныя . . . . . 580—588
4. Вещи простыя и составныя, совокупности вещей и правъ; имущество въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ; понятіе „особаго имущества“ . . . . . 588—595
5. Недвижимыя и движимыя вещи . . . . . 596—602
6. Генерическія и индивидуально-опредѣленныя, замѣнимыя и незамѣнимыя, потребимыя и непотребимыя, тлѣнныя и нетлѣнныя вещи . . . . . 602—607
7. Вещи дѣлимыя и недѣлимыя; составъ вещи . . . . . 607—613
8. Главная вещь и принадлежность . . . . . 613—620
9. Плоды . . . . . 620—628

V. Возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній . . . . . 629—780
1. Юридическіе факты . . . . . 629—634
2. Возникновеніе и пріобрѣтеніе правъ . . . . . 635—645
3. Измѣненіе правъ . . . . . 645—647
4. Прекращеніе правъ . . . . . 647—651
5. Время . . . . . 651—667
А) Сроки . . . . . 652—654
Б) Давность . . . . . 654—656
В) Погашающая давность . . . . . 656—663
Г) Измѣреніе времени . . . . . 663—667
6. Понятіе юридической сдѣлки . . . . . 667—678
7. Виды юридическихъ сдѣлокъ . . . . . 678—698
А) Односторонніе и двусторонніе сдѣлки, договоры . . . 678—682
Б) Сдѣлки на случай смерти, прижизненныя, возмездныя и безмездныя . . . . . 682—683
В) Сдѣлки формальныя и безформенныя, молчаливыя волеизъявленія и конклюдентные факты . . . . . 684—694
Г) Абстрактныя и каузальныя сдѣлки . . . . . 695—698
8. Воля и волеизъявленіе въ юридической сдѣлкѣ; теорія „воли“ и теорія „волеизъявленія“ . . . . . 698—703
9. Содержаніе юридической сдѣлки: essentialia, naturalia, accidentalia negotii; мотивы сдѣлки . . . . . 703—709
10. Недѣйствительность сдѣлокъ: ничтожныя и оспоримыя сдѣлки, понятіе „конверсіи“ . . . . . 709—722
11. Предвареніе, исправленіе и утвержденіе юридическихъ сдѣлокъ; предварительное и одновременное съ совершеніемъ сдѣлки согласіе на нее третьихъ лицъ . . . . . 723—726
12. Пороки воли и волеизъявленія . . . . . 726—757
1. Сознательное противорѣчіе между волей и ея изъявленіемъ . . . . . 726—738
а) Внутренняя оговорка . . . . . 729—730
б) Шутка . . . . . 730—731
в) Реклама, похвальба и т. д. 731

г) Притворныя сдѣлки . . . . . 731—733
д) Фидуціарныя и обходныя сдѣлки . . . . . 734—738
2. Безсознательное противорѣчіе между волей и ея изъявленіемъ . . . . . 739—748
а) Ошибка. . . . . 739—745
б) Обманъ. . . . . 745—748
3. Принужденіе и угрозы . . . . . 748—757
13. Добавочныя опредѣленія частной воли . . . . . 757—780
а) Условіе. . . . . 758—771
б) Срокъ . . . . . 772—776
в) „Возложеніе обязанности“ . . . . . 776—780

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предлагаемый курсъ гражданскаго права разсчитанъ на три тома, изъ которыхъ выпускаемый теперь первый томъ содержитъ въ себѣ такъ наз. „общую часть“, а въ два слѣдующіе тома войдутъ вещное и обязательственное право.

Цѣль, которую ставитъ себѣ авторъ курса, можетъ показаться, при современномъ уровнѣ юридическихъ и историческихъ знаній, недостижимой или достижимой лишь въ несовершенномъ видѣ. Авторъ убѣжденъ въ противномъ и полагаетъ, что препятствія на пути къ достиженію его цѣли могутъ быть только субъективныя, но не объективныя. Цѣль эта состоитъ въ томъ, чтобы представить гражданское право въ его общихъ признакахъ и понятіяхъ, раскрываемыхъ многовѣковой исторіей и практикой этой отрасли правовѣдѣнія. Отсюда само собой слѣдуетъ, что предметъ курса есть не русское, а общее гражданское право, насколько оно получается въ осадкѣ развитія его отдѣльныхъ институтовъ и доктринъ у всѣхъ народовъ, стоящихъ въ болѣе или менѣе сходныхъ условіяхъ жизни. Поэтому и центръ тяжести курса лежитъ не въ партикуляризмахъ, или особенностяхъ мѣстнаго права того или другого народа, а въ тѣхъ понятіяхъ общаго права, которыя могутъ быть извлечены изъ этихъ партикуляризмовъ. Это предполагаетъ, въ свою очередь, сравнительно-историческое изученіе всѣхъ институтовъ гражданскаго права и признаніе тѣсной связи гражданскаго правовѣдѣнія со всѣми другими отраслями обществовѣдѣнія.

Только такая постановка гражданскаго права можетъ дать ему, по мнѣнію автора курса, значеніе научной дисциплины и сдѣлаться

настоящей „школой“ для юристовъ, т.-е. такой „школой“, изъ которой эти послѣдніе выносили бы способность разбираться не только въ своемъ, но и во всякомъ законодательствѣ, отличать его жизненныя части отъ мертвыхъ или умирающихъ и приходить къ пониманію соціальныхъ задачъ права. Иначе, т.-е. при ограниченіи задачи гражданскаго права изученіемъ какого-либо мѣстнаго или національнаго законодательства, напр., того, которое изложено въ нашемъ X т., мы во-1) смѣшали бы право съ закономъ, во-2) не получили бы понятія науки, и въ-3) были бы награждены юристами типа нашихъ старыхъ подъячихъ. Такіе юристы были бы прекрасно освѣдомлены въ способахъ совершенія юридическихъ актовъ и различныхъ лазейкахъ закона, но неспособны рѣшить правильно ни одинъ изъ тѣхъ многочисленныхъ вопросовъ, которые остаются нерѣшенными для всѣхъ законодательствъ, или предоставляются ими либо вѣдѣнію науки, либо усмотрѣнію судьи.

Вотъ главнѣйшія соображенія, по которымъ настоящій курсъ выходитъ изъ обычно принимаемыхъ для курсовъ гражданскаго права рамокъ и излагаетъ свой предметъ въ такомъ масштабѣ, который съ перваго взгляда можетъ представиться преувеличеннымъ. Но это впечатлѣніе не соотвѣтствовало бы дѣйствительному положенію дѣла, такъ какъ, разъ въ основу гражданскаго права положенъ процессъ образованія и накопленія нормъ общаго права, этотъ процессъ долженъ быть прослѣженъ во всѣхъ важнѣйшихъ фазахъ своего развитія.

Поэтому и проведеніе каждаго института гражданскаго права черезъ всѣ формы его обобщеннаго и объединеннаго выраженія предписывается самой задачей курса. Тутъ никакой масштабъ не можетъ быть достаточно широкъ, и авторъ могъ бы ждать упрека скорѣе въ сокращеніи, чѣмъ въ расширеніи своего масштаба. Но онъ отвелъ бы этотъ упрекъ ссылкой на ограниченные по необходимости размѣры всякаго учебнаго курса—такъ же, какъ отвелъ бы упрекъ и въ недостаточномъ развитіи отечественнаго отдѣла курса указаніемъ на чрезвычайную скудость элементовъ общаго права какъ-разъ въ тѣхъ частяхъ нашего законодательства, которыя касаются такъ наз. „общей части“ гражданскаго права. По другимъ отдѣламъ курса, посвященнымъ институтамъ „спеціальной части“ системы гражданскаго права, нормы нашего законодательства менѣе скудны и болѣе

оригинальны: поэтому онѣ и займутъ тамъ мѣсто, соотвѣтствующее ихъ значенію. Но если и въ „общей части“ курса матеріалы нашего права допускаютъ бо̀льшее развитіе, чѣмъ то, какое имъ дано въ I т. предлагаемаго курса, то авторъ надѣется исправить какъ этотъ недостатокъ курса, такъ и не всегда равномѣрную обработку его отдѣльныхъ частей — въ другомъ изданіи, если только онъ дождется его. Что касается опущенныхъ въ курсѣ вопросовъ, которые излагаются обыкновенно въ „общей части“ системы гражданскаго права, какъ, напр., вопроса о деньгахъ и цѣнныхъ бумагахъ, или вопроса о представительствѣ въ юридическихъ сдѣлкахъ, то они отнесены авторомъ къ ученіямъ вещнаго и обязательственнаго права.

Наконецъ, нелишнимъ будетъ замѣтить, что частыя и, можетъ быть, слишкомъ элементарныя указанія въ курсѣ на римское право находятъ свое объясненіе въ томъ, что этотъ курсъ читается на Экономическомъ Отдѣленіи Петербургскаго Политехническаго Института, котораго учебныя программы не заключаютъ въ себѣ преподаванія римскаго права и возлагаютъ на преподавателя гражданскаго права тѣ же задачи, которыя юридическіе факультеты разрѣшаютъ преподаваніемъ римскаго права.

Сосновка.
10 марта 1911 г.

ВВЕДЕНІЕ.

I.

Задачи правовѣдѣнія.

1. Почему юриспруденція не популярна?

Гражданское право считаютъ обыкновенно сухой и скучной юридической дисциплиной. Эту судьбу раздѣляетъ съ нимъ болѣе или менѣе и все остальное правовѣдѣніе, вообще не привлекающее къ себѣ сочувствія даже въ образованныхъ кругахъ общества. Здѣсь интересуются всѣмъ, чѣмъ угодно: и музыкой, и пластическими искусствами, и колоніальной политикой, и миссіонерами,—но не правомъ. Тотъ же недостатокъ интереса къ праву характеризуетъ отчасти и міръ юристовъ, гдѣ мы постоянно встрѣчаемъ философовъ, ораторовъ, поэтовъ, музыкантовъ, финансистовъ и т. д., но рѣдко находимъ юристовъ, любящихъ и цѣнящихъ свою профессіональную науку. Когда одного изъ нашихъ современниковъ, профессора гражданскаго права въ Бреславлѣ, попросили лѣтъ 20 тому назадъ прочитать популярную лекцію изъ области права, онъ отвѣтилъ, что въ этой области нѣтъ ничего популярнаго, кромѣ ея непопулярности. Поэтому онъ и согласился объявить лекцію только на тему о „непопулярности юриспруденціи“ [1]).

Таково общественное мнѣніе, о которомъ въ данномъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, можно сказать, что, констатируя дѣйствительный фактъ, оно скользитъ по его поверхности, не углубляетъ его и имѣетъ въ виду не столько самое явленіе съ его причинами и неизбѣжными послѣдствіями, сколько одну конкретную форму выраженія этого явленія. Что гражданское право, подобно другимъ отраслямъ правовѣдѣнія, скучно и сухо, это вѣрно не по отношенію къ гражданскому праву, какъ тако-

[1]) R. Leonhard, Die Unpopularität der Jurisprudenz, 1886.

вому, а по отношенію къ господствующему теперь способу его изученія и изложенія. Можетъ-ли быть суха и скучна сама по себѣ та отрасль знанія, которая имѣетъ дѣло съ насущнѣйшими интересами личной и общественной жизни человѣка, и, притомъ—въ настоящее время, когда все заставляетъ думать, что самый идеалъ будущаго лежитъ не въ искусствѣ и не въ наукѣ, а лишь въ такомъ строѣ жизни, къ которому нельзя придти иначе, какъ путемъ преобразованій въ правѣ,—преобразованій, предполагающихъ необходимо и изученіе права, и интересъ къ праву? Какъ же объяснить это удивительное явленіе непопулярности, представляющее по своимъ причинамъ и послѣдствіямъ несравненно болѣе важности, чѣмъ это можно бы было думать по смыслу, соединяемому обыкновенно съ понятіями популярности и непопулярности?

Посчитаемся, прежде всего, со слабостью общественнаго сознанія о всемъ томъ, что выходитъ за предѣлы сферы интересовъ каждаго отдѣльнаго лица. Узкій и недальновидный эгоизмъ слишкомъ еще преобладаетъ надъ сознаніемъ высшихъ общественныхъ задачъ и въ современныхъ намъ обществахъ—для того, чтобы отчужденность этихъ послѣднихъ отъ права могла казаться удивительной. Право воспринимается ими болѣе всего въ своей отрицательной оболочкѣ: судебныхъ процессахъ съ ихъ отяготительными издержками, вызовами въ судъ, описями имущества и т. д., или различныхъ преступленіяхъ съ ихъ такъ же неизмѣнными спутниками, въ лицѣ прокуроровъ, судебныхъ слѣдователей, высшей и низшей полиціи. Не говоря о тюрьмѣ, каторгѣ и казняхъ, непріятное чувство возбуждается даже обязанностью платить налоги или свидѣтельствовать на судѣ. И какъ право въ процессѣ своего развитія доходитъ до человѣческаго сознанія прежде всего со стороны вызываемой имъ реакціи противъ своего нарушенія, такъ и огромная часть общества видитъ въ немъ одну оборотную сторону, т.-е. нарушеніе права и все, что отсюда проистекаетъ. Поэтому-то и люди, не способные провести различіе между репрессивными и организаціонными задачами права, бѣгутъ его, и антипатія къ нарушенію права распространяется отъ него, въ силу неизбѣжной ассоціаціи ощущеній и идей, также на самое право и, въ частности, на занимающуюся имъ науку.

Другая и, можетъ быть, важнѣйшая причина непопулярности юриспруденціи лежитъ въ ней самой, т.-е. въ ея воззрѣніяхъ и способахъ обработки права. Еще въ бурную пору 1848 года Берлинскій прокуроръ Кирхманъ, вступившій потомъ въ безчисленную рать нѣмецкихъ философовъ, прочелъ сначала въ Берлинскомъ юридическомъ обществѣ, а затѣмъ и напечаталъ надѣлавшій въ свое время много шума рефератъ, который былъ озаглавленъ такъ: „Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz, als Wissenschaft“, — въ переводѣ: „Негодность юриспруденціи, какъ науки“. Въ этомъ рефератѣ утверждалось, что юриспруденція—не наука, такъ какъ предметъ ея измѣнчивъ и лежитъ не столько въ знаніи, сколько въ чувствѣ. Солнце, луна, звѣзды, говорилъ Кирхманъ, остаются

тѣми же, чѣмъ они были тысячелѣтія тому назадъ, — право постоянно измѣняется. Наука ищетъ истины, — вопросы права служатъ интересамъ партій. Историческія изысканія въ этой области составляютъ лишній балластъ, такъ какъ право коренится въ настоящемъ каждаго народа, ощущается имъ непосредственно и только извращается отъ прикосновенія къ нему юриспруденціи.

Такъ мотивированное отрицаніе за юриспруденціей достоинства науки не можетъ считаться правильнымъ, такъ какъ въ немъ, съ одной стороны просвѣчиваетъ вѣра въ старую и не требующую болѣе опроверженія доктрину такъ наз. „естественнаго права“, и съ другой — игнорируется принципъ развитія, установленный въ области права исторической школой юристовъ въ Германіи еще за 50 лѣтъ до того, какъ этотъ принципъ былъ положенъ, благодаря Дарвину, въ основу всего научнаго знанія. Но неправильная мотивировка отрицанія не говоритъ ничего противъ самого отрицанія за юриспруденціей права на названіе науки, и мы сейчасъ увидимъ, что это отрицаніе было бы правильно и служило бы достаточнымъ основаніемъ для непопулярности юриспруденціи, если бы эту послѣднюю слѣдовало понимать такъ, какъ понималъ ее Кирхманъ еще до истеченія первой половины XIX вѣка, и какъ продолжаетъ понимать ее огромное большинство и современныхъ намъ юристовъ. При другомъ пониманіи то же отрицаніе было бы невѣрно, и это даетъ намъ право утверждать, что не юриспруденція, какъ таковая, а только извѣстное ея пониманіе и, еще болѣе — примѣненіе, должны нести отвѣтственность и за то, что называютъ „непопулярностью“ юриспруденціи.

Въ чемъ же состоитъ это господствующее посейчасъ пониманіе, такъ дискредитирующее юриспруденцію въ глазахъ публики?

Предметъ юриспруденціи, по общепринятому воззрѣнію, составляетъ только положительное, т.-е. дѣйствующее въ данной странѣ и въ данное время право, а задачу — истолкованіе этого же положительнаго права въ видахъ его примѣненія. „За предѣлами знанія и примѣненія существующаго права — нѣтъ юриспруденціи“, говорилъ одинъ изъ виднѣйшихъ ея представителей, бывшій Мюнхенскій профессоръ Алоизъ Бринцъ. Другой, еще болѣе высокій авторитетъ современной юриспруденціи, вдохновитель новаго гражданскаго уложенія Германіи, недавно умершій Виндшейдъ, называлъ юриспруденцію прямо „служанкой“ законодателя и, хотя прибавлялъ, что эта служанка носитъ на головѣ корону властителя („Eine Magd mit einer Herrscherkrone“), но не объяснялъ, почему корона, а не цѣпи должны символизировать такую служанку. Не рискуя ошибиться, можно сказать, что подавляющее большинство какъ нѣмецкихъ, такъ и французскихъ, итальянскихъ и всѣхъ другихъ образованныхъ юристовъ идутъ еще далѣе въ ограниченіи предмета и задачи юриспруденціи, ставя на мѣсто дѣйствующаго права одно дѣйствующее законодательство и устраняя, такимъ образомъ, изъ своего вѣдѣнія все,

кромѣ толкованія законовъ, какъ единственно-возможнаго теперь, по этому ученію, источника права. Demolombe, авторъ извѣстнаго и многотомнаго курса по французскому гражданскому праву, въ предисловіи къ этому курсу, говоритъ: „Мой девизъ, мой символъ вѣры — тексты законовъ. Печатая курсъ по кодексу Наполеона, я могу имѣть цѣлью только истолковать и объяснить этотъ кодексъ, какъ живой, примѣняемый и обязательный законъ". Другой французскій юристъ восклицаетъ: „Я не знаю гражданскаго права, я преподаю только кодексъ Наполеона". Наконецъ, въ ближайшее къ намъ время Ліаръ, теперешній вице-ректоръ Парижскаго университета, пишетъ: „Право, это — писанный законъ. Поэтому задача юридическихъ факультетовъ — учить толкованію законовъ, и метода ихъ — чисто дедуктивная. Статьи закона представляютъ собой теоремы, которыя надо связать и извлечь слѣдующія изъ нихъ послѣдствія. Настоящій юристъ, это — геометръ, и юридическое воспитаніе — чисто діалектическое" [1]).

Такое представленіе о правѣ, отождествляющее его съ закономъ, связано во Франціи съ кодификаціей гражданскаго права начала прошлаго столѣтія, которая вылилась въ ея знаменитый и облетѣвшій вскорѣ весь міръ гражданскій кодексъ. Но эта кодификація, какъ и всякая другая, не имѣла, въ общемъ, другого значенія, кромѣ формальнаго, т.-е. она только упрощала, систематизировала и объединяла существующее право. Тѣмъ не менѣе, ей немедленно приписали и иной, чисто матеріальный смыслъ. Въ силу господствующаго среди французскихъ юристовъ убѣжденія, поколебленнаго лишь въ послѣднія десятилѣтія, эта кодификація есть не только сводка, но и обновленіе права, поставленное независимо отъ своего прошлаго, основанное на разумѣ и упраздняющее всѣ источники права, кромѣ тѣхъ, которые заключены въ ней самой. Сверхъ того — и это обстоятельство особенно важно — кодифицированное законодательство считается замкнутымъ цѣлымъ, въ которомъ нѣтъ никакихъ пробѣловъ, и изъ котораго можно извлечь отвѣты на всѣ правовые запросы соціальной жизни. Найти эти отвѣты въ кодексѣ и есть задача юриспруденціи, разрѣшаемая толкованіемъ законовъ, которое начинаетъ свое дѣло съ такъ наз. „буквальнаго толкованія", когда текстъ закона ясенъ, и примѣненіе его къ данному случаю не возбуждаетъ сомнѣній, и переходитъ, затѣмъ, въ случаяхъ сомнѣнія въ „логическое толкованіе", переступающее за слова закона и восходящее для пониманія его смысла до самой „души законодателя".

О толкованіи законовъ и его пріемахъ мы будемъ говорить обстоятельнѣе впослѣдствіи и отмѣтимъ теперь для характеристики современной юриспруденціи только то, что ея принципъ толкованія законовъ, съ одной стороны, осуждаетъ право на неподвижность, а съ другой — приводитъ къ чрезвычайному злоупотребленію дедуктивной методой.

---

[1]) Geny, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899.

На основаніи указаннаго принципа всѣ вопросы права разрѣшаются волей законодателя, какъ бы она далеко ни отстояла отъ того времени, когда эти вопросы приходится разрѣшать. И если отъ обнаруженій этой воли въ отдѣльныхъ случаяхъ восходятъ къ „принципамъ", призываемымъ на помощь въ случаяхъ неполноты или отсутствія законовъ, то эти принципы, однажды открытые и установленные, сохраняютъ такую же неподвижность, какъ и законы. Такимъ образомъ, насъ приковываютъ насильственно—и не въ отношеніи какого-либо отдѣльнаго закона, а въ отношеніи всего права—къ моменту изданія закона; и какова бы ни была послѣдующая эволюція идей и учрежденій, мы не можемъ выйти ни на шагъ изъ заколдованнаго кругозора законодателя, давно переставшаго существовать. Правда, этотъ абсурдъ обходится при извѣстной дозѣ свободы въ толкованіи законовъ, но обходится не безъ ущерба для принципа слѣдованія волѣ законодателя. Кромѣ того, рано или поздно наступаетъ моментъ, когда неудобный законъ нельзя даже обойти, а надо или отвергнуть, или подчиниться. Ссылаться въ такихъ случаяхъ на законодательныя реформы было бы безполезно, такъ какъ, не говоря о затруднительности законодательнаго порядка для разрѣшенія всѣхъ частныхъ вопросовъ, возбуждаемыхъ примѣненіемъ негодныхъ законовъ, подобная ссылка доказывала бы только неспособность юриспруденціи удовлетворить потребностямъ жизни своими собственными средствами.

Съ другой стороны, ограниченная рамками закона и поставленная въ невозможность разрѣшать его примѣненіемъ всѣ представляющіеся на практикѣ случаи, современная юриспруденція вынуждена оперировать такъ наз. „принципами права" и особаго рода „понятіями", ставящими ее на путь прямого злоупотребленія формальной логикой и дедуктивной методой. Если бы дѣло шло только о выводахъ или послѣдствіяхъ изъ отдѣльныхъ законовъ и построенныхъ на нихъ же принциповъ, то противъ такого примѣненія дедуктивной методы къ обработкѣ права мы не сказали бы ни слова: оно отвѣчало бы какъ потребностямъ практики, такъ и стремленію къ систематизаціи научнаго знанія. Но когда послѣдствія того или другого закона считаютъ обязательными на практикѣ только потому, что они выводятся изъ текста закона, и забываютъ, что полученныя этимъ путемъ послѣдствія представляютъ собой только діалектическую форму для тѣхъ жизненныхъ потребностей, которыхъ они сами служатъ выраженіемъ, и противорѣчіе съ которыми лишаетъ ихъ всякаго практическаго значенія; когда такъ же практически-обязательными считаютъ и понятія, и принципы, опираемые не только на конкретныя законодательныя нормы, но и на произвольныя гипотезы, и на фантазію ихъ авторовъ; когда этимъ понятіямъ и принципамъ приписываютъ, вдобавокъ, и продуктивную силу, т.-е. способность производить и не содержащіяся въ ихъ матеріалѣ, т.-е. въ законахъ, послѣдствія; и когда, наконецъ, намъ говорятъ, что эти же понятія и принципы суть не только заклю-

ченія изъ существующихъ нормъ, но и ихъ источникъ, что „они существуютъ потому, что не могутъ не существовать“ [1],—тогда мы вступаемъ въ сферу настоящей схоластики, не имѣющей ничего общаго съ наукой. Это—воскрешеніе средневѣковаго реализма, надѣляющее отвлеченныя понятія, по существу своему, субъективныя и не имѣющія иного значенія, кромѣ временного, объективной и постоянной реальностью. Все право сводится къ извѣстному числу предопредѣленныхъ, непоколебимыхъ и неизмѣнныхъ логическихъ категорій, которыя нельзя ни устранить, ни приспособить къ постоянно измѣняющимся потребностямъ жизни. Съ одной стороны—абсолютное объективированіе логическихъ понятій, съ другой—апріорное объединеніе ихъ съ ограниченнымъ числомъ юридическихъ категорій, оторванныхъ отъ своего содержанія и чуждыхъ всякой жизненности. Противъ этого культа формальной логики въ правовѣдѣніи возсталъ съ особенной силой въ 80-хъ годахъ прошлаго столѣтія значительнѣйшій юристъ новаго времени Іерингъ [2], самъ заплатившій обильную дань этому культу въ своихъ раннихъ произведеніяхъ [3]. Рѣшающее значеніе имѣетъ здѣсь слѣдующее соображеніе.

Форма и содержаніе составляютъ двѣ стороны одного и того же понятія, и если отдѣленіе ихъ возможно въ такихъ чисто спекулятивныхъ отрасляхъ знанія, какъ, напр., математика, то оно немыслимо въ правовѣдѣніи, которое имѣетъ дѣло съ фактическими отношеніями, исполненными самаго разнообразнаго содержанія и столь же разнообразнаго регулированія этого содержанія. То, что регулируетъ, обусловлено здѣсь тѣмъ, что регулируется, и оба эти момента связаны такъ тѣсно въ каждомъ правѣ, что понять это послѣднее со стороны формы регулированія, не обращаясь къ содержанію регулируемаго, не представляется никакой возможности. Одной логикой тутъ не обойтись уже потому, что она не производитъ изъ себя ни юридическихъ, ни какихъ иныхъ соціальныхъ отношеній и не даетъ критерія для ихъ оцѣнки. Съ ея помощью можно обработать существующій матеріалъ, но нельзя создать ни одного синтетическаго положенія и обогатить правовѣдѣніе какой бы то ни было новой истиной. Никому не позволено игнорировать со времени Іеринга, что юридическія понятія суть не простыя логическія категоріи, а живыя историческія образованія, которыя возникаютъ изъ соціальныхъ отношеній и, лишь послѣ своего возникновенія, овладѣваются юридической діалектикой, напрасно приписывающей себѣ привилегію творчества на эти образованія.

---

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechts, т. II, стр. 360; см. также т. I, стр. 25—58; его же—Unsere Aufgabe въ Iahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts, 1857, I, стр. 18.

[2]) Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1885; его же—Der Besitzwille, 1887. См. также Becker, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft, 1892.

[3]) См. примѣч. 1.

Культъ логики подмѣниваетъ реальныя силы, управляющія общественной жизнью, мертвой діалектикой и забываетъ, по выраженію того же Іеринга, что не жизнь существуетъ для понятій, а понятія для жизни, и что право повинуется не тому, что логично, а тому, что предписывается общественной солидарностью и чувствомъ права. Можно было бы еще думать о нераздѣльномъ господствѣ логики въ правѣ, если бы человѣческими дѣйствіями руководилъ одинъ разумъ. Но такъ какъ ими въ несравненно бо́льшей степени руководятъ интересы, часто противоположные другъ другу, то неудивительно что и охраняющее, и оцѣнивающее эти интересы право представляетъ собой не единство и стройную логическую цѣпь, а рядъ противорѣчій и комбинацій различныхъ силъ и теченій, то уравновѣшивающихъ другъ друга, то подчиняющихъ слабѣйшія изъ нихъ сильнѣйшимъ [1]).

Вопреки приведеннымъ соображеніямъ, во Франціи торжествуетъ до сихъ поръ, въ связи съ преувеличенной оцѣнкой ея кодификаціи, представленіе объ органической цѣльности этой кодификаціи, предполагающее какъ отсутствіе въ ней всякихъ пробѣловъ, такъ и возможность получить изъ нея путемъ исключительно логическихъ операцій отвѣты на всѣ вопросы права. Въ Германіи, гдѣ кодификація не была никогда фетишомъ и имѣла до послѣдняго времени только мѣстное значеніе, далеко уступающее вліянію такъ наз. „общаго права“, т.-е. приспособленнаго къ условіямъ современной жизни римскаго права эпохи Юстиніана, дѣло стоитъ нѣсколько иначе. Представленіе объ единствѣ и отсутствіи пробѣловъ въ правѣ, вмѣстѣ съ вѣрой въ продуктивность или такъ наз. „экспансивную силу“ логическихъ категорій права, распространено здѣсь еще болѣе, чѣмъ во Франціи, но оно переносится отъ положительнаго законодательства на всю совокупность дѣйствующаго права. Это послѣднее предполагается не столько системой писанныхъ законодательныхъ нормъ, сколько системой неписанныхъ „принциповъ права“, по отношенію къ которымъ каждый писанный законъ оказывается только отдѣльнымъ случаемъ примѣненія [2]). Эти принципы настолько широки и общи, что нѣмецкая юриспруденція находитъ возможнымъ заключать отъ нихъ чисто логическимъ путемъ рѣшительно ко всѣмъ юридическимъ нормамъ, и въ этомъ отношеніи она идетъ даже далѣе французской доктрины, которая считаетъ свои принципы содержащимися, по крайней мѣрѣ, въ текстахъ законовъ, а не въ субъективныхъ воззрѣніяхъ ихъ толкователей [3]). Нѣмецкая юриспруденція этого направленія, прозванная Іерингомъ „юриспру-

---

[1]) См. мою статью „Право въ его основныхъ моментахъ“ въ Сборникѣ общихъ юридическихъ знаній, 1899, и мое же предисловіе къ другому сборнику: Государственный строй и политическія партіи, т. I.

[2]) E. Stampe, Unsere Rechts—und Begriffsbildung, 1907, стр. 2, 10—11.

[3]) Geny, ук. соч., стр. 112 и слѣд.

денціей понятій" (Begriffsjurisprudenz) [1]), господствуетъ понынѣ, въ формѣ такъ наз. „юридической методы", въ нѣмецкой литературѣ публичнаго права [2]), но въ области гражданскаго права ея авторитетъ въ послѣднія десятилѣтія значительно падаетъ какъ въ Германіи, такъ и въ другихъ культурныхъ странахъ. Среди ея нѣмецкихъ противниковъ слѣдуетъ назвать, послѣ громкаго имени Іеринга, Беккера, Бера, Бюлова, Шлоссмана, Рюмелина, Колера, Эрлиха, а среди французскихъ—Жени, Салейлля, Ламбера и др. Но несмотря на жестокіе удары, нанесенные всѣми этими писателями формально-логическому направленію въ юриспруденціи, оно все еще живетъ, если не настоящимъ, то прошлымъ авторитетомъ, и не только въ публичномъ, но и въ гражданскомъ правѣ. Вліянію этой же юриспруденціи, съ ея закрѣпощеніемъ права закону и діалектически выработаннымъ понятіямъ, съ ея осужденіемъ того же права на неподвижность, ежедневно опровергаемую практикой жизни, и съ ея апріорной методой, особенно неумѣстной въ приложеніи къ такой конкретной наукѣ объ явленіяхъ дѣйствительной жизни, какой несомнѣнно является все правовѣдѣніе,—слѣдуетъ приписать и то, что эту именно отрасль знанія считаютъ до сихъ поръ рутиной, скованной схоластикой и не дающей ничего, кромѣ непроницаемыхъ для здоровыхъ умовъ формулъ и сухой казуистики, полезной, можетъ быть, для практики, но, конечно, недостойной названія науки. Такому пониманію юриспруденціи, въ смыслѣ отрѣшенія ея отъ всѣхъ знаній, кромѣ знанія закона и его принциповъ, способныхъ, какъ будто, одними своими средствами разрѣшить всѣ предстоящія ей задачи, платятъ отчасти дань и современные намъ германскіе университеты, когда они разъединяютъ преподаваніе юридическихъ и экономическихъ наукъ по двумъ различнымъ факультетамъ или, хотя бы, двумъ отдѣленіямъ одного и того же факультета. Если во Франціи и у насъ юридическіе факультеты и другія высшія школы, подобныя нашему Политехническому Институту, какъ бы сознаютъ односторонность такого изолированія юриспруденціи и вводятъ въ свои

---

[1]) Было бы напрасно характеризуемой этимъ именемъ юриспруденціи противополагать отрицаніе всякихъ юридическихъ понятій, какъ это дѣлаютъ многіе и отчасти Штаммлеръ въ своей статьѣ: Die Zukunftsaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft, въ сборникѣ Systematische Rechtswissenschaft, 1906, стр 499. Іерингъ былъ слишкомъ большой юристъ, чтобы не знать, что юриспруденція безъ юридическихъ понятій была бы чистой казуистикой, и что обработка матеріаловъ права путемъ приведенія ихъ въ состояніе юридическихъ понятій предполагается каждымъ юридическимъ изслѣдованіемъ. Подъ „юриспруденціей понятій" онъ понималъ только ту юридическую методу, которая ждетъ отъ юридическихъ понятій больше того, что они могутъ дать, и стремится независимо отъ всякихъ соображеній о телеологическомъ моментѣ права къ построенію системы, основанной на строгомъ единствѣ и не заключающей въ себѣ ни одного пробѣла. См. L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, стр. 88 и слѣд.

[2]) См. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 2-oe изд., пред. стр. 6—11.

программы, рядомъ съ ней, и курсы экономическихъ, историческихъ и другихъ общественныхъ наукъ, то чисто искусственное сближеніе этихъ наукъ съ юриспруденціей, ограничиваемой попрежнему задачей толкованія дѣйствующаго права, едва-ли приноситъ ей большую пользу. Можно даже думать, что въ этомъ случаѣ противоположность между юриспруденціей, занятой текстами законовъ, и другими соціальными науками, ищущими съ помощью всѣхъ средствъ современной методологіи разрѣшенія самыхъ сложныхъ политическихъ и соціальныхъ проблемъ, выступаетъ особенно ярко и еще болѣе отвращаетъ молодые умы отъ того, что называютъ часто съ достаточной дозой презрѣнія не наукой, а „искусствомъ“ или практикой.

Сюда присоединяется еще другое, не менѣе обидное для современной юриспруденціи обстоятельство. Оцѣнка содержанія того или другого права совсѣмъ исключена изъ этой юриспруденціи, и никто другой, какъ „великій“ Кантъ писалъ въ своемъ трактатѣ „Zum ewigen Frieden“: „На обязанности юристовъ лежитъ только примѣнять существующіе законы, а не изслѣдовать то, нуждаются ли эти законы въ исправленіи“; и нѣсколько далѣе—„Дѣло юристовъ не разсуждать о законодательствѣ, а исполнять приказы дѣйствующихъ законовъ, и лучшая конституція для нихъ должна быть всегда та, которая законно существуетъ въ данный моментъ, и, лишь въ случаѣ ея отмѣны въ установленномъ порядкѣ—та, которая за ней послѣдуетъ“. Не менѣе опредѣленно выражаются и современные юристы. „Вопросъ о лучшемъ содержаніи юридическихъ нормъ,—говоритъ Hölder, такъ же одинъ изъ кориѳеевъ новой юриспруденціи,—есть вопросъ неюридическій... Подобные вопросы не допускаютъ разрѣшенія средствами юриспруденціи и не должны существовать для юриста, который хотѣлъ бы быть исключительно юристомъ“ [1]). Наконецъ, одинъ изъ молодыхъ и наиболѣе послѣдовательныхъ представителей того же воззрѣнія облекаетъ старую мысль въ слѣдующую, еще болѣе выразительную форму: „Содѣйствовать критикѣ и реформѣ дѣйствующаго права,—говоритъ Lotmar,—вовсе не дѣло юриспруденціи. Что бы ни представляло собой право: „разумъ“ или „безсмыслицу“, „благодѣяніе“ или „муку“, „милосердіе“ или „жестокость“... словомъ, какія бы качества ни отличали содержаніе права,—это не значитъ для юриспруденціи ровно ничего, такъ какъ единственной заботой ея должно быть то, чтобы всѣ и всегда знали, что̀ соотвѣтствуетъ (предписанному въ законномъ порядкѣ) праву“ [2]).

Вотъ чему учитъ насъ господствующее въ современной юриспруденціи направленіе, которое мы попытаемся теперь провѣрить какъ въ его исходныхъ точкахъ, такъ и въ послѣдствіяхъ. Въ предѣлахъ одной

---

[1]) Hölder, Ueber den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, 1893.

[2]) Lotmar, Der unmoralische Vertrag.

лекціи эта провѣрка можетъ быть, конечно, только общая, но при настоящемъ состояніи общественнаго знанія она будетъ все-таки достаточна для того, чтобы судить о правильности или неправильности указываемой доктрины.

Сводить всю юриспруденцію къ толкованію дѣйствующаго права и, особенно—такого, которое выражено только въ законодательствѣ той или другой страны, предполагая притомъ, что толкованіе должно ограничиваться лишь заключеннымъ въ этомъ законодательствѣ матеріаломъ, это дѣйствительно значитъ вести юриспруденцію, какъ науку, къ банкротству. Изслѣдованіе частнаго даетъ понятіе науки только въ связи съ изслѣдованіемъ общаго, такъ какъ въ сложной области обществознанія общее составляетъ всегда элементъ и условіе пониманія частнаго. То, что принимаютъ за несоединенные между собой острова, представляетъ въ сущности одинъ материкъ, и право, дѣйствующее лишь въ данномъ мѣстѣ и въ данное время, строго ограниченное какъ въ своей территоріи, такъ и во времени своего дѣйствія, способное изо дня въ день ко всякаго рода измѣненіямъ, и изолированное не только отъ окружающаго его міра, но и отъ всѣхъ своихъ источниковъ, кромѣ закона, изолированное даже отъ своего собственнаго прошлаго и будущаго,—такое право не можетъ быть ни предметомъ особой науки, ни вообще научнаго разсмотрѣнія. Всякое право есть часть того цѣлаго, которое называется обществомъ, и отъ котораго оно заимствуетъ какъ свое содержаніе, такъ и основаніе своего дѣйствія. Источникомъ его служитъ не одинъ законъ, который не можетъ всего предвидѣть и выражаетъ лишь минимальную часть фактически существующаго права. Законъ резюмируетъ въ дѣйствительности только прошлое и уже пережитое, рядомъ съ которымъ бьютъ и никогда неизсякаемые ключи настоящаго. Эти ключи исходятъ изъ ежедневно нарождающихся потребностей экономической и общественной жизни, изъ вновь складывающихся въ различныхъ общественныхъ слояхъ навыковъ и обычаевъ, изъ доминирующихъ въ тотъ или другой моментъ умственныхъ теченій и нравственныхъ идей, изъ устанавливающейся часто въ противорѣчіи съ дѣйствующимъ законодательствомъ судебной практики, изъ соотвѣтствующихъ образцовъ иностраннаго права, изъ потребностей международной жизни, изъ постоянно обновляющихся ученій юристовъ, экономистовъ, политиковъ и т. д. [1]). Отсюда уже видно, что, вопреки господствующей доктринѣ, право не можетъ быть ни изучаемо въ смыслѣ теоретической науки, ни даже толкуемо и примѣняемо въ смыслѣ прикладного знанія—иначе, какъ при соображеніи всей общественной среды, въ которой оно возникаетъ и проявляетъ свое дѣйствіе. Слѣдовательно,

---

[1]) R. Merkel, Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft, въ журналѣ Zeitschrift für das Privat—und öffentliche Recht, 1874, B. I.

не можетъ быть и рѣчи объ ограниченіи правовѣдѣнія однимъ юридическимъ, а не то что законодательнымъ матеріаломъ, который долженъ быть постоянно пополняемъ другими, дѣйствующими рядомъ съ этимъ послѣднимъ и нерѣдко пересиливающими его источниками права. Право можно изучать только въ связи съ цѣлымъ, часть котораго оно составляетъ, т.-е. въ связи со всѣмъ обществомъ и тѣми культурными и хозяйственными отношеніями, выраженіемъ которыхъ является какъ законъ, такъ и всякая другая юридическая норма. Это заключеніе изъ приведенныхъ общихъ соображеній намъ придется не разъ иллюстрировать впослѣдствіи примѣрами изъ различныхъ ученій гражданскаго права. Теперь же мы ограничимся небольшой исторической справкой.

Тезисъ господствующаго ученія, закрѣпляющій юриспруденцію въ тискахъ дѣйствующаго законодательства и исключающій оцѣнку содержанія этого послѣдняго, не находитъ себѣ подтвержденія въ исторіи права. Она указываетъ, съ одной стороны, на судебную практику, постоянно выходящую за предѣлы каждаго даннаго законодательства на основаніи оцѣнки его содержанія, и съ другой—на юридическую теорію, такъ же не соглашающуюся, въ теченіе весьма продолжительнаго періода своей исторіи, совершить надъ собой то самоубійство, которое рекомендуется ей теперь господствующей доктриной. Судебная практика никогда не чуждалась широкаго пониманія источниковъ права, и не только въ настоящее время, но еще въ древней Греціи и въ древнемъ Римѣ, какъ и во всю среднюю и новую исторію, она не переставала и не перестаетъ до сихъ поръ, подъ импульсомъ запросовъ жизни, идти гораздо далѣе писаннаго закона. Ей постоянно приходилось и приходится измѣнять, дополнять и даже отмѣнять этотъ законъ, если онъ оказывается въ противорѣчіи съ наличными потребностями или данными отношеніями общественной жизни и общественныхъ классовъ другъ къ другу, и такъ же постоянно создавать, подъ вліяніемъ тѣхъ же импульсовъ, новое право—задолго до того, чѣмъ это послѣднее получаетъ законодательное освященіе. Что касается юридической теоріи, то вспомнимъ о римскихъ юристахъ, построившихъ собственнымъ творчествомъ и при ничтожномъ участіи законодательной власти все пышное и пережившее себя почти на двѣ тысячи лѣтъ зданіе римскаго права. Можно такъ же вспомнить средневѣковыхъ и новыхъ—вплоть до начала XIX вѣка—юристовъ, равно не разрывавшихъ связи съ практикой и никогда не отрекавшихся отъ творчества, которое выражалось у нихъ въ обработкѣ права путемъ приспособленія его римскихъ источниковъ къ новымъ условіямъ жизни. Наконецъ, стоитъ вспомнить и объ юристахъ школы „естественнаго права“, всегда подчеркивавшихъ, рядомъ съ положительнымъ, и подымающееся надъ нимъ, съ цѣлью его исправленія, „естественное право“. Довольно однихъ этихъ воспоминаній, чтобы убѣдиться въ неповинности и юридической теоріи, въ теченіе болѣе, чѣмъ 20 вѣковъ

ея существованія, въ томъ „самоограниченіи“ юриспруденціи, которое мы можемъ констатировать въ ея исторіи не ранѣе наступленія XIX-го столѣтія нашей эры.

Чѣмъ же вызвано это поразительное „самоограниченіе“, и какое изъ господствующихъ въ XIX вѣкѣ умственныхъ и общественныхъ теченій несетъ отвѣтственность за него? Вызвано это „самоограниченіе“ ученіемъ объ омнипотенціи государства или государственномъ абсолютизмѣ, а главными проводниками въ жизнь оно имѣетъ, какъ это ни странно, послѣдователей той же „исторической школы“ юристовъ въ Германіи, которой правовѣдѣніе обязано своей научной постановкой, можетъ быть, болѣе, чѣмъ всѣмъ другимъ своимъ теченіямъ.

Изъ представленія о всемогуществѣ государства возникаетъ господствующее и теперь ученіе объ основаніи обязательнаго дѣйствія права, стоящее въ тѣсной связи и съ недопущеніемъ его оцѣнки. Основаніе этого обязательнаго дѣйствія видятъ въ общей или государственной волѣ, устанавливающей своими приказами и запретами все то, что есть право и неправо. Эти приказы и запреты считаются правомъ, потому что они исходятъ отъ общей воли—все равно, представлена-ли она однимъ или многими лицами,—и обязательность ихъ для подданныхъ мотивируется лежащей на послѣднихъ обязанностью повиновенія общей волѣ. Такимъ образомъ, все право сводится къ приказамъ и запретамъ государственной власти, или такъ назыв. „императивамъ“.

Не подлежитъ сомнѣнію, что эта теорія „императивовъ“ имѣетъ свой историческій корень въ деспотическомъ строѣ римской имперіи, который отождествлялъ, какъ извѣстно, законъ съ волей императора (quod principi placuit, legis habet vigorem) и освобождалъ этого послѣдняго отъ его дѣйствія (princeps legibus solutus est). Отсюда—и внутреннія свойства этой теоріи: она носитъ на себѣ печать деспотизма и не утрачиваетъ ее даже въ условіяхъ, весьма далекихъ отъ государства римскихъ цезарей. Если право есть только „императивъ“, вызывающій необходимо соотвѣтственную обязанность повиновенія, то не все-ли равно, откуда исходитъ этотъ „императивъ“: отъ единичной-ли воли монарха или отъ воли большинства одного или нѣсколькихъ законодательныхъ факторовъ? Во всякомъ случаѣ, содержаніе „императивовъ“ не имѣетъ здѣсь рѣшающаго значенія, и объ оцѣнкѣ этого содержанія не можетъ быть рѣчи. Право оказывается не дѣломъ самого общества и его солидарности, а дѣломъ одного или многихъ господъ, которымъ принадлежитъ вся совокупность права, и въ отношеніи къ которымъ все общество связано безусловнымъ послушаніемъ. Получается какой-то родъ каторги, гдѣ все основано на принужденіи. Вмѣсто свободныхъ гражданъ оказываются рабы или слуги всемогущаго государства. О правахъ, принадлежащихъ индивиду, нельзя и думать, такъ какъ онъ несетъ только обязанности, и все, что фактически обращается въ его пользу, можетъ быть не правомъ, а лишь ре-

флективнымъ дѣйствіемъ того повиновенія, которымъ онъ связанъ въ отношеніи къ государству. Это послѣднее, напротивъ, обладаетъ всѣми правами и не несетъ никакихъ обязанностей, такъ какъ приказывать въ юридическомъ смыслѣ можно только другимъ, а не себѣ. Отсюда—невозможность поставить государство въ какія бы то ни было юридическія границы, и упраздненіе цѣлыхъ областей права, какъ, напр., международнаго, конституціоннаго и даже государственнаго права. Во всѣхъ этихъ случаяхъ пришлось бы говорить о неосуществимыхъ приказахъ по адресу другихъ государствъ или по собственному адресу. Невозможными оказались бы и обычное право, и всѣ другія юридическія нормы, основанныя не на государственномъ волеизъявленіи [1]). Теорія, ведущая къ такимъ послѣдствіямъ, сама осуждаетъ себя, но она, вмѣстѣ съ бюрократическимъ строемъ современныхъ государствъ, вполнѣ объясняетъ какъ доминирующую роль закона въ новыхъ ученіяхъ о правѣ, такъ и столь характерное для этихъ же ученій отрицаніе оцѣнки закона.

Позволительно, однако, спросить, почему государственный абсолютизмъ вызвалъ ученіе о всесиліи, т.-е. объ единоличномъ господствѣ въ правѣ закона, именно въ XIX-мъ вѣкѣ, когда этотъ абсолютизмъ вступилъ уже въ періодъ упадка, а не гораздо ранѣе, когда онъ былъ еще въ порѣ своего расцвѣта? Отвѣчая на этотъ вопросъ, надо прежде всего вспомнить, что абсолютистическія теоріи, послужившія образцомъ для современнаго ученія объ основаніи обязательнаго дѣйствія закона, выставлялись и въ средніе вѣка, и въ новое время, и подъ вліяніемъ какъ римскихъ традицій, такъ и другихъ, особенно благопріятствовавшихъ развитію абслютизма, историческихъ условій. Свое классическое выраженіе эти теоріи нашли, какъ извѣстно, въ лицѣ Гоббса. Но когда абсолютизмъ торжествовалъ по всей линіи побѣду, онъ не нуждался въ формальномъ подчиненіи себѣ юриспруденціи, которая и безъ такого подчиненія состояла на его службѣ. Тотъ же абсолютизмъ, лишенный старыхъ устоевъ, и идя послѣ взрыва 1789 г. на прямой ущербъ, не пренебрегаетъ уже ни одной силой, способной реагировать противъ этого взрыва и помочь ему въ стремленіи вернуть себѣ прежнее господство. Поэтому, можетъ быть, новыя этатическія теоріи и копируютъ Гоббса, не находя, однако, въ современныхъ имъ условіяхъ примѣненія на практикѣ. Если тѣмъ не менѣе представленіе о законѣ, какъ объ единственной или, по крайней мѣрѣ, преобладающей формѣ права, удерживается и послѣ крупныхъ измѣненій въ политическомъ строѣ европейскихъ государствъ, происходящихъ въ концѣ XVIII-го и въ срединѣ XIX-го вѣка, то объяснить это можно переживаніемъ стараго „полицейскаго“ или бюрократическаго государства, съ точки зрѣнія котораго всякій законъ есть только приказъ государственной власти, обращенный къ бюрократіи для

[1]) См. мою книгу: Свобода и ея гарантіи, 1910.

направленія ея дѣятельности или, въ сущности, уполномоченія ея и на беззаконіе.

Труднѣе отвѣтить на вопросъ, почему агентомъ указанной реакціи, и именно въ области юриспруденціи, стала историческая школа въ Германіи, прославленная своимъ знаменитымъ вождемъ Ф. К. Савиньи, ученіе котораго, и, притомъ, не въ его лучшихъ, а худшихъ и утрированныхъ послѣдствіяхъ, властвуетъ до сихъ поръ надъ умами юристовъ. Огромныя заслуги этой школы для научной постановки правовѣдѣнія не могутъ подлежать сомнѣнію. Мы обязаны ей, какъ это уже упоминалось, установленіемъ принципа развитія для права задолго до того, чѣмъ этотъ принципъ былъ формулированъ Дарвиномъ для всѣхъ отраслей знанія. Далѣе, мы обязаны ей признаніемъ за предметъ юриспруденціи права въ его историческомъ развитіи, а не только въ его настоящемъ состояніи,— это признаніе осталось, къ сожалѣнію, мертвой буквой для большинства позднѣйшихъ послѣдователей исторической школы. Наконецъ, ей же мы обязаны такимъ небывалымъ до того оживленіемъ исторической литературы въ области права, которое сдѣлало впервые возможнымъ болѣе или менѣе точныя обобщенія въ этой области, основанныя на изученіи исторіи правовыхъ явленій. Но какъ ни несомнѣнны эти заслуги исторической школы, такъ же несомнѣнны и ея отрицательныя стороны, въ ряду которыхъ слѣдуетъ особо отмѣтить, для характеристики современной юриспруденціи, глубоко реакціонныя тенденціи этой школы, ея романтизмъ, въ смыслѣ возвращенія къ прошлому, поэтизированіе этого прошлаго и преклоненіе передъ такъ назыв. „историческимъ правомъ“. Можно вспомнить и ея борьбу съ французской революціей и „естественнымъ правомъ“, но не въ смыслѣ методы, удержанной, къ сожалѣнію, и исторической школой, а въ смыслѣ представляемыхъ ими освободительныхъ идей. Въ этомъ отношеніи можетъ быть любопытна проведенная Меркелемъ [1]) параллель между исторической школой въ юриспруденціи и въ политической экономіи. Въ этой послѣдней историческая школа представлена именами Рошера, Книса, Шмоллера и друг., и она можетъ считаться младшей сестрой исторической школы въ юриспруденціи, подобно тому, какъ ея противница—школа „свободной торговли“ можетъ называться младшей сестрой школы „естественнаго права“. Историческая школа въ политической экономіи, какъ и въ юриспруденціи, смотритъ на исторію, какъ на путь къ пониманію настоящаго и настаиваетъ на зависимости единичнаго отъ цѣлаго. Но уже ея отношеніе къ соціальному вопросу показываетъ, что она вовсе не такъ консервативна, какъ историческая школа въ юриспруденціи. Это происходитъ отъ того, что моментъ измѣнчивости формъ въ процессѣ развитія играетъ у историковъ-экономистовъ болѣе

[1]) R. Merkel, Ueber den Begriff der Entwicklung въ Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht, 1876—77, т. III и IV.

рѣшительную роль, чѣмъ у историковъ-юристовъ. Въ противоположность догматизму школы „свободной торговли“, историческая школа въ политической экономіи выдвигаетъ въ своихъ изслѣдованіяхъ на первый планъ измѣнчивость общественныхъ состояній, вѣритъ въ историческій прогрессъ и считаетъ реформы средствомъ избѣжанія революцій. То же дѣлаетъ въ области біологіи и дарвинизмъ, борясь съ ученіемъ о неизмѣняемости видовъ, которое поддерживается библейскимъ сказаніемъ о созданіи міра и церковнымъ представленіемъ о положеніи человѣка въ природѣ. Если бы историческая школа и въ юриспруденціи настаивала на моментѣ метаморфозы въ процессѣ развитія съ такой же рѣшительностью, съ какой она настаивала на моментѣ континуитета, т.-е. связи настоящаго съ прошлымъ, то ея политическая роль была бы, вѣроятно, совсѣмъ иная, и она вызвала бы не одинъ конфликтъ. Но въ томъ-то и дѣло, что, возставая противъ разрыва съ прошлымъ, ведя борьбу съ революціей, защищая „историческое право“ и условленность настоящаго прошлымъ, историческая школа въ юриспруденціи всегда выдвигала на первое мѣсто только моментъ континуитета и, хотя ея программа указывала и на другой моментъ развитія, измѣнчивость формъ, этотъ моментъ не получалъ никогда практическаго осуществленія. Вотъ что объясняетъ различіе судебъ одного и того же эволюціоннаго направленія въ юриспруденціи, съ одной стороны, и въ политической экономіи и естественныхъ наукахъ, съ другой, — и то отношеніе симпатіи и общенія идей, въ какое школа Савиньи вступила съ консервативными силами современнаго ей общества, сдѣлавшись опорой такъ назыв. „стабилитета“ въ политикѣ.

Сказаннымъ можно достаточно объяснить и главныя особенности господствующей юридической доктрины, имѣющей всѣ права на наслѣдство исторической школы Савиньи. Если одинъ изъ основныхъ пунктовъ этой доктрины гласитъ, что юриспруденціи нѣтъ дѣла до содержанія толкуемаго ею права, что ей должно быть все равно, разумно или безсмысленно, благодѣтельно или мучительно это право, то, помимо разобраннаго выше корня этого антисоціальнаго ученія, можно еще указать, въ качествѣ поддерживающихъ его основаній, съ одной стороны, на недовѣріе къ суду и началу свободнаго изслѣдованія, желаніе подчинить то и другое абсолютизму формы государственнаго закона, и съ другой—на допущенное исторической школой и принятое господствующимъ ученіемъ смѣшеніе исторіи права съ юриспруденціей. Что касается недовѣрія къ суду, то, не входя пока въ его юридическую оцѣнку,—которая можетъ быть только отрицательная для тѣхъ случаевъ, когда судьѣ предписываютъ не выходить ни на шагъ за предѣлы дѣйствующаго закона,—мы ограничимся замѣчаніемъ, что и фактически подобное предписаніе не имѣло бы подъ собой почвы, въ виду того, что оно постоянно опровергалось бы какъ свидѣтельствомъ исторіи, такъ и опытомъ современной судебной практики. Дѣйствительность запрета выходить за предѣлы закона вообще сомни-

тельна, и лучшіе представители судебной власти обходятъ его путемъ такъ назыв. мнимаго толкованія закона, или даже прямо нарушаютъ такой запретъ, если онъ оказывается въ противорѣчіи съ культурными задачами права. Этимъ подтверждается, что и въ наше время, столь вѣрующее во всемогущество законовъ, существуютъ силы, передъ которыми склоняются даже всемогущіе законы. Иначе пришлось бы отвергнуть всякое различіе между существующимъ и долженствующимъ, или принять къ исполненію какъ логически-противорѣчивые, такъ и чудовищно-кровожадные и безсмысленные законы. Надо было бы подчиниться законамъ, покровительствующимъ, напр., убійцамъ и грозящимъ висилицей честнымъ людямъ, или предписывающимъ убивать дѣтей, либо ходить по улицамъ непремѣнно голыми и т. п.

Другое основаніе безразличія современной юриспруденціи къ содержанію права лежитъ въ смѣшеніи исторіи права, гдѣ это безразличіе вполнѣ умѣстно, съ юриспруденціей, гдѣ оно, напротивъ, ничѣмъ не можетъ быть оправдано. Исторія права занимается изслѣдованіемъ причинной связи правовыхъ явленій въ прошломъ того или другого народа, и безъ отношенія къ тому, каково значеніе этихъ явленій въ настоящемъ. Поэтому исторія права и носитъ характеръ чисто познавательной или теоретической науки. Утилитарныя соображенія чужды такимъ наукамъ, и какъ зоологъ изучаетъ съ одинаковымъ вниманіемъ и безстрастіемъ полезныхъ пчелъ и вредныхъ насѣкомыхъ, такъ и историкъ права изслѣдуетъ съ подобнымъ же безпристрастіемъ хорошіе и дурные законы, полезныя и вредныя учрежденія. Но юриспруденція—не теоретическая наука: она имѣетъ дѣло не съ прошлымъ, а прежде всего съ настоящимъ, и по самому характеру своего предмета,—которымъ служитъ регулированіе соціальной жизни,—она преслѣдуетъ чисто практическія цѣли, состоящія въ изученіи и возможно-цѣлесообразномъ примѣненіи и приспособленіи этого только настоящаго права къ условіямъ дѣйствительной жизни. Отсюда уже видно, что юриспруденція представляетъ собой, подобно медицинѣ или архитектурѣ, чисто практическое знаніе; и какъ странно было бы для медика не различать цѣлебныхъ лекарствъ отъ ядовъ, прописывая больнымъ безразлично тѣ и другіе, или для архитектора—не различать пригодныхъ для его постройки матеріаловъ отъ непригодныхъ, также странно должно быть и для юриста, призваннаго удовлетворять потребности общества въ правѣ, служить не этой потребности, а какой-то мертвой формѣ закона, оторванной отъ своего содержанія. Между тѣмъ, такая оторванность юриспруденціи отъ ея настоящей задачи, требующей удовлетворенія наличныхъ потребностей юридической жизни, есть совершившійся фактъ со времени торжества въ Германіи именно исторической школы, заслуги которой передъ историческимъ правовѣдѣніемъ не должны намъ мѣшать констатировать одно изъ ея главнѣйшихъ заблужденій, состоящее въ смѣшеніи задачъ историческаго и практическаго правовѣдѣнія.

Провозглашеніе культа исторіи сопровождалось указаніемъ на историческое изученіе права, какъ на основную задачу юриспруденціи. Этой послѣдней ставилось въ обязанность изслѣдованіе всѣхъ, какъ ближайшихъ, такъ и отдаленнѣйшихъ первоисточниковъ дѣйствующаго права. Но такое изслѣдованіе есть задача не юриспруденціи, а исторіи права, и если мы менѣе всего склонны отрицать огромныя услуги, оказываемыя юриспруденціи исторіей права, наравнѣ съ этнографіей, статистикой, политической экономіей, исторіей религіи, нравственности и другими общественными науками, то отсюда все-таки не слѣдуетъ, чтобы исторія права была составной частью или „душой юриспруденціи", какъ этому учатъ представители такъ наз. историзма въ Германіи. Принять это ученіе значило бы признать и всѣ общественныя науки составными частями юриспруденціи, которая представляла бы въ такомъ случаѣ не самостоятельную науку, имѣющую свой особый, отличный отъ всѣхъ другихъ наукъ предметъ изученія, а какой-то странный конгломератъ изъ отрывковъ всѣхъ наукъ. Сомнѣніе же въ томъ, что юриспруденція имѣетъ свой особый, отличный отъ всѣхъ другихъ наукъ предметъ, состоящій въ юридическомъ регулированіи соціальной жизни, едва-ли допустимо.

Если дѣйствительное пониманіе того или другого правопорядка не можетъ обойтись безъ поддержки исторіи права, статистики, политической экономіи и т. д., то отсюда приходится заключать не къ пріобщенію всѣхъ этихъ наукъ къ юриспруденціи, а только къ ихъ вспомогательному значенію для послѣдней,— совершенно такъ же, какъ поддержка, находимая у математики химіей, физикой, минералогіей, электротехникой и т. д., дѣлаетъ изъ математики не составную часть и этихъ отраслей знанія, а лишь вспомогательную къ нимъ науку. Забвеніе этой простой методологической истины привело юриспруденцію къ ея настоящему кризису. Возведя на свой тронъ исторію права, она попала, какъ будто, въ плѣнъ къ чуземному князьку и была вдвинута въ ложное, чуждое ея природѣ русло. Юридическое изслѣдованіе было отвлечено отъ своей настоящей цѣли, которая лежитъ въ пониманіи дѣйствительной юридической жизни и удовлетвореніи запросамъ этой жизни. Оно было обращено почти исключительно на задачи, принадлежащія не юриспруденціи, а другой наукѣ—исторіи права, и такъ какъ эта послѣдняя опирается въ значительной степени на языкознаніе и древности, то юриспруденція дѣлалась частью не только исторіи права, но также филологіи и археологіи, и юристы превращались въ скрытыхъ историковъ, археологовъ и филологовъ. Отсюда само собой объясняется отчужденіе не только средней публики, но даже судебной практики и законодательства отъ юриспруденціи, которая, переставивъ свою задачу отъ настоящаго на прошлое, лишила себя этимъ самымъ какъ самостоятельности, такъ и руководящей роли въ направленіи текущей жизни. Она восходила отъ современнаго

ей римскаго права не только ко временамъ Юстиніана, но и къ XII таблицамъ, рекомендуя совершить вторичную рецепцію уже не глоссированнаго Юстиніанова кодекса, а такъ наз. „чистаго“ римскаго права, свободнаго отъ внесенныхъ въ него впослѣдствіи измѣненій. И когда эта небывалая до того рознь между теоріей и практикой, естественно чуждавшейся антикварныхъ изслѣдованій посторонняго ей права, достигла такихъ размѣровъ, что признать ея печальныя послѣдствія пришлось и самому главѣ исторической школы, то этотъ послѣдній винилъ въ ней не теорію, а практику, недостаточно проникнутую „научнымъ духомъ“ [1])! Это значило упускать изъ виду не только практическія функціи юриспруденціи и ея основное различіе отъ исторіи права, составляющей совсѣмъ иную и самостоятельную отрасль знанія, но и то, что, какую бы важность мы ни приписывали знанію прошлаго для пониманія настоящаго, это знаніе есть не единственное, а лишь одно изъ цѣлаго ряда общественныхъ знаній, указанія которыхъ для юриспруденціи столь же, если даже не болѣе важны, сколь и указанія исторіи права. Ставя эту послѣднюю въ своемъ центрѣ и упрекая въ неосновательности тѣхъ юристовъ, которые выходятъ за предѣлы историческихъ изслѣдованій въ область вліянія другихъ общественныхъ наукъ, послѣдователи исторической школы явно разобщаютъ юриспруденцію отъ того общественнаго цѣлаго, въ которое она входитъ лишь одной составной частью, и, конечно, не содѣйствуютъ ея популярности.

Новая форма разобщенія юриспруденціи отъ всѣхъ наукъ, кромѣ исторіи права, не выступаетъ нигдѣ съ такой яркостью и едва-ли гдѣнибудь причиняетъ столько зла, какъ въ вопросѣ о дальнѣйшемъ развитіи дѣйствующаго въ настоящемъ права. Этотъ вопросъ былъ заклейменъ главой исторической школы кличкой „естественно-правового“, и какъ самъ Савиньи, такъ и господствующее въ наше время мнѣніе безусловно исключаютъ его изъ юриспруденціи, дѣлая въ этомъ отношеніи шагъ назадъ даже сравнительно со старой школой „естественнаго права“, которая допускала, по крайней мѣрѣ, стремленіе къ идеальному праву и даже практическое осуществленіе этого послѣдняго. Но положеніе, ограничивающее юриспруденцію дѣйствующимъ лишь на основаніи своихъ формальныхъ источниковъ правомъ, не только противорѣчитъ принципу развитія, но не имѣетъ опоры и въ дѣйствительной жизни. Участіе юристовъ въ изготовленіи новыхъ законовъ, редакціи этихъ послѣднихъ, парламентскихъ дебатахъ, — наконецъ, факты творческой дѣятельности юриспруденціи, которая опирается на положительное право, но въ то же время оплодотворяетъ его и ведетъ къ новымъ правообразованіямъ,—всѣ эти факты не могутъ быть отрицаемы. И кому же, въ самомъ дѣлѣ, какъ

[1]) O. Bulow, Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft, 2-te Aufl., 1901, стр. 123—140.

не юристамъ и культивируемой ими наукѣ,—не медикамъ же, не богословамъ и не филологамъ — вѣдать вопросы, касающіеся дальнѣйшихъ образованій права? Эти вопросы заключаютъ въ себѣ такъ мало „естественно-правового", въ общепринятомъ смыслѣ этого слова, они такъ неизбѣжно вытекаютъ изъ самой теоріи исторической школы, что можно только удивляться, какъ этого не замѣтили ея корифеи. Если право не знаетъ покоя, какъ это говорилъ еще Савиньи, если оно находится въ постоянномъ движеніи и развитіи, и каждое данное состояніе права есть только моментъ въ безконечномъ процессѣ общаго духовнаго прогресса, то все это должно имѣть силу не только для прошлаго, но и для дѣйствующаго въ настоящемъ права. Включая въ задачи правовѣдѣнія изслѣдованіе развитія настоящаго права изъ прошлаго и считая это настоящее право не концомъ, а только отдѣльнымъ моментомъ процесса развитія, историческая школа не имѣла никакого основанія останавливаться передъ „дѣйствующимъ въ настоящее время правомъ" и имъ заканчивать свое изслѣдованіе. Если вѣрно то, что существуетъ дѣйствительное развитіе, а не случайная смѣна права, если это развитіе подчинено тому же закону внутренней необходимости, что̀ и возникновеніе права, — все это прекрасно выражено въ самой программной брошюрѣ Савиньи [1])—то высшая, благороднѣйшая и труднѣйшая задача юриспруденціи должна состоять именно въ томъ, чтобы изслѣдовать эти „законы внутренней необходимости", или законы развитія права, не только въ прошломъ, но и въ примѣненіи ихъ къ послѣдующимъ состояніямъ права. На томъ же основаніи, на какомъ историческая школа производила настоящее изъ прошлаго и смотрѣла назадъ, на томъ же основаніи она должна была направлять свой взоръ впередъ и отъ обобщеній настоящаго и прошлаго умозаключать къ будущему. Но она не дѣлала этого, останавливаясь на полпути своей собственной программы и, какъ бы, отрекаясь отъ нея подъ гипнозомъ своего совсѣмъ уже неисторическаго представленія о безсознательномъ образованіи права, которое, какъ будто, записывается и регистрируется, но никогда не создается и не оцѣнивается ни законодателемъ, ни судьей, ни юриспруденціей [2]).

Резюмируя теперь все изложенное о современной юриспруденціи, мы можемъ сказать, что ее характеризуютъ слѣдующія черты: 1) „самоограниченіе" рамками дѣйствующаго законодательства или, вмѣстѣ съ нимъ, и другихъ только формально признанныхъ источниковъ права; 2) примѣненіе апріорной методы и злоупотребленіе логическими категоріями; 3) оторванность отъ всего, кромѣ формы права и ея состояній въ прошломъ; 4) стремленіе удержать во что бы ни стало то, что суще-

[1]) Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814.

[2]) Neukamp, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts, I, 1895.

ствуетъ, какъ бы это существующее ни дисгармонировало съ новыми отношеніями и запросами жизни; и, наконецъ, 5) полное безразличіе къ своему собственному содержанію и преобразованію въ будущемъ. Эти черты, обусловленныя во Франціи традиціями римскаго императорскаго права и вліяніемъ ея кодификаціи, и унаслѣдованныя въ Германіи отъ средневѣковой схоластики и новой исторической школы—въ томъ видѣ, какъ она была представлена Савиньи, Пухтой, Шталемъ и другими столпами германскаго историзма, смѣшивавшаго явно задачи историческаго и практическаго правовѣдѣнія,—объясняютъ достаточно и непопулярность юриспруденціи, и жалобы на ея ненаучный характеръ, сухость, педантизмъ и формализмъ, претящіе всякому свободному и пытливому уму.

2. Соціальная юриспруденція.

Если такова господствующая въ юриспруденціи доктрина, осужденная на вѣрную смерть, то не такова нарождающаяся теперь соціальная юриспруденція. Она исполняетъ свое настоящее призваніе и проникнута сознаніемъ соціальныхъ задачъ, о непопулярности которыхъ не можетъ быть рѣчи. Исходный пунктъ ея таковъ: если право есть необходимое регулированіе и упорядоченіе соціальной жизни, то всѣ соціальные вопросы должны быть въ то же время вопросами права, и vice versâ. Что такое, въ самомъ дѣлѣ, свобода, семья, собственность, государство, какъ не учрежденія права, и не съ ними ли связываются самые дорогіе интересы человѣчества? Не предъявляетъ-ли теперь и соціализмъ своихъ требованій къ обществу въ формѣ юридическихъ положеній, имѣющихъ въ виду преобразованіе собственности и государства? Кому, наконецъ, ближе всего, какъ не юристамъ, изслѣдовать и условія отношеній между предпринимателями и рабочими, причины возникающихъ между ними столкновеній и способы предупрежденія или устраненія этихъ столкновеній? Никто не споритъ противъ того, что въ холерныхъ или санитарныхъ комиссіяхъ рѣшающій голосъ долженъ принадлежать врачамъ, въ техническихъ—техникамъ и т. д. Но, когда рѣчь заходитъ о соціально-законодательныхъ вопросахъ, то находятся юристы,—и они составляютъ еще огромное большинство,—которые утверждаютъ, что эти вопросы не юридическіе и не должны существовать для юристовъ. Я полагаю, что эти вопросы не могутъ быть неюридическими уже потому, что они входятъ необходимо въ регулированіе соціальной жизни, составляющее, какъ на это уже не разъ указывалось, единственный предметъ юриспруденціи, и, притомъ, ей одной принадлежащій предметъ изученія. На чрезвычайную важность этого предмета—независимо отъ общаго значенія понятія регулированія для понятія общества—указываютъ слѣдующія соображенія.

Примемъ, прежде всего, къ свѣдѣнію тотъ историческій фактъ, что

человѣчество отъ своихъ первыхъ дней и до настоящаго времени ведетъ постоянную борьбу не за что другое, какъ именно за основныя учрежденія права, напр., право личности, право собственности, то или другое участіе въ государственной власти и т. д., и если юридическая литература мало или слабо отражаетъ эту борьбу, то отвѣтственность за это падаетъ, конечно, на литературу, а не на право.

Далѣе, едва-ли что-нибудь такъ глубоко проникаетъ въ человѣческую жизнь, какъ право, и едва-ли какой-нибудь родъ человѣческой дѣятельности такъ близко затрагиваетъ каждаго отдѣльнаго члена общества и распространяется отъ него на все общество, какъ дѣятельность юриста. Все, что касается производства, обмѣна, распредѣленія и даже потребленія экономическихъ благъ (вспомнимъ, напр., законы противъ роскоши), постоянно служило и служитъ теперь предметомъ юридическаго регулированія. И если того-же нельзя сказать въ равной мѣрѣ о нѣкоторыхъ другихъ сторонахъ соціальной жизни, какъ, напримѣръ, о языкѣ, религіи, нравственности, эстетическихъ явленіяхъ и т. д., то не надо забывать, что эти стороны соціальной жизни далеко не имѣютъ для нея того значенія, какъ право, и составляютъ скорѣе акцессорные, или добавочные, чѣмъ основные отдѣлы обществознанія. Напротивъ, право входитъ такъ глубоко въ соціальную жизнь, начиная отъ ея правящихъ или центральныхъ органовъ и кончая самыми мелкими пружинами, что юридическая регламентація касается не только такихъ дѣйствій, которыя приводятъ членовъ той или другой соціальной группы въ прямое соприкосновеніе другъ съ другомъ, но и такихъ, которыя должны, повидимому, составлять исключительное достояніе индивидуальной воли. Мнѣ принадлежитъ, напр., по праву собственности на землю и право раскопокъ на той же землѣ. Это, какъ будто, чисто индивидуальное право, до котораго, въ условіяхъ признанія за мной собственности на землю, никому не должно быть никакого дѣла. Но такъ какъ разработка руды есть вопросъ общаго или соціальнаго интереса, то она предоставляется часто и несобственникамъ, или собственникъ земли ставится въ необходимость испрашивать у государства особое разрѣшеніе или концессію на разработку руды, находящейся въ его же землѣ. Вспомнимъ еще о страхованіяхъ отъ несчастныхъ случаевъ, болѣзней, старости и т. п.: эти акты лежатъ, повидимому, въ области частной иниціативы, но современное рабочее законодательство дѣлаетъ ихъ въ большинствѣ случаевъ обязательными какъ для предпринимателей, такъ и для рабочихъ. Или можно-ли себѣ представить болѣе личное дѣло, чѣмъ благотворительность? И между тѣмъ мы находимъ почти вездѣ общественную регламентацію благотворительности, обязывающую въ большей или меньшей степени всѣхъ къ оказанію помощи бѣднымъ. Поэтому, гдѣ бы ни лежалъ послѣдній источникъ права, и какова бы ни была его конечная цѣль, не подлежитъ сомнѣнію, что право охватываетъ всю нашу жизнь и такъ или иначе направляетъ ее.

Не менѣе несомнѣнно и постоянное воздѣйствіе жизни на право, такъ какъ это послѣднее есть часть общественнаго цѣлаго и не можетъ не испытывать на себѣ сильнѣйшаго воздѣйствія этого цѣлаго. Иначе, т.-е., если бы юриспруденція отказалась отъ связи съ общественнымъ цѣлымъ, она не исполнила бы своего назначенія и осталась бы безоружной противъ нападеній на свое достоинство. Это было бы равносильно невозможному допущенію развитія права вѣ постороннихъ вліяній,—развитія, такъ сказать, самопроизвольнаго. Какъ нельзя справедливѣе въ этомъ отношеніи замѣчанія Іеринга въ его посмертномъ сочиненіи, озаглавленномъ „Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts“. Существенное условіе развитія права Іерингъ видитъ во внѣшнемъ по отношенію къ намъ мірѣ (Aussenwelt), т.-е. въ томъ, изъ чего, заодно съ правомъ, слагается весь соціальный укладъ того или другого народа: его экономикѣ и политикѣ, религіи и нравственности, наукѣ и искусствѣ. Правовѣдѣніе, заключаетъ Іерингъ, должно отрѣшиться отъ химеры самопроизвольнаго развитія въ такой же степени, въ какой отрѣшились отъ нея естествознаніе и медицина, ищущія теперь источника измѣненій, происходящихъ въ организмахъ, не въ нихъ самихъ, а во внѣшнихъ на нихъ воздѣйствіяхъ. Въ смѣнѣ ученія о самопроизвольномъ развитіи теоріей постороннихъ импульсовъ, другими словами—въ признаніи связи между жизнью организмовъ и дѣйствующими на нее извнѣ факторами, надо видѣть важнѣйшее пріобрѣтеніе, сдѣланное въ наше время естествознаніемъ, за которымъ должно слѣдовать и правовѣдѣніе.

Такимъ образомъ, право и жизнь, жизнь и право—неотдѣлимы другъ отъ друга и стоятъ въ вѣчномъ взаимодѣйствіи. Всѣ великія революціи, отмѣтившія эпохи всемірной исторіи, вызывались ничѣмъ инымъ, какъ временнымъ отчужденіемъ между правомъ и жизнью. Отсюда вытекаетъ само собой, что тотъ, кто хочетъ знать право, долженъ знать соціальную жизнь во всѣхъ ея многообразныхъ проявленіяхъ, и юриспруденція, если она желаетъ быть вѣрной своей соціальной задачѣ, должна начинать съ изученія отдѣльныхъ соціальныхъ отношеній. Отъ торговли, промышленности, ремеслъ, земельныхъ отношеній, семейныхъ и другихъ союзовъ — она переходитъ къ условіямъ государственной жизни или, напр., явленіямъ преступности, знакомясь съ тѣмъ, что толкаетъ отдѣльное лицо и цѣлые классы населенія къ совершенію преступленій. Обращаясь къ нормамъ, регулирующимъ тѣ или другія соціальныя отношенія, она изучаетъ не только эти нормы, но и вызываемыя ими послѣдствія для тѣхъ же соціальныхъ отношеній, и въ этомъ смыслѣ изслѣдуетъ, напр., вліяніе ипотечнаго законодательства на отношенія поземельной собственности, вліяніе акціонернаго права на торговлю, вліяніе наказаній на цифры преступности и т. д. Разъ право представляетъ собой извѣстный порядокъ соціальныхъ отношеній, то само собой разумѣется, что оно не можетъ быть и установлено иначе, какъ по со-

ціальнымъ соображеніямъ. Центръ тяжести юридическаго изслѣдованія переходитъ отъ содержанія юридическихъ нормъ на содержаніе жизненныхъ отношеній, регулированіе которыхъ юридическими нормами имѣетъ только формальное значеніе, т.-е. значеніе простого средства для осуществленія той или другой цѣли. О правѣ, какъ цѣли для самого себя, не можетъ быть рѣчи: оно служитъ всегда средствомъ для цѣлей, лежащихъ внѣ его области, и такъ какъ изученіе средствъ предполагаетъ необходимо изученіе цѣлей, т.-е. тѣхъ послѣдствій, которыхъ желаютъ достигнуть осуществленіемъ юридическихъ нормъ, то дѣлается понятнымъ, почему эти цѣли или послѣдствія нормъ и составляютъ то, что въ правѣ слѣдуетъ считать наиболѣе существеннымъ и интереснымъ не только для большой публики, но и для юристовъ. Школьная юриспруденція чуждается еще, въ общемъ, этихъ задачъ, ограничивая себя только догматическими и историческими проблемами. Поэтому она и не исполняетъ своего соціальнаго призванія, и если вѣрно, что каждой эпохѣ дано разрѣшать выпадающія на ея долю задачи, которыя суммируются для нашей эпохи понятіемъ соціальнаго вопроса, то соціальной юриспруденціи придется играть все болѣе и болѣе руководящую роль не только въ практикѣ жизни, но и во всемъ соціальномъ знаніи.

Но есть ли у юриспруденціи, внѣ чисто субъективныхъ представленій, и какой-либо объективный критерій для оцѣнки дѣйствующаго права и предложенія на его мѣсто, если оно противорѣчитъ соціальной дѣйствительности, другого права, соотвѣтствующаго этой дѣйствительности?

Такого критерія не даетъ, во всякомъ случаѣ, ни исторія права, ни дѣйствующее право, ни такъ называемый „разумъ“, воскресающій въ новыхъ сочиненіяхъ Штаммлера, Салейлля, Жени и другихъ поборниковъ стараго, хотя и выступающаго теперь въ новыхъ формахъ, „естественнаго права“.

А) Исторія права, въ смыслѣ преемства юридическихъ фактовъ въ прошломъ того или другого народа, касается только этого прошлаго и можетъ освѣдомить насъ лишь о томъ, что было, а не о томъ, что должно быть. Продуктомъ историческаго процесса бываетъ и иллюзія, и зло, непригодныя служить критеріемъ для права. Это упускалось изъ виду особенно нѣмецкой исторической школой, которая, производя право изъ „духа“ народа, не знающаго надъ собой никакой высшей инстанціи, вовсе не ставила вопроса о критеріи права, и такое отрицательное отношеніе къ нему распространяла также на практическую юриспруденцію, могущую, однако, своей работой измѣнять и результаты пройденнаго процесса развитія.

Б) Дѣйствующее право говоритъ о томъ, что есть, и утверждать, какъ это дѣлаютъ Меркель [1]) и многіе другіе юристы, что оно можетъ

[1]) См. указ. выше статью: Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft.

доставить критерій для сужденія о самомъ себѣ и своемъ дальнѣйшемъ развитіи, значитъ попадать въ положеніе сказочнаго барона Мюнгаузена, который вытаскиваетъ себя изъ ямы за собственные волосы. Корни права лежатъ, какъ мы это уже видѣли, во внѣшнемъ по отношенію къ нему мірѣ, и поэтому его критерій можетъ быть извлеченъ лишь изъ этого міра, а не изъ самаго права, которое только регулируетъ соціальныя отношенія, но не объясняетъ, почему и для чего оно регулируетъ ихъ такъ, а не иначе. Это объясненіе можно найти только въ окружающей и производящей право средѣ, но никакъ не въ самомъ правѣ.

В) Наконецъ, противъ утвержденія Штаммлера, въ его брошюрѣ: „Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie“ (1889), что то, что̀ должно быть правомъ, не можетъ быть установлено эмпирическимъ путемъ, что на этотъ вопросъ можно отвѣтить только на основаніи „разума“, т.-е. апріорно, мы приведемъ небольшую выдержку изъ одной академической рѣчи Виндшейда („Recht und Rechtswissenschaft“).

„Вѣра въ вѣчное и неизмѣнное право, основанное на разумѣ,—говоритъ здѣсь Виндшейдъ,—есть старая мечта, не оставляющая до сихъ поръ человѣчества. То, что соотвѣтствуетъ разуму, должно быть уже поэтому правомъ—необходимо, во всѣ времена и во всякомъ мѣстѣ. Эта идея преслѣдуетъ не только простыхъ людей, но и науку, гдѣ она долго господствовала. Теперь она признана неправильной, но все-таки не устранена. Еще въ новѣйшее время замѣчалось, какъ часто возвращаются къ старому естественному праву даже такіе писатели, которые не сторонятся новыхъ знаній и даже представляютъ ихъ съ большой энергіей. Это и неудивительно, такъ какъ никто не будетъ оспаривать, что, если бы у насъ былъ органъ для того, что̀ называютъ человѣческимъ разумомъ, мы охотно и безповоротно подчинились бы его внушеніямъ. Но такого органа нѣтъ, какъ нѣтъ и человѣческаго разума. Есть только разумъ отдѣльнаго человѣка, который съ трудомъ отвыкаетъ отъ того, чтобы не считать свой разумъ за разумъ вообще. Это имѣетъ силу для всѣхъ отраслей знанія, поэтому—и для права. Не то право, что я считаю правомъ, а то, что общественная власть признаетъ таковымъ и провозглашаетъ, какъ таковое“.

Въ мѣткомъ указаніи Виндшейда на конкретный разумъ, выдающій себя за разумъ вообще, лежитъ корень вопроса. Этотъ конкретный разумъ, оторванный отъ общечеловѣческаго опыта, рождается и развивается съ каждымъ отдѣльнымъ индивидомъ: онъ не имѣетъ ни традиціи, ни исторіи, и можетъ вести лишь къ субъективному познанію, а не къ объективной истинѣ. Поэтому-то Штаммлеръ и его единомышленники неправы, когда они утверждаютъ объективную возможность знанія, основаннаго на одномъ „разумѣ“. Самъ Штаммлеръ приводитъ въ своей брошюрѣ факты, не оставляющіе сомнѣнія въ неправильности этого утвержденія. Онъ говоритъ объ „естественномъ правѣ“, изгнанномъ юри-

стами изъ своей области и нашедшемъ себѣ убѣжище у политиковъ. Вожаки первой французской революціи, какъ и современные намъ радикалы и революціонныя партіи, вмѣстѣ съ консерваторами и клерикалами, ссылаются одинаково на „естественное право“ и „разумъ“, какъ на свои политическіе постулаты. Не доказываетъ-ли уже это, что „объективно-правильныя положенія“ не могутъ быть добыты изъ одного разума, и что каждый изъ насъ склоненъ принимать свой собственный разумъ за никогда и нигдѣ не существовавшій „разумъ“ вообще? Возьмемъ для примѣра извѣстную подъ именемъ Kulturkampf'а распрю между государствомъ и церковью, разгорѣвшуюся въ Германіи въ началѣ 70-хъ гг. прошлаго столѣтія. „Церковь есть такая же корпорація, какъ и всѣ другія, и подчинена поэтому законамъ государства“—это положеніе считалось единственно согласнымъ съ разумомъ защитниками такъ называемыхъ „майскихъ законовъ“, направленныхъ противъ католической церкви. „Божескіе законы—выше человѣческихъ: поэтому безбожно и противно разуму подчинять церковь законамъ государствъ“—вотъ пароль, который клерикалы противопоставляли государству и чинили подъ его покровомъ свое „пассивное сопротивленіе“ государственному гнету. Какой же изъ этихъ двухъ „разумовъ“ считать правильнымъ? Несмотря на побѣду, одержанную клерикалами, многіе весьма разумные люди объявляютъ и теперь „шествіе въ Каноссу“ вреднымъ и неразумнымъ. То же дѣлаютъ современные намъ соціалъ-демократы, когда они не только порицаютъ капиталистическій строй, но и объявляютъ его „противнымъ разуму“. Напротивъ, послѣдователи такъ называемаго „манчестеріанства“ считаютъ, какъ извѣстно, вреднымъ и „противнымъ разуму“ всякое вмѣшательство государства въ хозяйственную жизнь. Такіе примѣры можно было бы умножить до безконечности, но и приведенныхъ, кажется, довольно для иллюстраціи той мысли, что оторванный отъ опыта разумъ не можетъ дать для права ни одного положенія, обладающаго объективной достовѣрностью.

Въ своемъ позднѣйшемъ сочиненіи, озаглавленномъ „Die Lehre von dem richtigen Rechte“ (1902) и резюмированномъ недавно въ статьѣ „Wesen des Rechts“ [1]), Штаммлеръ развиваетъ далѣе свои взгляды на долженствующее право и находитъ его критерій въ „соціальномъ идеалѣ“. Этотъ соціальный идеалъ не похожъ, однако, на обычно связываемыя съ нимъ представленія. Это—не свобода, не равенство, не благо или счастье людей, а исключительно формальная метода, состоящая въ отвлеченіи отъ эмпирически условленнаго содержанія права и въ установленіи общаго способа регулированія этого содержанія. Получаемый этимъ путемъ критерій разграничиваетъ „правильное“ право

[1]) Systematische Rechtswissenschaft, 1906, стр. I—LIX. Помѣщенная здѣсь статья Штаммлера переведена на русскій языкъ г. Краснокутскимъ.

отъ „неправильнаго“; онъ имѣетъ силу для всякаго времени и мѣста и обладаетъ свойствами общеобязательности и абсолютности именно потому, что его получаютъ независимо отъ познаваемаго эмпирически и измѣнчиваго въ историческихъ условіяхъ содержанія права. На этомъ различіи между формой и содержаніемъ права Штаммлеръ особенно настаиваетъ и предостерегаетъ отъ смѣшенія его съ вопросами de lege lata и de lege ferenda, т.-е. вопросами о существующемъ и долженствующемъ правѣ. Предлагаемый формальный критерій дается разумомъ при отвлеченіи отъ всего эмпирическаго и уже поэтому можетъ быть примѣненъ ко всякому содержанію права: прошлому, настоящему и будущему. Но что собственно содержитъ въ себѣ этотъ штаммлеровскій формальный критерій или соціальный идеалъ? Отвѣтъ получается слѣдующій: такъ какъ право имѣетъ своей цѣлью регулированіе соціальной жизни, то и соотвѣтствующій этой цѣли соціальный идеалъ можетъ состоять только въ единствѣ цѣлей всѣхъ тѣхъ, кто связанъ даннымъ правовымъ общеніемъ, другими словами—соціальный идеалъ лежитъ въ „сообществѣ способныхъ къ выраженію своей свободной воли людей“ („Gemeinschaft der frei wollenden Menschen“). Отсюда вытекаютъ слѣдующіе принципы „правильнаго права“: 1) каждый, преслѣдуя свои цѣли, долженъ быть уважаемъ другими; 2) каждый долженъ предоставить и другимъ участіе въ благахъ соціальной жизни; 3) ни одна воля не должна быть предоставлена на произволъ другой; 4) никто не долженъ быть произвольно исключаемъ изъ правового общенія (мы опускаемъ два менѣе существенныхъ послѣдствія изъ обоихъ первыхъ принциповъ). Всѣ эти принципы, выдаваемые Штаммлеромъ за послѣдствія идеи „правильнаго права“, не заключающія въ себѣ никакого условленнаго средой содержанія, представляются на дѣлѣ связанными этимъ содержаніемъ. Почему, напр., одна воля не должна быть предоставлена на произволъ другой, и никто не долженъ быть исключаемъ изъ правового общенія? То и другое происходитъ безъ заминокъ и на основаніи права при существованіи рабства, которое не можетъ быть осуждено во всѣхъ условіяхъ исторической жизни. Значитъ, обѣ приведенныя формулы „правильнаго права“ можно примѣнять—и то не безъ значительныхъ ограниченій и всегда при соображеніи цѣлевого момента ихъ содержанія—только въ связи съ этимъ содержаніемъ, условленнымъ обстоятельствами времени и мѣста. Почему, далѣе, считать только данныя Штаммлеромъ формулы за критерій „правильнаго права“, а не прибавить къ нимъ еще ряда другихъ формулъ? Штаммлеръ не доказалъ ни исключительнаго значенія своихъ формулъ, ни ихъ исключительно формальнаго характера. Какъ, напримѣръ, оправдать или осудить съ помощью этихъ формулъ введеніе въ той или другой странѣ всеобщаго избирательнаго права или отмѣну тѣлеснаго наказанія даже за самыя дикія преступленія? И развѣ нельзя представить себѣ юридическія нормы, противорѣчащія штаммлеровскимъ формуламъ и тѣмъ

не менѣе соотвѣтствующія „правильному праву“? Словомъ, попытка Штаммлера отгородить форму права отъ его содержанія, изъять первую изъ области опытнаго знанія и сдѣлать изъ нея абсолютный критерій для оцѣнки права—должна быть признана, несмотря на выдающійся талантъ ея автора, такъ же неудачной, какъ неудачна и вдохновляющая ее философія права и морали Канта.

Г) Слѣдуетъ еще указать на вновь пробивающее себѣ путь въ послѣднее время направленіе, которое, послѣ положившихъ ему начало трудовъ Адикеса и Шлоссмана [1]), придаетъ рѣшающее значеніе въ дѣлѣ примѣненія права свободному усмотрѣнію судьи или его „чувству права“. Это направленіе выставляетъ на своемъ знамени то „свободное исканіе права“ (freie Rechtsfindung), то „свободную оцѣнку интересовъ“ (freie Interessenabwägung), то „господствующія въ обществѣ представленія о правѣ и справедливости“; и взгляды принадлежащихъ сюда писателей (Эрлихъ, Штампе, Родбрухъ, Мейеръ, Meili, Heck—въ Германіи, Жени, Салейлль и др.—во Франціи) расходятся другъ отъ друга только въ томъ, считаютъ-ли они, и въ какой мѣрѣ, судью связаннымъ закономъ и другими источниками права, и допускаютъ-ли въ его лицѣ одно восполненіе или, въ то же время, и исправленіе, и даже отмѣну закона. Но они всѣ сходятся въ томъ, что видятъ въ индивидуальномъ чувствѣ права высшую инстанцію и рѣшающій критерій какъ для законодательства, такъ и для примѣненія права.

Насколько это направленіе возстаетъ противъ буквоѣдства и схоластической методы въ юриспруденціи, настолько оно можетъ считаться благотворнымъ и свободнымъ отъ возраженій. Но это—только отрицательная сторона новаго направленія, ничего не предрѣшающая ни въ пользу, ни во вредъ его положительнаго ученія. Это послѣднее совпадаетъ, по существу, со старымъ „естественнымъ правомъ“, ссылки котораго на „общественный договоръ“, свободу, равенство или человѣческую природу, какъ на основанія права и государства, отличаются такой-же неопредѣленностью и субъективностью, какъ и указанія нашихъ современниковъ на „чувство права“. Возводить это чувство, которое не можетъ не быть субъективно, на степень критерія права, значитъ ставить судебный произволъ на мѣсто объективной нормы, передающей не то, что кажется правильнымъ тому или другому судьѣ, а то, что принимается за объективно-правильное. Безъ такой объективной нормы немыслима никакая обезпеченность права, это высшее изъ благъ соціальной жизни, и если начало раздѣленія властей спасаетъ свободные народы отъ политическаго абсолютизма, то началомъ неограниченнаго судебнаго усмотрѣнія они отдавались бы во власть судебнаго абсолютизма. Въ дѣйствительности, раз-

---

[1]) Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872. Schlossmann, Der Vertrag, 1876.

сматриваемое нами теченіе въ новой юриспруденціи и не пытается разрѣшить вопросъ о критеріи права, такъ какъ, отсылая насъ къ чувству права судьи, которое и требуетъ именно провѣрки, оно вступаетъ въ заколдованный кругъ (circulus vitiosus), изъ котораго нѣтъ выхода.

То же слѣдуетъ сказать и о предоставленіи судьѣ права постановлять свои рѣшенія какъ на основаніи „оцѣнки интересовъ“ участвующихъ въ каждомъ отдѣльномъ спорѣ сторонъ, такъ и на основаніи „господствующихъ въ обществѣ“ или его извѣстныхъ кругахъ „воззрѣній на право“. „Оцѣнка интересовъ“ при отсутствіи объективнаго критерія для этой оцѣнки переходитъ въ тотъ же судебный произволъ, а теорія „господствующихъ воззрѣній на право“ повторяетъ въ тривіальной формѣ оставленное теперь ученіе нѣмецкой исторической школы о „народномъ правосознаніи“, какъ единственномъ основаніи права, исключающемъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и его оцѣнку. Недавно сдѣланная попытка воскресить это ученіе, распространяя его отъ правовыхъ и на всѣ такъ назыв. „культурныя нормы“ [1]), оказалась совершенно неудачной, такъ какъ во-1), мы не узнали изъ нея, откуда берется компетентность этихъ нормъ для разграниченія „правильнаго“ права отъ „неправильнаго“; во-2), „господствующія воззрѣнія“ не только на право, но и на всѣ культурныя блага, приходится удостовѣрять судьѣ, для котораго эта задача непосильна; и въ-3), судья принуждается этой теоріей къ повиновенію и такимъ „господствующимъ въ обществѣ воззрѣніямъ“, которыя могутъ быть грубы и дики, признаваясь таковыми самимъ судьей.

Немного измѣняетъ въ этомъ ученіи и поправка, вносимая въ него Дернбургомъ и нѣкоторыми другими юристами,—поправка, приглашающая судью руководствоваться не воззрѣніями и нравами общества вообще, а лишь „добрыми нравами („gute Verkehrssitten“) прилично и справедливо мыслящихъ людей“ [2]). Этой поправкой не устраняется ни судебный произволъ, ни опасность, угрожаемая имъ обезпеченности права, ни логическая безисходность перестановки вопроса, подлежащаго разрѣшенію, изъ одной инстанціи въ другую, т.-е. отъ судьи на „прилично и справедливо мыслящихъ людей“.

Изъ сказаннаго видно, что вопросъ о критеріи долженствующаго въ правѣ не рѣшается ни одной изъ приведенныхъ теорій, и что онъ, можетъ быть, не созрѣлъ еще для окончательнаго рѣшенія. Не берясь здѣсь за такое рѣшеніе, мы сдѣлаемъ нѣсколько указаній, которыя, по крайней мѣрѣ, приблизятъ насъ къ источнику рѣшенія.

Если въ способахъ чувствованія и мышленія отдѣльныхъ людей и

---

[1]) M. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903.

[2]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, II, стр. 24.

народовъ можно подмѣтить нѣкоторые общіе элементы и общія черты, а въ историческомъ развитіи—тѣ или другія общія тенденціи или теченія, то трудно было бы не согласиться съ тѣмъ, что эти общіе элементы, тенденціи и теченія способны дать и масштабы для оцѣнки права,—масштабы, которымъ, во всякомъ случаѣ, нельзя было бы отказать въ общемъ значеніи. Изслѣдованіемъ общихъ всѣмъ народамъ или извѣстной группѣ народовъ элементовъ общественной жизни занимается—на ряду съ другими соціальными науками, какъ, напр., сравнительнымъ языкознаніемъ, сравнительной исторіей религій, нравственности, народной психологіей, фольклоромъ и т. д.,—и особая научная дисциплина, извѣстная подъ именемъ сравнительнаго правовѣдѣнія или сравнительной исторіи права. Наблюдая и сравнивая однородныя учрежденія у различныхъ народовъ, проходящихъ сходныя стадіи развитія, сравнительное правовѣдѣніе приходитъ къ установленію какъ типовъ, такъ и однообразнаго въ своихъ общихъ признакахъ процесса развитія такихъ, напр., учрежденій, какъ семья, собственность, государство, церковь и т. д. Наблюденіемъ постоянной повторяемости однихъ и тѣхъ же явленій въ прошломъ и постояннаго чередованія однѣхъ и тѣхъ же причинъ ихъ возникновенія, роста и упадка—оправдывается какъ ожиданіе того же постоянства въ будущемъ, такъ и заключеніе къ тому, что оно и есть именно то, что должно быть. Нарушеніе этого ожиданія и противорѣчіе этому заключенію воспринимаются какъ оскорбленіе чувства права и встрѣчаются осужденіемъ, если не суда, то общественнаго мнѣнія, которое всегда пролагаетъ себѣ путь не только въ судъ, но и въ законодательство. Иллюстрируемъ эту мысль примѣромъ. Предположимъ, что рядъ наблюденій надъ рядомъ народовъ указываетъ на непрерывный ростъ у этихъ народовъ алтруистическаго чувства, которое выражается въ правѣ признаніемъ правоспособности за иностранцами, уничтоженіемъ рабства, покровительствомъ дарственнымъ сдѣлкамъ, устраненіемъ различій въ условіяхъ защиты права по принадлежности къ различнымъ національностямъ, вѣроисповѣданіямъ, сословіямъ и т. д. Обобщая всѣ эти явленія, мы получимъ извѣстный „законъ развитія“ права или, по крайней мѣрѣ, достаточно обоснованное заключеніе, которое позволитъ намъ утверждать, что изслѣдованные нами народы не только не вернутся къ рабству или отрицанію правоспособности иностранцевъ и инородцовъ, но будутъ и далѣе развиваться въ направленіи устраненія и удержанныхъ ими еще различій въ правоспособности. Если это ожиданіе, основанное на ходѣ всего предшествующаго развитія, не оправдается, и мы встрѣтимся у этихъ народовъ съ возстановленіемъ, хотя бы и въ законныхъ формахъ, рабства, или съ обостреніемъ существующихъ неравенствъ въ правѣ, то мы будемъ считать эти явленія противорѣчащими законамъ развитія права и заклеймимъ ихъ именемъ „неправильнаго“ или несправедливаго права.

Намъ могутъ возразить—и это возраженіе уже сдѣлано Меркелемъ,

измѣнившимъ свой прежній взглядъ на настоящій вопросъ [1]),—что изъ историческихъ обобщеній можно было бы сдѣлать критерій права лишь въ томъ случаѣ, если бы было доказано соотвѣтствіе требованіямъ долженствующаго права и тѣхъ факторовъ, которые ведутъ къ этимъ обобщеніямъ. Доказать это не представляется никакой возможности, и намъ остается только отказаться отъ мысли найти критерій для долженствующаго права. Правильно ли это заключеніе? Мы полагаемъ—нѣтъ, такъ какъ въ его основаніи лежитъ двоякое недоразумѣніе: во-1), смѣшеніе идеи развитія въ смыслѣ простой послѣдовательности явленій съ идеей развитія въ смыслѣ перехода отъ низшихъ формъ къ высшимъ; и во-2), все продолжающаяся путаница въ представленіяхъ о теоретическомъ и практическомъ знаніи.

1) Развитіе въ смыслѣ смѣны предыдущаго послѣдующимъ или простого измѣненія явленій во времени можетъ и не быть развитіемъ въ смыслѣ перехода отъ низшихъ формъ къ высшимъ. Оно можетъ быть, напротивъ, упадкомъ и разложеніемъ, о возведеніи которыхъ въ критерій права не можетъ быть, конечно, рѣчи. Таково было, напр., положеніе Германіи передъ Наполеоновскими войнами, положеніе нашего отечества передъ эпохой реформъ и т. д. Съ продуктами такого развитія приходится только бороться и всѣми силами оборачивать ихъ на путь прогресса. Но тамъ, гдѣ развитіе означаетъ не только естественное теченіе событій, но и созданіе новыхъ силъ, и переходъ отъ худшаго къ лучшему, и, притомъ, не въ случайныхъ, а закономѣрныхъ формахъ, мы не видимъ основанія не принимать результатовъ такого развитія за объективный критерій права. Тѣмъ болѣе, что всякій иной критерій былъ бы отмѣченъ печатью субъективности.

2) Не надо упускать изъ виду, что вопросъ о критеріи права можетъ ставиться только для практическаго, но не для теоретическаго правовѣдѣнія. Послѣднее, какъ мы уже указывали на это, чуждо практическихъ цѣлей: оно, какъ и всякое теоретическое знаніе, составляетъ—по крайней мѣрѣ, временно—цѣль для самого себя и ищетъ только истины. Напротивъ, первое служитъ непосредственно практическимъ цѣлямъ соціальной жизни, имѣетъ въ виду только эти цѣли и разыскиваетъ средства для ихъ осуществленія, руководствуясь данными теоретическаго правовѣдѣнія. Практическія задачи вызываютъ необходимость критерія для того, чтобы средства были примѣрены, приспособлены къ цѣлямъ; и если теоретическое правовѣдѣніе можетъ ссылаться на ненадобность или незнаніе этого критерія, то практикъ-юристъ, какъ и врачъ, призванный къ постели больного, находятся въ иномъ положеніи: они должны помочь своимъ кліентамъ, какъ бы несовершенна ни была ихъ наука.

---

[1]) См. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaften, 5—te Aufl., 1890, стр. 90—91.

Поэтому, на случаи, не разрѣшаемые еще выводами изъ сравнительной исторіи права, мы можемъ принять и дополнительный къ нимъ критерій, вытекающій изъ самой цѣли практическаго правовѣдѣнія и точно формулированный недавно однимъ изъ малоизвѣстныхъ нѣмецкихъ юристовъ, по имени Brütt [1]). Разъ цѣль, опредѣляющая самое существо практическаго правовѣдѣнія, лежитъ въ регулированіи соціальной жизни, а эта послѣдняя представляетъ собой одно цѣлое, не только различное количественно и качественно отъ своихъ частей, но и связанное съ ними тѣсной солидарностью, то, само собой разумѣется, что задача практическаго правовѣдѣнія, осуществляемая законодательствомъ, судомъ и догматической юриспруденціей, можетъ быть ближе охарактеризована, согласно эволюціонной доктринѣ, слѣдующимъ образомъ: содѣйствовать возможно-полному развитію всѣхъ частей соціальнаго цѣлаго и превращенію ихъ потенціальныхъ силъ въ дѣятельныя. Отсюда не трудно вывести и критерій какъ для „правильнаго“ права, такъ и для правильной методы его обработки. „Правильнымъ“ будетъ то право, которое способствуетъ, по возможности, культурному развитію даннаго соціальнаго цѣлаго, а правильной—та метода, которая не изолируетъ права отъ другихъ частей соціальнаго цѣлаго, а разсматриваетъ его въ связи и во взаимодѣйствіи съ ними. Состоянія культуры измѣнчивы, и въ развитіи ихъ, какъ извѣстно, принимаютъ участіе, рядомъ съ правомъ, и другія соціальныя силы: хозяйство, нравственность, религія, наука, искусство и т. д. Измѣненія, происходящія въ каждой изъ этихъ областей соціальной жизни, отражаются на всѣхъ другихъ—и должны быть согласованы. Если, напримѣръ, натуральное хозяйство переходитъ въ денежное, и это послѣднее—въ кредитное, или гражданскій оборотъ, основанный на тяжелыхъ путяхъ сообщенія, обогащается желѣзными дорогами, телеграфомъ и еще болѣе—воздухоплаваніемъ, то къ праву предъявляются новыя требованія, которымъ оно должно удовлетворить. Становясь на каждой ступени своего развитія въ соотвѣтствіе со всѣми другими функціями соціальной жизни, право можетъ быть признано „правильнымъ“. И эта оцѣнка не всегда совпадетъ съ „господствующими“ въ томъ или другомъ обществѣ представленіями о правѣ или справедливости. Какъ больной можетъ ошибаться въ своей болѣзни и цѣлебности предписаннаго ему лѣченія, такъ и большинство общества можетъ находиться въ невѣдѣніи того права, которое удовлетворитъ лучше всего его культурнымъ потребностямъ.

Предлагаемый критерій существенно различается какъ отъ субъективнаго усмотрѣнія судьи, такъ и отъ „господствующихъ“ въ обществѣ представленій о правѣ и справедливости. Не противорѣча соображенію ни того, ни другого момента въ процессѣ развитія права, онъ не смѣ-

[1]) Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907. См. также Kohler, Das Recht als Kulturerscheinung (есть русскій переводъ).

шиваетъ существующаго съ долженствующимъ и требуетъ только того, чтобы юридическое регулированіе соотвѣтствовало культурнымъ силамъ даннаго соціальнаго цѣлаго. Правда, что и къ этому критерію можно предъявить возраженіе о различіи взглядовъ на цѣнность отдѣльныхъ культурныхъ благъ и на роль тѣхъ или другихъ человѣческихъ дѣйствій въ общей экономіи соціальной жизни. Поэтому и защищаемый Brütt'омъ критерій не свободенъ отъ элемента случайности и субъективности, который мы ставили въ вину другимъ теоріямъ о долженствующемъ правѣ. Это возраженіе можно признать правильнымъ, но не рѣшающимъ, такъ какъ практическое правовѣдѣніе раздѣляетъ судьбу всѣхъ прикладныхъ наукъ: оно по необходимости несовершенно. Положеніе судьи и вообще практика-юриста поддается сравненію съ положеніемъ не только врача, но и педагога. Если воспитаніе ребенка имѣетъ цѣлью споспѣшествовать всему, что служитъ его развитію, и устранять все то, что препятствуетъ этому развитію, то цѣль эта и дѣлается критеріемъ педагоговъ, примѣняющихъ его, однако, не всегда одинаково: одни цѣнятъ больше тѣлесное развитіе, другіе—духовное, и въ этомъ послѣднемъ случаѣ—то объемъ знаній, то развитіе критическаго интеллекта, то развитіе характера. Точно такъ же и соціальный идеалъ не обходится безъ субъективнаго элемента, который выражается, напр., въ предпочтеніи либо хозяйственнаго, либо духовнаго развитія. Но умозаключать отсюда къ невозможности какого бы то ни было объективнаго критерія для права было бы такъ же неправильно, какъ и отрицать идеалъ только потому, что онъ не вполнѣ достигается. Кромѣ того, мы часто наблюдаемъ общее соглашеніе въ отношеніи, если не къ конечнымъ, то ближайшимъ соціальнымъ цѣлямъ. Такъ, напр., увеличеніе производства при равенствѣ всѣхъ остальныхъ условій, противодѣйствіе эксплоатаціи чужой нужды, борьба съ преступностью, алкоголизмомъ и т. д. могутъ разсчитывать—по крайней мѣрѣ, въ настоящее время—на общее признаніе. Споры, разногласіе и сомнѣнія возникаютъ только при обсужденіи средствъ, которыми можно достигнуть предположенныхъ цѣлей; и если бы изъ-за этихъ споровъ и сомнѣній мы отказались отъ удовлетворительнаго во всѣхъ другихъ отношеніяхъ критерія, то насъ можно было бы уподобить тому крестьянину нѣмецкой сказки, который, придя къ берегу широкой рѣки, сталъ дожидаться того, что бы эта рѣка прошла.

3. Научное изученіе права и отношеніе правовѣдѣнія къ соціологіи.

Что право можетъ вообще служить предметомъ научнаго изученія, представляя собой вовсе не продуктъ законодательнаго произвола или пустую игру случайностей, а нѣчто совершенно необходимое и развивающееся по закону причинности, это сознаніе не было чуждо еще филосо-

фамъ древней Греціи и нашло себѣ выраженіе, между прочимъ, въ слѣдующемъ фактѣ, заслуживающемъ того, чтобы мы его отмѣтили. Понятіе закона, въ научномъ смыслѣ этого слова, т.-е. въ смыслѣ постоянства отношеній между данными явленіями и необходимости въ данныхъ условіяхъ этихъ отношеній, образовалось путемъ аналогіи или перенесенія представленія о законѣ въ юридическомъ смыслѣ, т.-е. въ смыслѣ нормы человѣческаго поведенія, на тѣ явленія органическаго и неорганическаго міра, которыя представляли въ своихъ отношеніяхъ другъ къ другу такіе же признаки постоянства и общности, какіе человѣческая мысль подмѣтила сначала на явленіяхъ государственной и правовой жизни и затѣмъ уже примѣнила то же наблюденіе постоянства отношеній и къ явленіямъ физической природы. Другими словами, идея закона, какъ и много другихъ идей, какъ, напр., идеи индуктивной и исторической методы, оплодотворенныя и вполнѣ использованныя впослѣдствіи лишь естественно-научнымъ знаніемъ, возникли не въ области этого послѣдняго, а въ области общественнаго знанія. Если же, несмотря на этотъ несомнѣнный пріоритетъ открытія закономѣрности человѣческихъ дѣйствій передъ закономѣрностью явленій физической природы, общественныя науки дали до такой степени опередить себя такъ назыв. естественнымъ наукамъ, что представители этихъ послѣднихъ оспариваютъ нерѣдко, и не безъ основанія, у первыхъ даже названіе науки, то объяснить это можно во-1), чрезвычайной сложностью предмета обществознанія, заключающаго въ себѣ элементы всѣхъ другихъ знаній, и во-2), все не прекращающейся здѣсь практикой той же апріорной методы, которая стоитъ поперекъ научному прогрессу.

Эта метода задерживала долго успѣхи всѣхъ знаній, и пока изслѣдователи природы, наравнѣ съ изслѣдователями общественныхъ явленій, не изучали занимавшихъ ихъ явленій опытнымъ путемъ, а только выводили ихъ изъ такихъ произвольно принимаемыхъ ими общихъ понятій, какими были, напр., понятія „матеріи“, „теплоты“ и т. д., состояніе физическихъ и химическихъ знаній было такъ же печально, какъ и состояніе обществовѣдѣнія. Но когда Фр. Бэконъ обосновалъ опытную методу, а Галилей и др. стали пользоваться ею въ своихъ научныхъ работахъ, центръ тяжести которыхъ былъ переведенъ отъ дедукціи на индукцію, то физическія науки поднялись на такую высоту, которая казалась недосягаемой для другихъ отраслей знанія. Точно такъ же біологія не дѣлала замѣтныхъ успѣховъ, пока она оперировала предвзятыми идеями, вродѣ начала „жизненной силы“ и т. д. Рядъ блистательныхъ открытій для нея начался лишь послѣ того, какъ извѣстныя работы Кл. Бернара показали, что и здѣсь единственная научная метода есть экспериментальная. То же самое должно имѣть мѣсто и въ отношеніи къ праву, которое такъ же не можетъ быть предметомъ научнаго знанія до тѣхъ поръ, пока оно будетъ обрабатываться à priori, т.-е. путемъ логическихъ заклю-

ченій изъ недостаточно провѣренныхъ посылокъ. Необходимое условіе научнаго изученія права, какъ и всякаго другого предмета научнаго изученія, есть обработка его à posteriori, т.-е. тѣми же методами опыта и наблюденія, которымъ человѣчество обязано всѣми своими завоеваніями въ области знанія. Это не исключаетъ, конечно, и дедуктивной методы, безъ которой не обходится и естествознаніе, и которая оказываетъ вездѣ цѣнныя услуги для приведенія къ предполагаемому каждой наукой единству всѣхъ составляющихъ ее знаній. Но прежде, чѣмъ думать объ единствѣ и системѣ, получающихъ въ свое время большое значеніе, надо собрать и обработать соотвѣтственный опытный матеріалъ; изъ ничего нельзя и сдѣлать ничего.

Индукція, соединенная съ дедукціей, въ примѣненіи къ изученію права принимаетъ форму сравнительно-историческаго изученія, о которомъ у насъ уже велась рѣчь. Къ сказанному прибавимъ, что только благодаря этому сравнительно-историческому изученію, начавшемуся, можно сказать, на нашихъ глазахъ, правовѣдѣніе въ своемъ теоретическомъ отдѣлѣ подымается на степень науки, стремящейся открыть повторяемость въ извѣстныхъ условіяхъ извѣстныхъ явленій права и причинную связь этихъ явленій въ ихъ отношеніяхъ какъ другъ къ другу, такъ и къ явленіямъ окружающей среды. Такое сравнительное правовѣдѣніе необходимо, однако, отличать отъ примѣненія, которое дѣлается изъ него въ практической юриспруденціи для критики существующаго и созданія новаго права. Эту критику, связанную съ творчествомъ, называютъ обыкновенно „политикой права“ или „законодательной политикой“, а при пользованіи матеріалами сравнительной исторіи права ей такъ же даютъ названіе сравнительнаго правовѣдѣнія. Но объединеніе двухъ различныхъ дисциплинъ подъ однимъ и тѣмъ же названіемъ служило и служитъ до сихъ поръ источникомъ многихъ недоразумѣній. Первая изъ этихъ дисциплинъ, т.-е. сравнительная исторія права, преслѣдуетъ, какъ на это уже указывалось, чисто теоретическія и научныя цѣли, стоящія въ сторонѣ отъ непосредственно практическихъ соображеній. Она составляетъ, наравнѣ со сравнительной исторіей языка, религій, нравовъ и т. д., часть описательной соціологіи и имѣетъ задачей подготовить, путемъ сравнительнаго изученія различныхъ учрежденій и отношеній права, открытіе законовъ развитія этихъ учрежденій и отношеній. Сравнительное правовѣдѣніе въ этомъ смыслѣ не можетъ, естественно, ограничиться ни правомъ одного какого-либо народа, ни однимъ его современнымъ состояніемъ,— оно здѣсь нераздѣльно съ исторіей права и должно быть одновременно какъ сравненіемъ различныхъ законодательствъ, такъ и исторіей этихъ законодательствъ. Сравнительное правовѣдѣніе въ смыслѣ политики права есть нѣчто совсѣмъ иное: оно служитъ только орудіемъ критики и созданія права. Это—цѣли чисто практическія, и преслѣдованіе ихъ составляетъ предметъ не теоретической, а прикладной науки. Задача этой

прикладной науки — провести открытые сравнительной исторіей права типы учрежденій, если они соотвѣтствуютъ даннымъ общественнымъ состояніямъ, въ жизнь общества, о которомъ идетъ дѣло, и тѣмъ самымъ содѣйствовать процессу интернаціонализаціи или обобщенія права. Эта дисциплина есть собственно составная часть дѣйствующаго въ каждой данной странѣ положительнаго права, — правда, менѣе уловимая, но зато и болѣе гибкая, и болѣе совершенная, чѣмъ дѣйствующіе въ ней формальные источники права, которые находятъ въ этой политикѣ свое необходимое дополненіе и свой критерій. Но чтобы дать этотъ критерій, сравнительная политика права должна опираться на всѣ общественныя науки и, въ особенности, на всестороннее знакомство съ исторіей права всѣхъ привлекаемыхъ ею къ сравненію народовъ. Только область этого сравненія въ политикѣ права гораздо ограниченнѣе, чѣмъ при сравнительной исторіи права, и это опять вытекаетъ изъ различія задачъ той и другой отрасли правовѣдѣнія. Преслѣдуя практическія цѣли и отыскивая только сходныя явленія, политика права ограничиваетъ себя сравненіемъ лишь родственныхъ или близкихъ другъ другу системъ права, и, занимаясь, напр., какимъ-либо изъ европэйскихъ законодательствъ, она не имѣетъ надобности обращаться къ магометанскимъ системамъ права. Напротивъ, сравнительная исторія права, ставя передъ собой чисто теоретическія цѣли, заинтересована не только въ сходныхъ, но и въ рѣзко отличныхъ другъ отъ друга системахъ права; поэтому она и стремится всегда къ возможному расширенію своей области сравненія.

Правда, возможность научной постановки сравнительнаго правовѣдѣнія, въ обоихъ его смыслахъ, оспаривается до сихъ поръ многими учеными педантами и скептиками, указывающими на трудность историческаго изслѣдованія въ области учрежденій и права каждаго изъ тѣхъ народовъ, которые привлекаются сравнительной методой къ своему разсмотрѣнію. Отсюда и вытекаетъ, какъ будто, подрывающая методу недостовѣрность и недостаточность ея матеріаловъ. Въ отвѣтъ на этотъ скептицизмъ можно сослаться, прежде всего, на значительный успѣхъ уже произведенныхъ, и вовсе не безплодно, попытокъ примѣненія сравнительной методы къ древнимъ и средневѣковымъ учрежденіямъ, и, затѣмъ — на еще болѣе благопріятныя условія пользованія той же методой въ отношеніи къ менѣе отдаленнымъ отъ насъ періодамъ исторіи. Эти менѣе отдаленные періоды имѣютъ какъ разъ наибольшее значеніе для практики и политики права, такъ какъ они представляютъ, въ видѣ общаго правила, болѣе связи и аналогіи съ современными учрежденіями, чѣмъ отдаленныя эпохи, дающія менѣе такихъ аналогій. А что ближайшіе къ намъ періоды исторіи могутъ быть хорошо изучены, это не трудно увидѣть, хотя бы, на примѣрѣ исторіи англійскихъ политическихъ учрежденій — по крайней мѣрѣ, со времени революціи 1688 г. Эти учрежденія теперь настолько обслѣдованы во всей совокупности своихъ экономическихъ и идейныхъ условій, что мы имѣемъ

возможность опредѣлить болѣе или менѣе точно значеніе каждаго изъ этихъ условій политической эволюціи Англіи и сказать не только то, чѣмъ былъ англійскій парламентаризмъ во всѣ моменты этой эволюціи, но и то, чѣмъ онъ не былъ и чѣмъ отличался отъ соотвѣтственныхъ моментовъ политической эволюціи Франціи, Испаніи, Скандинавскихъ государствъ и т. д. То же приблизительно можно утверждать какъ объ эволюціи другихъ учрежденій права, такъ и объ общественной эволюціи, въ ея цѣломъ, у большинства европейскихъ народовъ, откуда само собой напрашивается заключеніе какъ о возможности, такъ и о плодотворности приложенія къ этой эволюціи именно сравнительно-исторической, а не какой-либо другой методы. Но если даже допустить рѣшающее значеніе неудовлетворительности существующаго историческаго матеріала для широкаго пользованія сравнительной методой, то это было бы возраженіе не противъ методы, а противъ состоянія историческихъ знаній. Это возраженіе могло бы только подвинуть историковъ на новыя изслѣдованія и придать пока выводамъ сравнительной методы болѣе гипотетическій характеръ, чѣмъ тотъ, какой они имѣли бы при менѣе несовершенномъ состояніи историческаго знанія. Вмѣсто едва-ли возможной гдѣ-нибудь истины получалось бы только приближеніе къ истинѣ. Но это ни мало не подрывало бы методы, которая подготовляетъ путь, при дальнѣйшихъ успѣхахъ исторической науки, для менѣе гипотетическихъ построеній, составляющихъ пока-что, сколько мнѣ извѣстно, предѣлъ всякаго человѣческаго знанія.

Изъ сказаннаго уже можно видѣть, въ какой тѣсной связи стоитъ правовѣдѣніе съ общей наукой объ обществѣ, или соціологіей. Изучая строеніе, функціи и развитіе человѣческихъ обществъ, эта послѣдняя такъ же не можетъ обойтись безъ правовѣдѣнія, изучающаго въ правѣ важнѣйшую функцію тѣхъ же человѣческихъ обществъ, какъ и правовѣдѣніе не можетъ обойтись безъ соціологіи. Такая связь между той и другой отраслью знанія объясняется не только солидарностью, соединяющей всѣ общественныя явленія и всѣ общественныя науки въ одно цѣлое, но и особымъ отношеніемъ между соціальной жизнью и правомъ. Это отношеніе не слѣдуетъ представлять себѣ такъ, какъ бы соціальная жизнь и право вели разрозненное существованіе и могли быть отдѣлены другъ отъ друга. Право есть одно лишь регулированіе соціальной жизни, неотдѣлимое отъ этой послѣдней и стоящее къ ней въ отношеніи формы къ своему содержанію. Это—не платье, которое надѣваютъ и снимаютъ, и не домъ, въ который входятъ и изъ котораго выходятъ. Право, по удачному выраженію Штаммлера, есть только извѣстное качество нормъ, регулирующихъ соціальную жизнь, и если не можетъ быть права безъ соціальной жизни, такъ какъ форма не можетъ въ дѣйствительности существовать безъ содержанія, такъ не можетъ быть и соціальной жизни безъ права, такъ какъ понятіе регулированія входитъ въ понятіе соціальной жизни, которое переходило бы

иначе въ свою противоположность, т.-е. понятіе анархіи. Такимъ образомъ, соціальная жизнь и право суть не раздѣльныя величины, а двѣ нераздѣльныя стороны—содержаніе и форма—одного и того же явленія [1]).

Но и независимо отъ связи между формой и содержаніемъ общественной жизни, указанное выше всесиліе и постоянное участіе права во всѣхъ человѣческихъ дѣйствіяхъ можно объяснить и зависимостью личности отъ общества, побуждающаго путемъ права каждое отдѣльное лицо служить своимъ цѣлямъ. Вотъ почему мы и находимъ, съ одной стороны, право во всей структурѣ и во всѣхъ функціяхъ общественной жизни, и видимъ, съ другой стороны, что правовѣдѣніе и соціологія постоянно встрѣчаются, располагая во многомъ и однимъ и тѣмъ же полемъ изслѣдованія и преслѣдуя, въ общемъ, однѣ и тѣ же цѣли. Правовѣдѣніе, какъ и соціологія, изучаетъ семейный, военный, экономическій и политическій строй человѣческихъ обществъ. Правовѣдѣніе, какъ и соціологія, разыскиваетъ — по крайней мѣрѣ, въ своемъ теоретическомъ отдѣлѣ—законы развитія общественныхъ учрежденій.

Гдѣ же тогда различіе между той и другой отраслью знанія?

На этотъ вопросъ отвѣчаютъ иногда такъ: изученіе права ограничивается данной страной и даннымъ временемъ, тогда какъ соціологія обнимаетъ всѣ общества и указываетъ на общіе имъ всѣмъ законы во всей безконечности времени. Это мнѣніе, очевидно, неправильно, такъ какъ не только сравнительное правовѣдѣніе, но и метафизическая философія права отрывается отъ отдѣльныхъ эпохъ и народовъ, восходя отъ нихъ къ общимъ началамъ въ такой же мѣрѣ, какъ это дѣлаетъ и соціологія.

Такъ же несостоятельно и другое воззрѣніе, видящее различіе между соціологіей и правовѣдѣніемъ въ томъ, что первая изучаетъ необходимыя отношенія сосуществованія и преемства общественныхъ фактовъ, тогда какъ правовѣдѣніе имѣетъ дѣло, какъ будто, съ одними положительными законами—измѣнчивыми, случайными и внушенными тѣми или другими общественными авторитетами. На неправильность этого воззрѣнія мы уже указывали, когда говорили о невозможности сводить къ толкованію или экзегезѣ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ даже практическое правовѣдѣніе, поставленное въ необходимость обходить или отмѣнять эти нормы, когда они противорѣчатъ культурнымъ задачамъ права или жизненнымъ потребностямъ, и, во всякомъ случаѣ, выходить за предѣлы простого толкованія этихъ формально дѣйствующихъ источниковъ права, если они не даютъ удовлетворенія, требуемаго вновь зарождающимися потребностями. Что касается теоретическаго или сравнительнаго правовѣдѣнія, то мы уже знаемъ, что оно можетъ вести къ установленію научныхъ законовъ извѣстнаго ряда общественныхъ явленій въ томъ же смыслѣ, въ какомъ стремится къ устано-

---

[1]) Stammler, Wirthschaft und Recht in ihren Wechselbeziehungen, 1895 (есть русскій переводъ).

вленію этихъ законовъ и соціологія. Провести въ этомъ смыслѣ демаркаціонную линію между той и другой отраслью знанія оказывается невозможнымъ.

Но демаркаціонная линія несомнѣнно существуетъ, такъ какъ правовѣдѣніе и соціологія не тождественны. Отказываясь отъ претензіи, заявляемой до послѣдняго времени нѣкоторыми философами и юристами—служить нормой или закономъ всей соціальной жизни и замѣнять въ этомъ смыслѣ ту же соціологію,—правовѣдѣніе ограничиваетъ теперь свою компетенцію только одной стороной соціальной жизни и свой предметъ—только одной группой соціальныхъ явленій, характеризуемыхъ какъ явленія права и такъ же мало исчерпывающихъ собой все существо общества, какъ мало, напр., содержаніемъ зоологіи и ботаники исчерпывается вся область біологіи. Но въ виду того, что качество общественныхъ явленій, которымъ занимается правовѣдѣніе, представляется, какъ бы, обнимающимъ и скрѣпляющимъ всѣ остальныя общественныя явленія, дѣлается само собой понятнымъ, почему правовѣдѣніе и соціологія постоянно встрѣчаются, и почему истинно философское изученіе одной изъ нихъ не можетъ не идти рядомъ съ такимъ же изученіемъ другой. Нельзя изучать соціологію безъ правовѣдѣнія, такъ какъ это послѣднее имѣетъ дѣло съ основными пружинами общественной жизни, безъ соображенія которыхъ было бы невозможно разрѣшеніе ни одной задачи соціологіи. Нельзя изучать и правовѣдѣнія безъ соціологіи, такъ какъ часть зависитъ отъ цѣлаго и не можетъ быть понята изолированно отъ этого цѣлаго и другихъ его частей. Соціологія, въ смыслѣ этого цѣлаго, заключаетъ въ себѣ абстракцію отъ всей совокупности общественнаго знанія. Она освѣщаетъ, какъ видъ съ высокой горы, весь пройденный путь, и въ отношеніи къ правовѣдѣнію могла бы служить его истинной и единственно-возможной научной философіей. Изученіе этой философіи было бы вѣнцомъ всѣхъ занятій правовѣдѣніемъ, и введеніе ея въ программу юридическихъ факультетовъ или такихъ высшихъ школъ, какъ Экономическое Отдѣленіе нашего Политехническаго Института, дало бы этимъ послѣднимъ право называться факультетами или школами общественныхъ наукъ,—это единственно-приличествующее имъ, съ точки зрѣнія раціональной классификаціи наукъ, названіе.

II.

Опредѣленіе гражданскаго права.

1. Терминологія. Названіе „гражданское право“ есть буквальный переводъ римскаго термина „jus civile“. Этимъ терминомъ означалось право, по которому жилъ каждый самостоятельный народъ. Поэтому и римское jus civile было правомъ, принадлежавшимъ гражданамъ древняго Рима, правомъ Квиритовъ, jus Quiritium. Но сверхъ неразрывной связи съ правомъ гражданства, исчезнувшей теперь изъ понятія гражданскаго права, римское jus civile характеризовалось тѣмъ, что оно обнимало всѣ государственныя, общественныя и частныя отношенія древнихъ римскихъ гражданъ и было съ этой стороны шире современнаго понятія гражданскаго права, не обнимающаго собой всѣхъ этихъ отношеній. Съ другой стороны, jus civile было уже современнаго понятія гражданскаго права, такъ какъ оно устраняло отъ себя всѣ положенія права, общаго римскимъ гражданамъ съ иностранцами, или того общенароднаго права — „jus gentium“, которое составляетъ въ настоящее время необходимый ингредіентъ гражданскаго права. Современное гражданское право, при общности своего названія съ римскимъ jus civile, отличается отъ послѣдняго во-1) тѣмъ, что, выдѣляя изъ себя институты, регулирующіе отношенія государственной жизни, оно представляетъ собою не все право того или другого народа, а лишь извѣстную часть этого права, и во-2) тѣмъ, что, включая въ себя, рядомъ съ правами гражданъ, и права не-гражданъ, напр., женщинъ, дѣтей, иностранцевъ и т. д., и рядомъ съ національнымъ и интернаціональное, т.-е. общее многимъ народамъ право, оно квалифицируется теперь не связанностью съ правомъ гражданства и не принадлежностью тому или другому народу, а иными признаками, которые могутъ быть взяты только изъ формы или содержанія права.

Такимъ образомъ римское названіе гражданскаго права удерживается, несмотря на измѣнившееся содержаніе этого права, и въ старую форму, какъ это часто бываетъ, вкладывается новое содержаніе. Мы не противополагаемъ болѣе, какъ это дѣлали римляне, гражданскаго права ни jus gentium, ни неопредѣленному понятію „естественнаго права“ (jus naturale), такъ какъ эти оба понятія входятъ составными элементами, въ предѣлахъ своего признанія законодательствомъ и судебной практикой, какъ въ современное гражданское право, такъ и въ другія области права. Но мы противополагаемъ гражданское право уголовному, торговому, промышленному, и, въ особенности, публичному праву, заимствуя изъ видовыхъ и либо предметныхъ, либо формальныхъ различій этихъ отраслей

права другъ отъ друга—все то, что̀, при единствѣ идеи, цѣли и другихъ родовыхъ признаковъ, можетъ различать эти отрасли права, очевидно, лишь видовыми чертами.

Замѣтимъ еще, что гражданскимъ правомъ называлось въ исторіи европейской юриспруденціи поочередно и одно римское право, въ противоположность праву новыхъ народовъ, и общее гражданское право, въ противоположность особенному, мѣстному или исключительному праву. И лишь послѣ того, какъ процессъ рецепціи римскаго права въ Западной Европѣ обнаружилъ непригодность къ условіямъ жизни новыхъ народовъ римскаго публичнаго права, направивъ все вниманіе европейскихъ юристовъ на одно римское частное право, выраженіе „гражданское право“ стало употребляться въ современномъ смыслѣ противоположенія его публичному праву. Въ этомъ смыслѣ гражданское право называютъ также „частнымъ“ (jus privatum, droit privé, Privatrecht) и различаютъ въ этомъ послѣднемъ, не взирая на его единство, 3 самостоятельныя части: гражданское право въ собственномъ смыслѣ, торговое право, вмѣстѣ съ промышленнымъ и нѣкоторыми другими спеціальными отраслями частнаго права, и, наконецъ, гражданское судопроизводство, или гражданскій процессъ. Разсмотримъ прежде всего эти различія, проводимыя въ предѣлахъ самого гражданскаго права.

2. Гражданское и торговое право. Гражданское право въ собственномъ смыслѣ обнимаетъ собой большую часть содержанія частнаго права, почему то и другое понятіе почти покрываются, хотя подъ гражданскимъ правомъ въ собственномъ смыслѣ разумѣютъ обыкновенно только дѣйствующее въ этой области общее право, т.-е. такое, которое распространяется на всѣ субъекты и объекты, способные стоять въ отношеніяхъ частнаго права. Напротивъ, торговое право, вмѣстѣ съ промышленнымъ, правомъ отдѣльныхъ сословій, правомъ на особые виды имуществъ, напр., рудники, лѣса, фидеикомиссы, лены и т. д., имѣетъ дѣло только съ извѣстными категоріями субъектовъ и объектовъ права, почему и различіе всѣхъ этихъ отраслей права отъ гражданскаго права сводится на дѣлѣ къ различію между общимъ и *особеннымъ* гражданскимъ правомъ.

Большое значеніе, принадлежавшее этому различію въ прошломъ, въ настоящее время падаетъ, благодаря постоянно растущей тенденціи гражданскаго права къ обобщенію своихъ нормъ. Права̀ отдѣльныхъ сословій, напр., дворянства, ремесленныхъ цеховъ, отмѣнены; права̀ на особые виды имущества, напр., лены, фидеикомиссы, крестьянскія земли и т. д., значительно ограничены или распространены на всѣ сословія. Но нѣкоторые отдѣлы гражданскаго права, какъ, напр., торговое право, отличаемое теперь отъ перваго не по субъективному признаку, какъ это было прежде, не какъ право купцовъ, а по объективному критерію, какъ право, регулирующее исключительно торговыя дѣйствія, — такое торговое право не только продолжаетъ свое самостоятельное существова-

ніе, но не перестаетъ развиваться и противополагаться особенностями своего объекта гражданскому праву, несмотря на то, что оно стоитъ къ нему въ отношеніи части къ своему цѣлому. И это происходитъ потому, что торговля особенно нуждается въ юридическихъ нормахъ и учрежденіяхъ, способствующихъ быстротѣ заключенія сдѣлокъ, легкости ихъ доказательства и возможно-широкому развитію кредита.

Никѣмъ, однако, не оспаривается, что торговое право, какъ спеціальное, не исчерпываетъ своего объекта и не исчерпывается имъ, такъ что къ этому объекту при недостаткѣ нормъ торговаго права примѣняются нормы общаго гражданскаго права. Поэтому-то едва ли и возможно опредѣленіе того, гдѣ кончается гражданское право и гдѣ начинается торговое, и когда юридическое отношеніе принадлежитъ не только гражданскому, но и торговому праву. Попытки объединить институты торговаго права „духомъ спекуляціи“, т.-е. исключительнымъ стремленіемъ къ личной выгодѣ, и различить, смотря по наличности или отсутствію такого „духа“, торговыя дѣйствія отъ гражданскихъ, равно какъ и попытки ограничить гражданское право такими отношеніями, въ которыя каждый долженъ вступать необходимо, а торговыя—такими, которыя стоятъ за предѣлами этихъ необходимыхъ отношеній, оказываются одинаково неудачными. Созданное законодательнымъ путемъ и давая мѣсто, съ точки зрѣнія логики, упреку въ смѣшеніи цѣлаго съ его частью, противоположеніе гражданскаго права торговому, промышленному и т. д... должно быть признано искусственнымъ и мало соотвѣтствующимъ дѣйствительности. О промышленномъ правѣ можно еще сказать, что оно составляетъ часть не только гражданскаго, но и публичнаго (административнаго) права, равно какъ и экономической, и финансовой науки. Въ гражданское право оно входитъ своими опредѣленіями о рабочемъ договорѣ, заработной платѣ, отвѣтственности за несчастные случаи и т. д.; въ административное право — опредѣленіями о синдикатахъ и другихъ представляющихъ промышленные интересы органахъ, о вмѣшательствѣ государственной власти въ стачки и т. д.; въ политическую экономію — вопросами объ участіи въ прибыляхъ предпріятія, организаціи страхованія, пенсій, дешевыхъ жилищъ и т. п. Разрѣшеніе всѣхъ этихъ перечисленныхъ только примѣрно вопросовъ принадлежитъ занимающимся ими отраслямъ знанія, а объединеніе ихъ въ одну дисциплину не вноситъ въ эту послѣднюю ничего новаго, кромѣ развѣ возможности общаго обозрѣнія тѣхъ же вопросовъ. Единственно раціональное основаніе для выдѣленія торговаго, промышленнаго и другихъ спеціальныхъ видовъ гражданскаго права изъ общей категоріи этого послѣдняго,—если не считаться съ весьма условными и далеко не свободными отъ возраженій процессуальными различіями въ организаціи и производствѣ гражданскихъ дѣлъ, съ одной стороны, и торговыхъ, промышленныхъ и проч., съ другой,—можно видѣть только въ принципѣ раздѣленія труда и вытекающихъ изъ него преимуществахъ спеціализаціи

при вступленіи въ столь широкую и сложную область, какова область гражданскаго права.

3. Гражданское право и гражданское судопроизводство. Противоположеніе того и другого есть противоположеніе матеріальнаго и процессуальнаго права. Бентамъ называлъ первое изъ нихъ „субстантивнымъ“, а второе—„адъективнымъ“ или дополнительнымъ правомъ, служащимъ санкціей перваго. Безъ этой санкціи матеріальное право, какъ бы совершенно оно ни было, значило бы немного: оно имѣло бы дѣло съ правомъ только въ его потенціальномъ состояніи, въ состояніи покоя и условіяхъ его возникновенія, продолженія и прекращенія. Напротивъ, процессуальное право занимается правомъ въ его дѣятельномъ состояніи, въ его практическомъ осуществленіи, и такъ какъ право именно въ этомъ состояніи служитъ болѣе всего интересамъ жизни, то огромное значеніе гражданскаго судопроизводства какъ для практики жизни, такъ и для самого матеріальнаго гражданскаго права не можетъ быть предметомъ сомнѣнія. Оно представляетъ собой не что иное, какъ судебную форму гражданскаго права, и слагается изъ нормъ, опредѣляющихъ дѣйствія и существующихъ органовъ его защиты, и лицъ, которыя, обращаясь къ этой защитѣ, находятъ въ ней необходимыя гарантіи своихъ правъ. Отсюда уже видно, въ какой тѣсной связи находится матеріальное гражданское право съ процессуальнымъ: первое безъ второго утратило бы свои гарантіи, а второе безъ перваго было бы лишено масштаба и обращено въ форму безъ содержанія. Вотъ почему гражданское судопроизводство считаютъ часто только главой изъ книги гражданскаго права, и вотъ почему, и послѣ выдѣленія этой главы изъ общаго содержанія книги,—выдѣленія котораго мы даже не наблюдаемъ ни въ римскомъ правѣ, ни въ юриспруденціи другихъ народовъ за весьма продолжительный періодъ ея дѣятельности,—всѣ современные кодексы гражданскаго права заключаютъ въ себѣ множество нормъ процессуальнаго права, какъ и процессуальные кодексы содержатъ не мало нормъ, имѣющихъ прямое отношеніе къ матеріальному праву.

Тѣмъ не менѣе, та и другая отрасль права должны быть строго разграничены, такъ какъ процессъ входитъ необходимо, а не случайно, какъ это думаютъ нѣкоторые юристы [1]), въ область публичнаго права и уже поэтому не можетъ составлять только часть гражданскаго права. Правда, нѣкоторыя изъ принадлежащихъ гражданскому судопроизводству отношеній, напр., отношенія тяжущихся сторонъ другъ къ другу и къ предмету ихъ тяжбы, носятъ характеръ отношеній гражданскаго права. Поэтому, рядомъ съ принципами публичнаго права, въ гражданскомъ судопроизводствѣ и господствуетъ такъ наз. „состязательное начало“, предоставляющее волѣ и свободной дѣятельности участвующихъ въ немъ

[1]) Напр., Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 1901, T. I, p. 8.

лицъ такой просторъ, какого они не знаютъ въ другихъ областяхъ публичнаго права. Это и подаетъ поводъ многимъ юристамъ ставить гражданское судопроизводство на рубежѣ между публичнымъ и гражданскимъ правомъ и относить его частью къ той, частью къ другой отрасли права. Но съ этимъ взглядомъ трудно согласиться уже потому, что цѣль гражданскаго судопроизводства, какъ и всего остального процессуальнаго права, лежитъ непосредственно въ защитѣ права, и эта цѣль достигается государственной дѣятельностью, неизбѣжно сообщающей гражданскому судопроизводству, какъ это будетъ показано ниже, ярко выраженный характеръ публичнаго права. Присутствіе же въ немъ, рядомъ съ абсолютно-принудительными, и такъ наз. диспозитивныхъ или дополнительныхъ нормъ, подчиненіе которымъ поставлено въ зависимость отъ воли заинтересованныхъ лицъ, не говоритъ ничего, вопреки довольно распространенному на этотъ счетъ мнѣнію, ни за принадлежность, ни противъ принадлежности гражданскаго судопроизводства какъ публичному, такъ и гражданскому праву. Принудительныя и диспозитивныя нормы не составляютъ монополіи ни публичнаго, ни гражданскаго права, и встрѣчаются одинаково, какъ мы увидимъ это впослѣдствіи, въ области того и другого права.

4. Гражданское и уголовное право. Противоположеніе гражданскаго права уголовному исходитъ изъ различія санкціи, т.-е. средствъ, обезпечивающихъ осуществленіе того и другого права. Эта санкція называется въ широкомъ смыслѣ гражданской, устанавливая за собой гражданское право, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда она не содержитъ въ себѣ элемента наказанія и находитъ выраженіе въ такихъ мѣрахъ предупрежденія и репрессіи, каковы, напр., угроза денежнымъ взысканіемъ, объявленіе совершоннаго акта недѣйствительнымъ, принудительное исполненіе, личное задержаніе и т. п. Во всѣхъ другихъ случаяхъ, когда санкція права принимаетъ форму наказанія, которымъ общественная власть угрожаетъ, и которое она налагаетъ на нарушителей своихъ нормъ, намъ говорятъ о правѣ уголовномъ. Такимъ образомъ, наличность наказанія, какъ будто, отличаетъ уголовное право отъ гражданскаго, обнимающаго собой въ этомъ смыслѣ все остальное право, а слѣдовательно—и публичное, насколько въ немъ не содержится распоряженій, дающихъ мѣсто примѣненію наказанія. Въ дѣйствительности, однако, признака наказанія недостаточно для разграниченія гражданскаго и уголовнаго права, такъ какъ наказаніе, въ роли средства понужденія людей къ соблюденію установленнаго правового порядка, встрѣчается во всѣхъ отрасляхъ права. Даже гражданское право, опредѣленіе котораго будетъ дано ниже, обнаруживаетъ въ настоящее время,—напр., въ практикѣ акціонерныхъ компаній,—замѣтную тенденцію къ распространенію и на принадлежавшія его вѣдѣнію отношенія примѣненія того же наказанія.

Одни и тѣ же блага охраняются какъ гражданскимъ, такъ и уго-

ловнымъ судомъ, и только различіе въ подвѣдомственности тому или другому суду даетъ прочный, хотя и исключительно внѣшній критерій для разграниченія гражданскаго и уголовнаго права. Насколько извѣстныя отношенія защищены гражданскимъ судомъ въ порядкѣ предоставленія защиты права иниціативѣ заинтересованнаго въ ней лица, настолько эти отношенія принадлежатъ гражданскому праву и гражданскому процессу. Насколько же эти самыя или иныя отношенія защищены уголовнымъ судомъ, функціонирующимъ, въ видѣ общаго правила, независимо отъ частной иниціативы, по принципу самодѣятельности общественной власти, настолько эти отношенія вѣдаются уголовнымъ правомъ и уголовнымъ процессомъ.

Формальный характеръ указываемаго критерія восполняется и матеріальнымъ значеніемъ въ уголовномъ правѣ наказанія, какъ особой функціи общественной власти. Не наказаніе, какъ таковое, — которое можетъ быть и выговорено частнымъ соглашеніемъ, и предоставлено компетенціи того или другого общественнаго союза, отличнаго отъ государства, — а наказаніе, какъ особое право государственной власти, служитъ признакомъ отличія уголовнаго права отъ гражданскаго. Мы выразимъ другими словами ту же мысль, если укажемъ на различное положеніе государственной власти въ уголовномъ процессѣ, гдѣ она выступаетъ непосредственно участвующей стороной, и въ гражданскомъ, гдѣ ей, въ качествѣ только посредствующаго дѣятеля, не приходится, въ видѣ общаго правила, играть такой же роли. Поэтому различіе между гражданскимъ и уголовнымъ правомъ сводится къ различію положенія общественной власти въ судѣ, охраняющемъ то и другое право: это различіе переходитъ само собой въ противоположеніе между гражданскимъ и публичнымъ правомъ, которое мы разсмотримъ особо.

Тѣмъ не менѣе, сливать то и другое противоположеніе въ одно было бы неправильно, такъ какъ современныя законодательства, выходя изъ точки зрѣнія наказанія, противополагаютъ, съ одной стороны, уголовное право не только гражданскому, но и публичному, если это послѣднее выступаетъ безъ признака наказанія, и, съ другой — объединяютъ уголовное право съ гражданскимъ, когда то и другое противопоставляется обширной области административнаго права. Эта послѣдняя характеризуется съ внѣшней стороны своимъ подчиненіемъ административной юстиціи — точно такъ же, какъ внѣшнюю характеристику гражданскаго права, вмѣстѣ съ уголовнымъ, составляетъ подчиненіе того и другого однимъ и тѣмъ же такъ наз. „общимъ“ или „обыкновеннымъ“ судебнымъ установленіямъ, въ предѣлахъ которыхъ дѣлается лишь видовое и второстепенное различіе между гражданскими и уголовными судами. Отсюда уже видно, что разграниченіе какъ гражданскаго права отъ уголовнаго и административнаго, такъ и уголовнаго отъ того и другого — по подвѣдомственности регулируемыхъ въ каждой изъ этихъ областей права отношеній той или другой изъ приз-

нанныхъ въ данномъ государствѣ категорій судовъ—представляется и достаточно опредѣленнымъ, и удовлетворяющимъ, по крайней мѣрѣ, цѣлямъ практики.

5. Гражданское и публичное право. Противоположеніе гражданскаго права публичному есть, повидимому, наиболѣе рѣзкое, исчерпывающее всю область права и соотвѣтствующее какъ дѣйствительнымъ состояніямъ, такъ и дидактическимъ цѣлямъ изученія того и другого права. Тѣмъ не менѣе, и это противоположеніе вызываетъ до сихъ поръ большія разногласія и не можетъ считаться вполнѣ установленнымъ. Старая доктрина, исходя изъ понятія субъективнаго права, называла гражданскимъ правомъ совокупность правъ и обязанностей подданныхъ государства, какъ отдѣльныхъ лицъ, въ ихъ отношеніяхъ другъ къ другу (таково, напр., опредѣленіе § 1 Австрійскаго гражданскаго уложенія 1811 г.) Современная юриспруденція отрѣшается въ значительной мѣрѣ отъ точки зрѣнія исключительно субъективнаго права и отвергаетъ приведенное опредѣленіе, находя его, съ одной стороны, слишкомъ узкимъ, съ другой—слишкомъ широкимъ. Слишкомъ узко оно потому, что не только подданные и отдѣльныя лица, но и иностранцы, и совокупности лицъ, или юридическія лица, и само государство, могутъ становиться и дѣйствительно становятся въ отношенія гражданскаго права. Аренда и другія гражданскія сдѣлки, въ которыя вступаетъ государство съ отдѣльными лицами, не перестаютъ быть отношеніями гражданскаго права отъ того, что въ нихъ участвуютъ не только отдѣльныя лица, но и государство, и что они представляются отношеніями не между отдѣльными лицами, какъ таковыми, а между этими послѣдними и государствомъ. Слишкомъ широко то же опредѣленіе потому, что права и обязанности отдѣльныхъ лицъ и подданныхъ могутъ касаться и дѣйствительно касаются не только гражданскаго, но и публичнаго права. Сюда принадлежатъ права и обязаности, имѣющія свой корень въ отношеніяхъ публичнаго права, напр., участіе въ политическихъ выборахъ, оставленіе подданства, свобода отъ воинской повинности, участіе въ судѣ присяжныхъ и т. д.

Вотъ почему замѣняющее теперь старое и въ то же время господствующее опредѣленіе гражданскаго права говоритъ уже не о совокупности субъективныхъ правъ и обязанностей, а о совокупности юридическихъ нормъ, регулирующихъ, въ противоположность публичному праву, отношенія гражданскаго права, или отношенія отдѣльныхъ физическихъ и юридическихъ лицъ, въ ихъ раздѣльномъ отъ государства бытіи [1]). Это обнимаетъ, съ одной стороны, возникающія и для го-

[1]) Wächter, Handbuch des im Königreiche Würtemberg geltenden Privatrechts, 1839, B. I, стр. 3—5; Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1876, B. I, стр. 1—5; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1893, B. I, стр. 59, и др.

сударства, и для другихъ юридическихъ лицъ, отношенія гражданскаго права, а съ другой—исключаетъ возможныя и для отдѣльныхъ лицъ, и ихъ совокупностей, отношенія публичнаго права. Однако, и съ указываемой существенной поправкой, господствующее опредѣленіе гражданскаго права сходится съ прежнимъ, равно какъ и съ извѣстнымъ изреченіемъ римскаго юриста: „publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum — quod ad singulorum utilitatem“ — въ томъ, что всѣ эти опредѣленія сводятъ противоположеніе гражданскаго права публичному къ различію въ цѣли того и другого права. Въ самомъ дѣлѣ, будемъ ли мы говорить, вмѣстѣ со Шталемъ, что гражданское право служитъ отдѣльному бытію, отдѣльному лицу, а публичное—имѣетъ въ виду общее бытіе; или скажемъ, вмѣстѣ съ Пухтой, что гражданское право разсматриваетъ человѣка, какъ отдѣльное лицо, въ его отношеніяхъ къ другимъ отдѣльнымъ лицамъ, а публичное—беретъ его, какъ члена народнаго союза, въ смыслѣ цѣлаго, и въ его отношеніяхъ къ другимъ членамъ того же цѣлаго; или примемъ опредѣленія Савиньи, Брунса, Бринца, Дернбурга, Гирке и др., построенныя на противоположеніи частнаго и общаго интереса,—мы повторимъ все одну и ту же мысль. Это будетъ мысль о выраженіи въ правѣ двухъ противоположныхъ потенцій: личности въ гражданскомъ, и общества—въ публичномъ правѣ; личнаго интереса—въ первомъ, общественнаго—во второмъ [1]). Но противъ раздѣленія и изолированія этихъ потенцій и вытекающихъ изъ нихъ интересовъ по двумъ различнымъ отраслямъ права подымаются серьёзныя возраженія, указывающія: во-1-хъ, на необходимую соотносительность понятій общаго и частнаго интереса въ правѣ; во-2-хъ, на невозможность найти критерій для отнесенія той или другой юридической нормы къ общему или частному интересу; и, въ-3-хъ, на наличность общаго интереса въ огромномъ большинствѣ нормъ не только публичнаго, но и гражданскаго права.

Если даже допустить, что гражданское право имѣетъ своимъ непосредственнымъ содержаніемъ частные интересы, то и это не могло бы помѣшать нормамъ, представляющимъ эти интересы, находить, наравнѣ со всѣми прочими юридическими нормами, свое основаніе, мѣру и цѣль только въ общихъ интересахъ и служить, слѣдовательно, выраженіемъ именно этихъ, а не иныхъ интересовъ. Потребности въ извѣстной организаціи семьи и въ обезпеченномъ исполненіи обязательствъ опираются, несомнѣнно, на общій интересъ, хотя отсюда вытекаютъ и чисто гражданскія права, тогда какъ титулы, ордена и другія почетныя отличія составляютъ отношенія публичнаго права, несмотря на то, что они стоятъ къ частному интересу гораздо ближе, чѣмъ отношенія, свя-

[1]) Stoerk, Zur Mathodik des öffentlichen Rechts въ Zeitschrift für Privat- und öffentl. Recht, 1885, B. XII.

занныя съ организаціей семьи и обязательственнаго права. Противоположеніе публичныхъ и частныхъ интересовъ неправильно уже потому, что первые составляются изъ послѣднихъ, и право, къ какой бы спеціальной отрасли оно ни принадлежало, есть элементъ общественнаго устройства и существуетъ только для споспѣшествованія общественнымъ цѣлямъ. Въ этомъ смыслѣ всѣ права будутъ одинаково публичными. Съ другой стороны, не подлежитъ сомнѣнію, что всякое право служитъ только человѣку: omne jus hominum causa constitutum est—говорили еще римскіе юристы. Разсматриваемое съ этой стороны, все равно будетъ одинаково частнымъ, и опять-таки безъ всякаго различія между его частями.

Признавъ такую соотносительность понятій частнаго и общаго интереса, намъ могутъ, тѣмъ не менѣе, сказать, что связь частныхъ интересовъ съ общими бываетъ различна. Въ однихъ случаяхъ она можетъ быть такъ тѣсна, что лишеніе какого-нибудь блага будетъ ощущаться всѣми членами общества въ одинаковой степени, такъ что оно не можетъ быть отнято у одного изъ нихъ и оставлено за другимъ; напр., нападеніе на государственную территорію, преступленіе противъ государственнаго порядка угрожаютъ одинаково благу всѣхъ членовъ государства. Нарушеніе другихъ интересовъ, какъ, напр., интересовъ жизни, свободы, пользованія имуществомъ, затрогиваетъ общее благо только посредственно, такъ какъ въ этихъ случаяхъ нарушаются, прежде всего, интересы ихъ непосредственныхъ носителей, за которыми общественный интересъ выступаетъ лишь на второмъ планѣ.

Не отрицая возможности такого различія въ степени участія общественнаго интереса въ интересахъ отдѣльныхъ лицъ, мы думаемъ, что это различіе не можетъ дать удовлетворительнаго критерія для разграниченія гражданскаго и публичнаго права, и вотъ почему. Опираясь на указанное различіе, пришлось бы, съ одной стороны, отнести къ гражданскому праву, рядомъ съ нормами, направленными на защиту собственности и прочихъ имущественныхъ отношеній, также нормы, охраняющія жизнь, свободу, честь и другія личныя блага человѣка. Утверждать различіе между тѣми и другими нормами съ точки зрѣнія частнаго интереса было бы, по меньшей мѣрѣ, произвольно, такъ какъ отдѣльное лицо заинтересовано въ охраненіи своей жизни и свободы никакъ не менѣе, чѣмъ въ имущественныхъ отношеніяхъ. Съ другой стороны, пришлось бы причислить къ гражданскому праву всѣ законы, издаваемые въ интересахъ отдѣльныхъ лицъ или отдѣльныхъ классовъ общества. Такъ, напр., таможенныя пошлины и запрещенія ввоза извѣстныхъ продуктовъ имѣютъ, по бо́льшей части, цѣлью помочь отдѣльнымъ отраслямъ промышленности данной страны, а иногда это покровительство относится даже къ опредѣленному, единоличному предпріятію. Если говорить, что государство издаетъ здѣсь законы въ своемъ собственномъ интересѣ, идущемъ рука объ руку съ интересами фабрикантовъ, то относительно таможенныхъ законовъ это соображеніе

было бы вѣрно не болѣе и не менѣе, чѣмъ относительно и всякой иной юридической нормы. Таможенный законъ, какъ и всякій другой, служитъ интересу общества, но онъ удовлетворяетъ ему не непосредственно, а черезъ оказаніе помощи тѣмъ отраслямъ промышленности, въ развитіи которыхъ заинтересовано все общество. Слѣдовательно, съ точки зрѣнія оспариваемаго нами взгляда таможенные законы должны имѣть значеніе источника гражданскихъ правъ для лицъ, пользующихся ихъ покровительствомъ. Между тѣмъ изъ таможенныхъ законовъ не проистекаетъ никакихъ гражданскихъ правъ, такъ какъ дѣло идетъ здѣсь о правѣ, принадлежащемъ не отдѣльнымъ лицамъ, а государству, поэтому уже не обязанному вознаграждать первыхъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они терпятъ убытки отъ отмѣны существующихъ пошлинъ. Отсутствіе права на вознагражденіе при отмѣнѣ таможенныхъ пошлинъ есть послѣдствіе непризнанія гражданскаго права, несмотря на наличность индивидуальнаго имущественнаго интереса; принадлежность права государству, въ его качествѣ носителя верховной власти, вводитъ таможенные законы въ область публичнаго права. Такимъ образомъ, какъ установленіе нормы на почвѣ общаго интереса не препятствуетъ возникновенію изъ нея гражданскихъ правъ, такъ и направленіе ея на защиту частнаго интереса можетъ быть совмѣщено съ публичнымъ правомъ—безъ того, чтобы носитель такого интереса получалъ какія бы то ни было гражданскія права; случай послѣдняго рода и представляетъ таможенный законъ.

Если изъ сказаннаго видно, что принятое господствующимъ мнѣніемъ разграниченіе публичнаго и гражданскаго права на основаніи рецепированнаго еще изъ римской юриспруденціи различія между частнымъ и общимъ интересомъ не выдерживаетъ критики, то не трудно показать несостоятельность и другого, такъ же распространеннаго теперь воззрѣнія, разграничивающаго гражданское право отъ публичнаго по различію лицъ, къ которымъ обращаются нормы того и другого права, или по различной группировкѣ тѣхъ же лицъ въ отношеніяхъ публичнаго и гражданскаго права. Когда намъ говорятъ, что отношенія публичнаго права, въ отличіе отъ гражданскаго, характеризуются многочисленностью участвующихъ въ нихъ лицъ, то противъ этого взгляда достаточно сослаться на принадлежащія гражданскому праву товарищескія отношенія по ссудо-сберегательнымъ, потребительнымъ и другимъ обществамъ, въ которыхъ состоитъ часто масса лицъ, тогда какъ иныя отношенія публичнаго права, какъ напр., отношеніе между монархомъ и первымъ министромъ, не заключаютъ въ себѣ болѣе двухъ лицъ. Утверждая, далѣе, что нормы гражданскаго права обращены къ частнымъ лицамъ, а нормы публичнаго права—къ представителямъ государственной организаціи, упускаютъ изъ виду, что не всѣ нормы, обязывающія частное лицо, устанавливаютъ гражданское право—такъ же, какъ и не всѣ нормы, обязывающія представителей государственной организаціи, устанавливаютъ публичное право.

Положенія о воинской повинности и объ исполненіи обязательствъ касаются однихъ и тѣхъ же лицъ, хотя первое изъ этихъ положеній относится къ публичному, а второе — къ гражданскому праву. Качество субъекта права, вступающаго въ юридическое отношеніе то въ роли государства, общины или иной публичной корпораціи, то въ роли частнаго лица, не имѣетъ существеннаго значенія для юридической квалификаціи той или иной нормы. Между государствомъ и отдѣльными лицами возможны отношенія какъ публичнаго, такъ и гражданскаго права. Допускать, какъ это часто дѣлаютъ, въ личности государства двойственность и различать въ этой личности, съ одной стороны, казну, или фискъ, какъ имущественный субъектъ гражданскаго права, а съ другой—суверенную государственную власть, какъ субъектъ публичнаго права, неправильно уже потому, что государство остается тѣмъ, что оно есть, и тогда, когда оно выступаетъ въ роли фиска и, въ этой же роли, входитъ въ отношенія какъ гражданскаго, такъ и публичнаго права. Государству принадлежатъ вообще какъ гражданскія, такъ и публичныя права и обязанности. Различіе тѣхъ и другихъ зависитъ не отъ гражданскаго или публичнаго характера его личности, а отъ содержанія тѣхъ юридическихъ отношеній, въ которыя оно вступаетъ, и въ которыхъ лежитъ настоящій ключъ къ разграниченію публичнаго и гражданскаго права. Но прежде, чѣмъ показать это рѣшающее значеніе юридическаго отношенія для разграниченія публичнаго и гражданскаго права, слѣдуетъ охарактеризировать еще двѣ, довольно аккредитованныя теоріи по тому же пограничному спору между публичнымъ и гражданскимъ правомъ.

Одна изъ теорій, которыя мы имѣемъ въ виду, отожествляетъ гражданское право въ объективномъ смыслѣ съ имущественнымъ правомъ или признаетъ гражданское право — по крайней мѣрѣ, въ смыслѣ субъективныхъ правомочій и обязанностей—вездѣ, гдѣ оказывается юридически допускаемый имущественный интересъ (Зомъ, Кавелинъ) [1]. То и другое—одинаково неправильно, такъ какъ, во-первыхъ, многіе институты семейнаго права, права личности, обязательственнаго права, направленные на идеальныя цѣли, принадлежатъ несомнѣнно гражданскому праву—безъ того, чтобы элементъ имущества выступалъ здѣсь въ сколько-нибудь существенной функціи; часто онъ даже совсѣмъ отсутствуетъ; во-вторыхъ, весьма многочислены и такіе случаи, гдѣ наличность имущественнаго интереса не препятствуетъ причисленію заключающихъ его отношеній къ области не гражданскаго, а публичнаго права, что можно ясно видѣть на примѣрахъ упомянутыхъ уже таможенныхъ пошлинъ, а такъ же—законовъ о бюджетѣ, налоговомъ обложеніи, конфискаціи и т. д. Имущество даетъ хозяйственную сторону только тѣхъ гражданскихъ правъ,

[1]) Sohm, Institutionen, § 19 (есть русскій переводъ). Кавелинъ, Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы? въ Собраніи соч., т. IV, 1900.

которыя мы называемъ имущественными и которыми область гражданскаго права вовсе не исчерпывается. Съ другой стороны, имущество не можетъ не служить, наравнѣ съ гражданскимъ правомъ, и цѣлямъ публичнаго права. Мыслимо-ли отвлеченіе отъ имущества тамъ, гдѣ не только государство въ отношеніи отдѣльныхъ лицъ, но и отдѣльныя лица въ отношеніи государства—обязываются къ ряду имущественныхъ дѣйствій, въ публичномъ характерѣ которыхъ невозможно сомнѣваться? Довольно вспомнить обязанности по платежу налоговъ, денежные штрафы, отношенія по экспропріаціи, по ограниченіямъ собственности въ виду общественныхъ соображеній и т. п. Поэтому, какъ противоположеніе частнаго интереса общему и государственнаго субъекта индивидуальному, такъ и противоположеніе имущественнаго интереса неимущественному—не даетъ признака, способнаго разграничить публичное и гражданское право. Свойства объекта права не могутъ дать такого признака уже потому, что одни и тѣ же объекты—какъ имущественные, такъ и неимущественные—проходятъ черезъ обѣ области права.

Другая теорія разграниченія публичнаго и гражданскаго права,—проводимая въ нѣмецкой литературѣ съ особой настойчивостью Тономъ, но ранѣе его предложенная еще Іерингомъ [1]),—сводитъ все различіе той и другой отрасли права на одну форму или способы защиты обоихъ видовъ права. Граница между гражданскимъ и публичнымъ правомъ представляется тогда въ слѣдующемъ видѣ: юридическая норма устанавливаетъ гражданское право въ тѣхъ случаяхъ, когда она предоставляетъ въ распоряженіе самого лица, интересы котораго она защищаетъ, средства устранить нарушеніе этой нормы; отличительнымъ признакомъ гражданскаго права будетъ гражданскій искъ; всѣ прочія нормы, осуществляемыя не искомъ, а непосредственной дѣятельностью государственной власти, будутъ нормами публичнаго права [2]).

Оставляя пока въ сторонѣ сильныя стороны настоящаго ученія, замѣтимъ съ самаго начала, что противъ формальнаго способа разграниченія публичнаго и гражданскаго права говорятъ слѣдующія соображенія. Во-1), когда утверждаютъ, что гражданское право есть такое право, которое защищается гражданскимъ искомъ, то этимъ не опредѣляютъ, а только повторяютъ понятіе, подлежащее опредѣленію (petitio principii). Во-2), считая критеріемъ гражданскаго права гражданскій искъ, идутъ къ смѣшенію понятій какъ гражданскаго права, такъ и

---

[1]) Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, стр. 108—146. Ihering, Geist des römischen Rechts, III, § 61.

[2]) Эта точка зрѣнія представлена и въ нашей литературѣ: см. С. Муромцева, Опредѣленіе и раздѣленіе права; мою книгу „Общественный интересъ въ гражданскомъ правѣ“; и интересныя иллюстраціи у Н. Дювернуа, Чтенія по гражданскому праву, 1898, т. I, стр. 28 и слѣд. Возраженія Тону у Bierling'a, Kritik der juristischen Grundbegriffe, II, стр. 153.

гражданскаго иска, съ болѣе широкимъ понятіемъ субъективнаго права, которое какъ-разъ характеризуется постановкой защиты права въ зависимость отъ воли обладающаго имъ лица, и распространяется одинаково на гражданское и публичное право. Что̀ различало бы въ такомъ случаѣ субъективное гражданское право отъ субъективнаго публичнаго права? Въ-3), характеризуя право послѣдствіями его нарушенія, забываютъ, что какъ гражданское, такъ и публичное право существуютъ несомнѣнно и до нарушенія, въ состояніи ненарушимости. Дѣйствительная характеристика каждаго права требуетъ указанія не только тѣхъ признаковъ, которые выступаютъ послѣ нарушенія права, но и тѣхъ, которые предшествуютъ его нарушенію. Въ-4), забываютъ, что положительный законъ можетъ связывать и дѣйствительно связываетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ формы защиты публичнаго права съ отношеніями гражданскаго права, и наоборотъ: такъ, напр., по современному германскому праву не только вознагражденіе за несчастные случаи и страховыя преміи за старость и болѣзни (имперскіе законы 1884 и 1895 гг.), но и возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ собственнику охотой на его землѣ (прусскій законъ 1891 г.), осуществляются въ порядкѣ административнаго процесса, тогда какъ обратное требованіе неправильно уплаченныхъ гербовыхъ пошлинъ или требованіе судьей своего жалованья отъ государства — облекаются въ формы искового процесса [1]). Наконецъ, въ-5), упускаютъ изъ виду, что формальное, отправляющееся отъ однихъ способовъ защиты, различіе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ можетъ въ лучшемъ случаѣ ограничить область примѣненія того и другого, но никогда не отвѣтитъ на вопросъ: какія именно отношенія и почему тѣ, а не другія отношенія, защищаются въ порядкѣ гражданскаго, а не публичнаго права, и обратно.

Отвѣтъ на послѣдній вопросъ безпокоилъ, очевидно, и главнаго представителя настоящей теоріи — Тона, такъ какъ, независимо отъ принятаго имъ формальнаго признака, онъ доискивался еще матеріальнаго критерія для разграниченія публичнаго права отъ гражданскаго и находилъ этотъ дополнительный критерій въ направленіи охраняемыхъ въ томъ и другомъ правѣ интересовъ. Если это направленіе представляетъ защиту отдѣльнаго интереса противъ другого такого же отдѣльнаго интереса, то получается отношеніе гражданскаго права; въ противномъ случаѣ,—т.-е. если это направленіе идетъ отъ отдѣльнаго интереса къ государственной власти, и обратно, — слѣдуетъ говорить о публичномъ правѣ.

Указываемый дополнительный критерій отличается несомнѣнными преимуществами сравнительно не только съ формальными, но и съ господствующими теперь матеріальными теоріями разграниченія публичнаго и граждан-

---

[1]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 32. Dernburg, Das bürgerliche Recht, I, стр. 41—48. Wach, Civilprocess, I, стр. 111.

скаго права по существу защищаемыхъ здѣсь и тамъ интересовъ. На мѣсто традиціоннаго и неправильнаго въ своемъ основаніи противоположенія интересовъ въ ихъ существѣ ставится противоположеніе въ одномъ лишь направленіи этихъ интересовъ, и различается отношеніе ихъ другъ къ другу въ гражданскомъ правѣ отъ отношенія ихъ къ государственной власти—въ публичномъ. Вмѣсто различія публичнаго и гражданскаго права по признакамъ, заимствуемымъ изъ существа нормъ, которыя удерживаютъ въ томъ и другомъ правѣ все ту же юридическую природу, берется различіе по однимъ юридическимъ отношеніямъ, возникающимъ при дѣйствіи этихъ нормъ. Что нормы сами по себѣ не могутъ дать признака различія между публичнымъ и гражданскимъ правомъ, это видно особенно ясно изъ слѣдующаго. Многія чисто гражданскія права, какъ, напр., право собственности, охраняются не только гражданскимъ искомъ по началу личной иниціативы, но и санкціей уголовнаго суда, давая мѣсто не одной гражданской, но и публичной защитѣ права. Другія отношенія того же гражданскаго права, напр., дорожный сервитутъ, наслѣдованіе по закону, обязанность дѣтей къ содержанію престарѣлыхъ родителей и т. п., возникаютъ внѣ зависимости отъ воли и усмотрѣнія участвующихъ въ нихъ лицъ и существуютъ на основаніи общаго требованія закона. Наоборотъ, многочисленныя отношенія публичнаго права, какъ, напр., обвиненіе въ преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ лишь по частнымъ жалобамъ, подача апелляцій и различныхъ бумагъ со стороны лицъ, состоящихъ въ томъ или другомъ спорѣ, предоставляются свободному усмотрѣнію этихъ лицъ—безъ того, чтобы отношенія, въ которыхъ они участвуютъ, переставали отъ этого быть отношеніями публичнаго права. Сверхъ того, юридическія нормы отличаются такой подвижностью и способностью перемѣщаться изъ одной сферы права въ другую, что о различіи ихъ другъ отъ друга по признакамъ, выведеннымъ изъ нихъ самихъ, не можетъ быть рѣчи.

Вотъ почему между нормами публичнаго и гражданскаго права и нельзя признать другого различія, кромѣ того, которое можетъ быть констатировано на регулируемыхъ ими юридическихъ отношеніяхъ. Если эти отношенія представляютъ намъ защиту отдѣльнаго интереса противъ такого же отдѣльнаго интереса другого лица, какъ это бываетъ, напр., при исковой защитѣ права собственности, права по обязательству и т. д., то мы говоримъ о гражданскихъ правахъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда заинтересованныя въ нихъ лица не могутъ сами, вслѣдствіе дѣтства, сумашествія или другихъ препятствій, участвовать лично въ осуществленіи предоставленной имъ защиты права. Напротивъ, мы называемъ права, принадлежащія государственной власти, какъ таковой, ея органамъ—противъ отдѣльныхъ лицъ, и этимъ послѣднимъ противъ первыхъ—публичными и въ тѣхъ случаяхъ, когда сами заинтересованныя стороны участвуютъ формально въ защитѣ своихъ правъ. Если отсюда можно заключить, что рѣшающее значеніе при разграниченіи публичнаго и гражданскаго права

принадлежитъ не формѣ защиты права, а направленію участвующихъ въ этой защитѣ интересовъ, и что это направленіе интересовъ и форма ихъ защиты не всегда совпадаютъ, то формальной теоріи разграниченія публичнаго и гражданскаго права нужно, тѣмъ не менѣе, сдѣлать слѣдующую важную уступку.

Содержаніе гражданскихъ правъ и направленіе интересовъ, требующихъ защиты, стоятъ не индифферентно къ формамъ этой защиты. Сущности гражданскихъ правъ соотвѣтствуютъ извѣстныя формы защиты въ бо́льшей мѣрѣ, чѣмъ другія. Ей соотвѣтствуетъ, прежде всего, то, чтобы управомоченное лицо, насколько оно, по крайней мѣрѣ, дѣеспособно, получало рѣшающее вліяніе на осуществленіе предоставленной ему защиты. Между-же всѣми формами участія заинтересованнаго лица въ осуществленіи его права, форма гражданскаго иска, т.-е. свободное и непосредственное обращеніе заинтересованнаго къ судебной защитѣ, находится въ наибольшемъ соотвѣтствіи съ природой гражданскихъ правъ. Преобладаніе этой формы въ области отношеній гражданскаго права и процесса не можетъ считаться случайнымъ и имѣетъ основаніе не въ чемъ иномъ, какъ въ томъ же направленіи интересовъ, защищаемыхъ въ своемъ взаимномъ отношеніи другъ къ другу именно въ исковой, а не въ какой-либо другой формѣ. Форма защиты, представляющая такъ сказать, симптомъ юридическаго отношенія, связана такъ тѣсно съ содержаніемъ сопутствующаго ей отношенія, что, въ виду удобства и быстроты анализа, мы пользуемся вѣрнымъ и всегда очевиднымъ симптомомъ вмѣсто сложнаго и поэтому уже трудно распознаваемаго явленія. На этомъ основаніи и со сдѣланными выше оговорками, формальное разграниченіе публичнаго и гражданскаго права можетъ быть принято, въ силу своихъ практическихъ и дидактическихъ удобствъ. Поэтому-же и опредѣленіе гражданскаго права въ смыслѣ порядка отношеній, которыхъ защита предоставлена иниціативѣ и усмотрѣнію заинтересованныхъ лицъ, можно признать наиболѣе соотвѣтствующимъ потребностямъ практики и преподаванія права.

Необходимо только помнить, что предоставленіе защиты права иниціативѣ заинтересованнаго лица или государственной власти имѣетъ лишь симптоматическое значеніе и есть всегда послѣдствіе того или другого направленія интересовъ въ юридическихъ отношеніяхъ гражданскаго и публичнаго права. Настоящій корень противоположенія того и другого права лежитъ не въ формахъ защиты, а въ обусловливающихъ эти формы юридическихъ отношеніяхъ дѣйствительной жизни, которыми въ публичномъ правѣ служатъ отношенія государственной власти къ подчиненнымъ ей отдѣльнымъ лицамъ или совокупностямъ этихъ отдѣльныхъ лицъ, а въ гражданскомъ— стоящія независимо отъ государственнаго порядка подчиненности отношенія отдѣльныхъ лицъ или ихъ совокупностей между собой. Если допускать, тѣмъ не менѣе, различіе по способамъ защиты, то не надо забывать, что

единственное оправданіе этого формальнаго критерія—въ его практическихъ удобствахъ, позволяющихъ сразу и безъ особаго изслѣдованія распознать то, съ какимъ правомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло,—и распознать это по тому лишь признаку, что отношенія гражданскаго права вѣдаются гражданскими, а отношенія публичнаго права—административными судами. Во всякомъ случаѣ, точное установленіе той или другой подсудности не можетъ быть произведено, помимо законодательныхъ опредѣленій, иначе, какъ изслѣдованіемъ спорнаго юридическаго отношенія въ направленіи участвующихъ въ немъ интересовъ.

Сказаннымъ опровергаются и взгляды тѣхъ писателей, которые, отчаиваясь въ возможности строгаго опредѣленія гражданскаго права, принимаютъ, взамѣнъ такого опредѣленія, либо одинъ отрицательный критерій, говоря, напр., что гражданское право есть то, что̀ не есть публичное (Вехтеръ), либо одну законодательную волю, предлагая зачислять то или другое отношеніе въ разрядъ публичнаго или гражданскаго права въ зависимости только отъ того, къ какому изъ этихъ разрядовъ права оно отнесено законодателемъ (Рогенъ) [1]). Укажемъ, преже всего, на то, что всегда возможны отношенія, возникающія и развивающіяся независимо отъ воли законодателя и, слѣдовательно, не отъ нея пріемлющія свое опредѣленіе и назначеніе. Затѣмъ, первая изъ упомянутыхъ сейчасъ теорій не устанавливаетъ ни понятія публичнаго, ни понятія гражданскаго права, и обходитъ затрудненіе вмѣсто того, чтобы разрѣшить его; вторая—не отвѣчаетъ на вопросъ, почему и въ какой формѣ законодатель признаетъ то или другое отношеніе принадлежащимъ гражданскому или публичному праву; и обѣ—оставляютъ безъ объясненія тѣ имѣющіе именно рѣшающее значеніе случаи, когда законодатель не высказывается или высказывается неясно о томъ, къ какой изъ двухъ областей права должно быть причислено юридическое отношеніе, требующее своего опредѣленія.

III.

Процессъ обособленія гражданскаго и публичнаго права.

Отношеніе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ не слѣдуетъ представлять себѣ ни исторически, ни догматически, какъ отношеніе причинной связи или пріоритета одного изъ этихъ видовъ права передъ другимъ. Разсмотримъ это отношеніе сначала съ исторической, а потомъ и догматической точки зрѣнія.

[1]) Wächter, Handbuch des im Königreiche Würtemberg geltenden Privatrechts, B. I, стр. 5—6. Roguin, La régle de Droit, 1889, стр. 174.

А. Историческое соотношеніе между гражданскимъ и публичнымъ правомъ.

Съ исторической точки зрѣнія одинаково неправильно утверждать какъ то, что „сначала все право было публичнымъ“, такъ и то, что „сначала все право было гражданскимъ“. Сначала не было ни публичнаго ни гражданскаго права, а было одно право, въ смыслѣ условія самосохраненія общества, котораго развитіе вело къ дифференціаціи и обособленію другъ отъ друга гражданскаго и публичнаго права.

Такъ же неправильно говорить о болѣе ранней дифференціаціи изъ общей массы правового матеріала институтовъ либо публичнаго, либо гражданскаго права. Въ раннія стадіи развитія всѣ институты представляютъ одинаково смѣшеніе элементовъ публичнаго и гражданскаго права. Такъ, напр., отношенія лица къ лицу и лица къ имуществу составляютъ, по нашимъ современнымъ понятіямъ, простѣйшія отношенія гражданскаго права. Они опредѣляются въ древнемъ правѣ яснѣе и, можетъ быть, ранѣе всѣхъ другихъ отношеній—нормами, которыя отражаютъ на себѣ сильнѣйшимъ образомъ вліяніе какого-либо союзнаго момента, напр., племени, рода, общины. Вліяніе это слагается изъ моментовъ, входящихъ въ то право, которое мы называемъ теперь публичнымъ.

Равнымъ образомъ, и отношенія публичнаго права, какъ, напр., верховенство, престолонаслѣдіе, судебная власть, публичныя должности и т. п., регулируются въ теченіе ряда вѣковъ нормами, которыя заключаютъ въ себѣ элементы отношеній, причисляемыхъ теперь къ гражданскому праву. Классическій примѣръ такого смѣшенія публичнаго и гражданскаго права мы имѣемъ въ средневѣковой феодальной системѣ, которая строитъ права верховной власти на имущественныхъ принципахъ гражданскаго права и удерживаетъ за ними этотъ характеръ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда эти права отправляются самимъ главой государства, никому не передающимъ ихъ на титулѣ лена. Таковы всѣ регаліи — это другое названіе для тѣхъ же правъ верховной власти — и, въ частности, охота въ запретныхъ лѣсахъ, рыбная ловля въ водахъ, омывающихъ не одно какое-либо частное владѣніе, судоходство въ этихъ же водахъ, пользованіе публичными дорогами, чеканка монеты, обложеніе иностранцевъ и евреевъ особой податью, взамѣнъ предоставляемой имъ королевской защиты, даже судебная власть, и всѣ прочія регаліи, постоянно выступающія въ средніе вѣка, какъ права матеріальнаго пользованія, ничѣмъ юридически не отличныя отъ ренты, арендной платы и т. д. Переходя черезъ посредство ленныхъ пожалованій къ феодальнымъ владѣльцамъ и городамъ, эти регаліи удерживаютъ опять характеръ патримоніальныхъ или имущественныхъ правъ, который ослабляется лишь къ концу среднихъ вѣковъ развитіемъ территоріальной верховной власти.

Надзоръ и контроль этой послѣдней надъ охотой, рыбной ловлей, сухопутными и водными сообщеніями, судомъ и т. д. отдѣляются постепенно отъ содержащихся въ этихъ регаліяхъ правъ матеріальнаго пользованія, на мѣсто которыхъ вступаетъ государственное верховенство, лишающее, наконецъ, эти регаліи, если не фискальнаго, то гражданскаго характера. Поэтому и сохраняющіяся до нашего времени регаліи, напр., горная, представляютъ собою уже не прежнее смѣшеніе элементовъ публичнаго и гражданскаго права, а только верховное право государства, которое отдѣляетъ отъ себя матеріальное пользованіе и предоставляетъ его гражданскому праву даже въ томъ случаѣ, если это матеріальное пользованіе отправляется имъ самимъ. Всѣ другія феодальныя права, смѣшивающія элементы публичнаго и гражданскаго права, постепенно отмѣняются или оставляются за ихъ прежними владѣльцами съ большими ограниченіями, какъ чисто гражданскія отношенія, теряющія уже почти всѣ признаки публичнаго права.

Такое обособленіе другъ отъ друга публичнаго и гражданскаго права не завершилось вполнѣ и въ настоящее время, хотя оно началось уже въ средневѣковыхъ городахъ при сильномъ вліяніи римскаго права, которое вступило, можно сказать, въ исторію со знаменемъ этого обособленія и сдѣлало изъ него одинъ изъ безсмертныхъ титуловъ своего мірового значенія. Но во все теченіе европейскихъ среднихъ вѣковъ и отчасти въ новое время публичное право выступаетъ постоянно въ формахъ гражданскаго и гражданское — въ формахъ публичнаго, такъ что мы видимъ, напр., и теперь, что за членами правящихъ династій въ Германіи признается гражданское право на корону, хотя престолонаслѣдіе составляетъ несомнѣнно публичное право. Поэтому не будетъ ошибкой сказать, что не только средневѣковое, но отчасти и новое право обнимаетъ собой, не проводя различія въ понятіяхъ публичнаго и гражданскаго права, все право, какъ одно цѣлое, начиная отъ отношеній сосѣдей другъ къ другу, и кончая союзомъ, связывающимъ подданныхъ съ главой верховной власти [1]).

Такимъ образомъ, историческое соотношеніе между гражданскимъ и публичнымъ правомъ можно характеризовать состояніемъ первоначальной слитности того и другого, изъ котораго, т.-е. изъ этого состоянія слитности, публичное и гражданское право выходятъ лишь постепенно, путемъ медленнаго историческаго процесса. Существенными моментами въ этомъ процессѣ обособленія гражданскаго права отъ публичнаго мы считаемъ: 1) освобожденіе личности отъ связи ея съ родомъ, семьей, цехомъ и другими общественными союзами, сковывающими до того ея развитіе; 2) усиленіе государственной власти и сосредоточеніе въ ея рукахъ функцій

---

[1]) См. особенно вступленіе въ „Саксонское Зерцало“, и Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 27—30.

публичнаго права, отдѣляемыхъ eo ipso отъ функцій права гражданскаго; и 3) переходъ натуральнаго хозяйства въ денежное [1]). На счетъ послѣдняго изъ этихъ моментовъ должны быть отнесены радикальныя измѣненія во всѣхъ имущественныхъ институтахъ гражданскаго права, стоящихъ въ непосредственной зависимости отъ условій хозяйства. Вліянію двухъ другихъ моментовъ, соединяющихъ въ себѣ, вмѣстѣ съ хозяйственными, и всѣ другія условія общественной жизни, слѣдуетъ приписать не только новыя формы правоспособности, правъ личности и разнообразныхъ союзныхъ отношеній новаго времени, но и два слѣдующія явленія. Это, съ одной стороны—рѣзко обнаруживающееся въ современномъ гражданскомъ правѣ стремленіе къ ничѣмъ, кромѣ себя, не сдерживаемому индивидуализму, и съ другой—не менѣе отчетливо пробивающаяся тенденція къ подчиненію этого индивидуализма требованіямъ общественной солидарности. Разсмотримъ въ общихъ чертахъ каждый изъ указанныхъ моментовъ въ эволюціи гражданскаго права и начнемъ съ важнѣйшаго, имѣющаго своимъ содержаніемъ освобожденіе личности.

1. Историческій процессъ освобожденія личности.

Съ самаго начала исторіи мы видимъ личность не только заключенною въ тѣхъ или другихъ общественныхъ союзахъ, но и порабощенною ими.

а) Семейные союзы. Основанные первоначально на одномъ кровномъ родствѣ, тѣсные семейные союзы древнихъ германцевъ (Sippschaften), равно какъ и распространенные впослѣдствіи на болѣе широкіе круги лицъ семейные союзы позднѣйшаго времени (Sippen),—это приблизительно то же, что славянская „малая“ и „большая“ семья по устанавливающейся у насъ терминологіи,—исполняютъ функціи не только гражданскаго, но и публичнаго права, и, притомъ, не только во внутреннихъ, но и во внѣшнихъ отношеніяхъ этихъ союзовъ какъ другъ къ другу, такъ и къ охватывающей ихъ политической организаціи.

Публичными функціями являются: право и обязанность кровной мести, взысканіе и платежъ композицій, соприсяжничество, возстановленіе мира въ случаѣ его нарушенія внутри союза и т. д. Утрата семейными союзами этихъ публичныхъ функцій,— вызванная преобразованіемъ семейной общины въ сосѣдскую, появленіемъ первыхъ государственныхъ наказаній, установленіемъ феодальнаго государства и другими вліяніями, которыя здѣсь не могутъ быть разсмотрѣны,—не препятствуетъ сохраненію семейными союзами ихъ значенія въ области гражданскаго права и далеко за предѣлами сред-

[1]) Eug. Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, B. IV, стр. 210—300.

нихъ вѣковъ. Это значеніе выступаетъ, между прочимъ, въ обязанностяхъ членовъ семьи къ взаимной поддержкѣ,—обязанностяхъ, которыя смѣняютъ прежнюю связь ихъ по кровной мести и композиціямъ. Эти обязанности ограничиваются постепенно все болѣе и болѣе тѣснымъ кругомъ родственниковъ, но удерживаютъ и понынѣ свой юридическій характеръ. Сюда должны быть причислены и ограниченія въ правѣ распоряженія собственностью на извѣстныя имущества согласіемъ на эти распоряженія со стороны наслѣдниковъ собственника (Beispruchsrecht), и предоставленное потомъ тѣмъ же наслѣдникамъ право выкупа и преимущественной покупки этихъ имуществъ въ случаѣ ихъ отчужденія, равно какъ и разнообразныя, переходящія также въ современное право, формы опеки родственниковъ, и, наконецъ, право наслѣдованія по закону, иллюстрирующее лучше всего, даже для настоящаго времени, всю полноту и силу вліянія семейнаго союза и кровнаго родства на отношенія гражданскаго права.

Характерныя черты древне-германской семьи,—съ которой сходится, въ общемъ, какъ древне-славянская, такъ и вся арійская семья,—заключены въ ея строеніи и юридическихъ отношеніяхъ. Она представляетъ собой съ самаго начала самостоятельный союзъ, глава котораго пользуется властью, смѣшивающей въ себѣ элементы публичнаго и гражданскаго права. Управленіе семьей основано не на соглашеніи между ея членами, а на единой волѣ ея главы, которому подчинено все, что живетъ и существуетъ въ семьѣ: жена, дѣти, потомство, рабы, крѣпостные, свободные работники и все имущество. Власть главы надъ всѣмъ этимъ составомъ семьи не опредѣлена точно и совпадаетъ, въ общемъ, съ границами права распоряженія собственностью. Отличительный признакъ этой семьи—ея единство, распространяющееся какъ на ея личный, такъ и имущественный составъ. Съ точки зрѣнія этого единства можно говорить и о собственности главы семейства, хотя эта собственность—не свободная, а связанная цѣлями семейнаго союза. Ея имущественная цѣнность допускаетъ сравненіе съ имущественной цѣнностью государственной территоріи для управляющей ею территоріальной верховной власти.

Разложеніе единой семьи, происходящее подъ вліяніемъ отчасти государственной власти, отчасти процесса развитія внутри самой семьи, устраняетъ постепенно ея публично-правовые элементы и дѣлаетъ изъ семьи учрежденіе, вѣдаемое исключительно гражданскимъ правомъ. Рабовъ становится все меньше и меньше, крѣпостные и ремесленники, начиная съ XIII вѣка, не могутъ уже считаться въ составѣ семьи, такъ какъ они завоевываютъ свое особое право, независимое отъ семейной власти прежняго домовладыки; свободные работники то же отстаютъ отъ стараго семейнаго союза, предлагая на рынкѣ свою рабочую силу и переходя на заработки отъ одного хозяйства въ другое. Малолѣтній, принятый въ домъ опекуна, можетъ требовать отъ послѣдняго, по достиженіи совершеннолѣтія, не только возвращенія своего имущества, но и отчета въ

управленіи имъ, на что онъ прежде не имѣлъ права. Точно такъ же и опекунъ, въ случаѣ недостаточности доходовъ подопекаемаго, не считаетъ себя обязаннымъ, какъ это было прежде, вести опеку на собственный счетъ, но приступаетъ, съ согласія высшаго опекунскаго учрежденія, къ продажѣ имущества подопекаемаго. Измѣняется существенно и положеніе жены и дѣтей, и измѣняется въ томъ смыслѣ, что отецъ и супругъ теряютъ единовластіе и должны допускать или соучастіе въ немъ и сособственность въ семейномъ имуществѣ со стороны всѣхъ управомоченныхъ членовъ семьи, или особое, отличное отъ собственности, имущество жены и дѣтей, на которое отецъ и супругъ могутъ притязать лишь въ смыслѣ управленія и пользованія, но не распоряженія. Еще болѣе: если прежде мыслился только одинъ интересъ, интересъ семьи, представителемъ котораго былъ домовладыка, то теперь возможны столкновенія интересовъ отдѣльныхъ членовъ и собственниковъ въ предѣлахъ одной и той же семьи, и объективное право должно выставить нормы, способныя защитить какъ дѣтей и жену противъ родителей и мужа, такъ и vice versâ. Дѣти состоятъ подъ властью родителей уже не въ силу семейнаго общенія съ ними и не во все время своего пребыванія въ семьѣ, а только въ силу малолѣтства, по миованіи котораго они выходятъ изъ подъ власти даже въ томъ случаѣ, если совмѣстная жизнь ихъ съ родителями продолжается. И юридическое положеніе жены и матери не опирается болѣе на семейное общеніе, а опирается на бракъ, не имѣвшій въ древней семьѣ самостоятельнаго значенія и представлявшій собой не что иное, какъ разновидность договора купли-продажи.

Если къ сказанному присоединить, что и отношенія прислуги, рабочихъ и даже учениковъ, вступающихъ въ семью, обращаются въ чисто обязательственныя, производя права и обязанности на основѣ договора, а вовсе не пребыванія въ томъ единомъ и нераздѣльномъ союзѣ, какимъ была древняя семья, то нельзя не придти къ слѣдующему заключенію. Прежнее единство семьи утрачено въ результатѣ процесса, смыслъ котораго лежитъ, съ одной стороны, въ отобраніи государственной властью у семьи ея элементовъ публичнаго права, и съ другой—въ полученіи самостоятельности всѣми принадлежащими къ древней семьѣ группами лицъ. Семья переходитъ цѣликомъ въ гражданское право, и все, что сохраняется отъ прежняго ея единства, не имѣетъ болѣе юридическаго значенія или влачитъ существованіе, какъ переживаніе прошлаго (напр., германская Gemeinderschaft [1]).

б) Корпораціи. Семья не единственный союзъ, связывающій личность въ средніе вѣка. Рядомъ съ ней и часто могучѣе ея выступаютъ другіе общественные союзы: общины, цехи, корпораціи и всѣ вообще

---

[1]) A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1885, I, стр. 223—251 Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1868, I, стр. 409 и слѣд.

общественныя соединенія, обнимаемыя нѣмецкимъ словомъ Genossenschaft. Различіе между этой Genossenschaft и семьей состоитъ въ томъ, что семья основана на кровной связи своихъ членовъ и власти главы семейнаго союза, тогда какъ Genossenschaft опирается на общеніе интересовъ, независимое отъ принадлежности ея членовъ къ той или другой семьѣ.

Крестьяне, горожане, рыцари, ремесленники, объединенные общими условіями жизни, составляютъ союзы, изъ которыхъ каждый, вслѣдствіе отсутствія сознанія объ общемъ для всѣхъ правѣ, живетъ своимъ особымъ правомъ, тѣсно сплачивающимъ между собой всѣхъ членовъ этихъ союзовъ. Внѣ права семьи и королевской власти, это — единственное въ средніе вѣка право, за предѣлами котораго не существуетъ правоспособности. Только путемъ медленной эволюціи, параллельной разложенію древней нераздѣльной семьи, происходитъ освобожденіе личности изъ подъ власти и этихъ союзовъ, теряющихъ, прежде всего, въ пользу государства свои функціи публичнаго права. Эти союзы измѣняютъ свой характеръ, переставая служить, подобно семьѣ, источникомъ публичнаго права, получающаго свой спеціальный органъ въ государственной власти. Но они сохраняютъ силу въ области гражданскаго права, продолжая занимать здѣсь видное мѣсто, наряду съ товариществами и другими совокупными отношеніями, принадлежащими именно этой области права.

Чтобы оцѣнить значеніе этихъ союзовъ, надо имѣть въ виду слѣдующее. Во-1-хъ, захватывая всю личность своихъ членовъ даже въ томъ случаѣ, когда основаніе союза лежитъ въ ограниченной сферѣ имущественнаго интереса, напр., въ отправленіи какого-нибудь промысла, средневѣковые союзы обязываютъ своихъ членовъ особой вѣрностью другъ къ другу и производятъ между ними тѣснѣйшую солидарность. Выраженіе этой солидарности во внѣ состоитъ въ томъ, что одинъ отвѣчаетъ за другого, всѣ платятъ долги каждаго, упражняютъ сообща право мести и композиціи, распредѣляютъ между собою вытекающія отсюда выгоды и потери, выступаютъ вмѣстѣ при заключеніи обязательствъ, на судѣ, и т. д. Во-2-хъ, солидарнымъ правамъ и обязанностямъ членовъ союза соотвѣтствуетъ подобная же имущественная связанность. Кто принадлежитъ къ одному изъ такихъ союзовъ, тотъ не можетъ распорядиться своимъ поземельнымъ владѣніемъ иначе, какъ съ согласія союза, располагающаго правомъ предпочтительной покупки, которое соединяется впослѣдствіи и съ правомъ выкупа. Кто производитъ въ союзѣ болѣе того, что ему нужно для собственнаго потребленія, тотъ долженъ предложить излишекъ продукта своего производства тому же союзу. Кто хочетъ выйти изъ союза, тотъ долженъ оставить ему значительную часть своего имущества. При вступленіи въ бракъ съ женщиной, не принадлежащей къ союзу, нужно платить за нее особый налогъ; выходъ замужъ внѣ союза сопрягается такъ же съ большими имущественными пожертвованіями.

Въ указанныхъ и множествѣ другихъ послѣдствій господства груп-

нового начала просвѣчиваетъ та мысль, что каждый общественный союзъ есть юридическое и хозяйственное цѣлое, которому отдѣльныя лица должны жертвовать своею волею и своимъ имуществомъ. Новое время кладетъ предѣлъ абсолютизму группового начала, но развиваетъ далѣе представленныя въ немъ идеи солидарности и соціальнаго права. Если средневѣковыя союзныя формы почти исключаютъ юридическую категорію личности, то послѣдующее развитіе этихъ же формъ ставитъ въ ихъ центрѣ именно эту категорію и стремится въ этихъ формахъ болѣе, чѣмъ въ какихъ-либо другихъ, приблизиться къ идеалу соціальнаго права.

в) Развитіе личной правоспособности. Изъ сказаннаго уже видно, что исходной точкой развитія права—по крайней мѣрѣ, въ европейскіе средніе вѣка—является не личность, а племя, родъ, семья, сословіе и другіе общественные союзы, поглощающіе собою личность и склоняющіеся къ установленію не общаго правопорядка, а цѣлаго ряда правопорядковъ для различныхъ круговъ лицъ, на которые расчленяется средневѣковое общество. Не удается подняться даже надъ противоположеніемъ отдѣльныхъ племенныхъ правъ, и среднѣвѣковое право—особенно, германское—все болѣе и болѣе расщепляется по территоріямъ, городамъ, деревнямъ, сословіямъ, промысламъ, видамъ имущества и т. д.

Разрушеніе этого порядка на Западѣ Европы идетъ быстрыми шагами уже съ XIII вѣка. Измѣняющіяся условія хозяйственной жизни, многообразныя сношенія отдѣльныхъ лицъ и народовъ между собой, развитіе рынковъ, городовъ, торговли—ведутъ къ разложенію старыхъ общественныхъ союзовъ и ставятъ на ихъ мѣсто новые, болѣе свободные. Пробужденіе духа индивидуальной свободы вызываетъ важныя измѣненія какъ въ условіяхъ правоспособности, такъ и въ другихъ построеніяхъ права.

Ограниченный оборотъ, въ связи съ закрѣпленіемъ личности къ семейному и другимъ союзамъ, устранялъ необходимость для нея особой юридической защиты. Глава семейства, если онъ и не былъ представителемъ подвластныхъ ему лицъ, имѣлъ пользованіе и управленіе ихъ имуществомъ, равно какъ и право дѣйствовать самостоятельно во всемъ, что касалось какъ этого имущества, такъ и личности его фактическихъ носителей. Изъ подъ власти домовладыки дѣти и подопекаемые выходили лишь тогда, когда это было угодно отцу или опекуну, или когда, достигнувъ совершеннолѣтія, они сами выходили изъ семьи. Но такъ какъ число такихъ „выходцевъ“ изъ семьи было незначительно, какъ незначителенъ былъ и оборотъ, въ которомъ они вращались, то возрастъ совершеннолѣтія могъ опредѣляться чрезвычайно низко. Это мы, дѣйствительно, и видимъ, напр., у франковъ и швабовъ, устанавливающихъ возрастъ совершеннолѣтія въ 12, и у бургундовъ—въ 14 лѣтъ. Развитіе оборота и ростъ личности приводятъ къ признанію неудобствъ такого ранняго начала гражданской самостоятельности, и уже въ XV вѣкѣ совершеннолѣтіе принимается въ различныхъ статутахъ и земскихъ правахъ отъ 16 и 18 до 20 и даже 25 лѣтъ.

Одновременно происходитъ преобразованіе и въ институтѣ опеки: устанавливается отчетность и отвѣтственность за неизвѣстную прежде неосторожность, принимаются новыя основанія для опеки и развивается, напр., опека по безвѣстному отсутствію, бывшая въ зачаточномъ состояніи, пока забота объ отсутствующихъ лежала на семьѣ и другихъ союзахъ.

Отпадаютъ постепенно и различныя ограниченія правоспособности, какъ, напр., понятное при связанности личности семьей и потерявшее затѣмъ всякое оправданіе требованіе физическаго здоровья или силы, различныя сословныя вліянія, безчестье, обуславливаемое нѣкоторыми родами занятій или незаконнымъ рожденіемъ, и т. д. Болѣе всего затрудненій, вслѣдствіе упорства въ отжившихъ воззрѣніяхъ, встрѣчало и отчасти встрѣчаетъ до сихъ поръ устраненіе тѣхъ ограниченій правоспособности, которыя вытекаютъ изъ различія вѣроисповѣданій, пола и внѣбрачнаго рожденія. Но, въ общемъ, гражданская правоспособность уравнивается уже съ конца XVIII вѣка, въ отличіе отъ прежняго времени, для всѣхъ людей. Она признана за каждой человѣческой личностью, какъ таковой, независимо отъ всѣхъ физическихъ и общественныхъ условій ея существованія.

И эта индивидуалистическая тенденція въ отношеніи къ правоспособности выражается въ отдѣльныхъ институтахъ гражданскаго права расширеніемъ сферы дѣятельности индивида и содержанія его правъ. Примѣрно можно указать на отмѣну или, по крайней мѣрѣ, значительныя ограниченія правъ выкупа и предпочтительной покупки; расширеніе права распоряженія собственностью, особенно по сдѣлкамъ на случай смерти, которыми можно лишать наслѣдства или оставлять его однимъ дѣтямъ въ бо́льшемъ или меньшемъ размѣрѣ, чѣмъ другимъ; стѣсненіе возможности связывать себя на продолжительное время общеніемъ въ имуществѣ; исключеніе или ограниченіе субституцій; признаніе и обезпеченіе имущественныхъ правъ дѣтей въ отношеніи къ ихъ родителямъ; ограниченіе власти главы семейства въ отношеніи къ женѣ и дѣтямъ и т. д. Кромѣ приведенныхъ примѣровъ, касающихся преобразованій въ уже существующихъ институтахъ, можно сослаться еще на другіе, указывающіе на то, что индивидуалистическое теченіе достаточно сильно, чтобы производить и новые институты, надѣляющіе личность и вовсе неизвѣстными до того правами. Сюда слѣдуетъ отнести: распространенную далеко за прежніе предѣлы защиту личности, искъ объ убыткахъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ невозможности доказать эти убытки, защиту труда, имени, званія и, въ особенности, авторское право.

Если принять теперь въ соображеніе, что съ ростомъ субъективныхъ правъ личности идетъ и усиленіе ея отвѣтственности, какъ это не трудно увидѣть, напр., на институтахъ современнаго оборотнаго права, на новыхъ законахъ объ отвѣтственности предпринимателей и т. д., то станетъ понятнымъ, почему расширенію защиты личности соотвѣтствуетъ или,

вѣрнѣе, должно соотвѣтствовать такое же расширеніе и обязанностей ея по отношенію къ юридической сферѣ другихъ, и такая личная отвѣтственность, которая предполагаетъ возмѣщеніе за всякое—все равно, виновное или невиновное — нарушеніе чужого права.

Предъявляя къ личности усиленныя требованія и налагая на нее новыя обязанности, современное гражданское право какъ бы расплачивается за свои индивидуалистическія тенденціи и позволяетъ видѣть въ себѣ такое же преходящее явленіе, какимъ была и прежняя связанность личности въ семьѣ и корпораціяхъ. Симптомовъ, угрожающихъ личности въ будущемъ, хотя и иными, но не менѣе того значительными ограниченіями, представляется множество. Не относя къ этимъ симптомамъ усиленной отвѣтственности въ отношеніяхъ обязательственнаго права, можно вспомнить о многочисленныхъ случаяхъ вмѣшательства государства въ существующій порядокъ юридическихъ отношеній; о жертвахъ, приносимыхъ все въ бо́льшемъ и бо́льшемъ размѣрѣ индивидомъ въ пользу общества; о новыхъ стѣсненіяхъ права частной собственности; о завѣщательныхъ ограниченіяхъ, дѣйствующихъ и при отсутствіи законныхъ наслѣдниковъ; о нормахъ, регулирующихъ рабочіе договоры, фабричную промышленность, и т. п. Эти примѣры легко было бы умножить, если бы не было само собою ясно, что современное индивидуалистическое гражданское право не можетъ быть концомъ развитія. Если нельзя думать о возвращеніи къ прежнимъ стѣсненіямъ личности въ семейномъ и другихъ общественныхъ союзахъ, то многое заставляетъ ждать, въ противность крайнимъ послѣдствіямъ индивидуалистическаго принципа, такой организаціи гражданскаго права въ будущемъ, которая окажется основанной на соображеніи не однихъ индивидуальныхъ и классовыхъ, но и всенародныхъ интересовъ [1]).

2. Развитіе государственной власти.

Въ ряду явленій, обнаруживающихъ въ исторіи права европейскихъ народовъ вліяніе государственной власти на обособленіе гражданскаго права отъ публичнаго, особое вниманіе обращаютъ на себя слѣдующія: а) переходъ къ государству всѣхъ главнѣйшихъ функцій по отправленію правосудія, и б) утвержденіе уголовнаго права на принципѣ вступленія въ уголовный процессъ государственной власти, въ качествѣ участвующей въ немъ стороны.

а) Государственное правосудіе. Не дѣлаясь никогда—по крайней мѣрѣ, до настоящаго времени — единственнымъ источникомъ права, которое продолжаетъ вырабатываться, наряду со своимъ государственнымъ

[1]) Huber, ук. соч.

источникомъ, и опредѣленіями различныхъ общественныхъ союзовъ, напр., церкви и другихъ корпорацій, и практикой судовъ, и ученіями юристовъ, и т. д. (см. ниже, ученіе объ источникахъ права),—государство рѣшительно монополизируетъ въ своихъ рукахъ отправленіе правосудія, т.-е. судебную власть. Эта послѣдняя обращается въ его исключительную прерогативу, сначала смѣшанную со всѣми другими правами верховной власти, но потомъ делегируемую, или препоручаемую ею особому судебному сословію, дѣйствующему отъ ея имени, но, въ то же время, самостоятельно и независимо отъ всѣхъ прочихъ органовъ государственной власти.

Область защиты права отходитъ цѣликомъ въ вѣдѣніе государства, и поэтому все, что касается судовъ и производства въ судахъ, иначе—все такъ назыв. процессуальное право, безразлично отъ того, къ какимъ бы дѣламъ—гражданскимъ, торговымъ, уголовнымъ или административнымъ, оно ни относилось, — отмежевывается рѣзко отъ права, предоставленнаго въ распоряженіе отдѣльныхъ лицъ или совокупностей этихъ отдѣльныхъ лицъ, не надѣленныхъ государственными функціями. Такимъ образомъ, все процессуальное право дѣлается провинціей той получающей теперь самостоятельность отрасли права, которую мы называемъ правомъ публичнымъ.

Чтобы оцѣнить важность указываемой дифференціаціи въ области права для всей культурной исторіи человѣчества, нужно вспомнить, что государственное отправленіе правосудія и соотвѣтствующее ему обособленіе процессуальнаго права въ отдѣльную отрасль публичнаго права суть явленія сравнительно поздняго происхожденія. Имъ предшествуетъ государство, преслѣдующее преимущественно военныя цѣли, и правосудіе, осуществляемое не государственной властью, а личной расправой управомоченнаго субъекта съ нарушителемъ его права. Это—такъ назыв., система самоуправства, состоящая въ одностороннемъ осуществленіи каждымъ изъ участвующихъ въ данномъ юридическомъ отношеніи лицъ или каждой (представляющей индивидъ) группой лицъ исключительно своего представленія о правѣ.

Подобное осуществленіе только своего представленія о правѣ происходитъ путемъ непосредственнаго примѣненія къ противнику принужденія или насилія, которому не предшествуетъ сначала ни посредничество, ни судъ. Эта система личнаго или группового, но, во всякомъ случаѣ, не государственнаго и не судебнаго осуществленія права, утверждаетъ свое господство въ продолженіи столѣтій, вполнѣ уживаясь, вопреки распространенному мнѣнію, и съ фактомъ существованія государства. Она оставляетъ по себѣ глубокіе слѣды даже въ смѣняющей ее впослѣдствіи системѣ государственнаго отправленія правосудія.

Главныя неудобства системы самоуправства, приводящія въ концѣ концовъ къ ея паденію, заключаются въ томъ, что, во-1-хъ, эта система не даетъ возможности различить настоящаго управомоченнаго отъ того, кто выдаетъ себя за такового, и подъ предлогомъ защиты своего права прибѣгаетъ

къ грабежу, разбою и убійству; во-2-хъ, она не гарантируетъ истинно управомоченнаго отъ побѣдоноснаго сопротивленія болѣе сильнаго, но не праваго противника; и въ-3-хъ, она служитъ источникомъ постояннаго безпорядка и междоусобицы въ обществѣ. Сознаніе этихъ неудобствъ и усиленіе государственной власти ведутъ къ контролю этой послѣдней надъ самовольнымъ осуществленіемъ права,—контролю, который устанавливается въ своей современной формѣ не вдругъ, и сначала въ несравненно болѣе слабыхъ формахъ, чѣмъ впослѣдствіи. Сначала этотъ контроль только слѣдуетъ за самоуправствомъ, а потомъ и предшествуетъ ему, ставя отправленіе этого исконнаго права въ зависимость отъ предварительнаго согласія на него государственной власти. Этой фазѣ развитія принадлежитъ, напр., римская in manus injectio, допускаемая не иначе, какъ по предварительному судебному рѣшенію, ex causa judicata. Сюда же можно было бы отнести и предоставленіе въ распоряженіе кредитора личности осужденнаго или признавшагося передъ судомъ должника—какъ въ римскомъ, такъ и въ германскомъ и славянскомъ правѣ.

Сверхъ требованія судебнаго рѣшенія, государственный контроль надъ самоуправствомъ выражается и въ другихъ формахъ: въ обязательномъ произнесеніи извѣстныхъ словъ или совершеніи извѣстныхъ обрядовъ какъ при римской manus injectio, такъ и при аналогичныхъ съ ней актахъ германскаго и славянскаго права, напр., нашихъ древнихъ обязательствахъ о закупахъ. То же значеніе имѣютъ и опредѣленія о выставкѣ должника на площади въ разсчетѣ на то, что кто-нибудь заплатитъ за него, и опредѣленія о кормленіи должника, о болѣе или менѣе мягкомъ обращеніи съ нимъ кредитора и т. д.

Черезъ подобныя опредѣленія самоуправство дѣлается предметомъ вѣдѣнія и попеченія государства, но остается все еще такимъ осуществленіемъ права подъ контролемъ государства, которое продолжаетъ опираться на собственныя силы и средства заинтересованнаго въ немъ лица. Государственные способы осуществленія права не сразу вытѣсняютъ самоуправство и примѣняются въ теченіе продолжительнаго періода развитія параллельно или одновременно съ этимъ послѣднимъ; исполненіе судебныхъ рѣшеній остается особенно долго въ рукахъ заинтересованныхъ лицъ. Исключительному господству государственнаго отправленія правосудія предшествуетъ и не прекращающаяся до сихъ поръ практика посредническихъ судовъ, представляющихъ собою переходъ отъ самоуправства къ государственнымъ судамъ, которые развиваются изъ посредническихъ и не перестаютъ отражать на себѣ особенности и формы этихъ послѣднихъ. Наконецъ, за періодомъ самоуправства и посредническихъ судовъ, контролируемыхъ, какъ и самоуправство, государственной властью, наступаетъ современный намъ порядокъ исключительно государственнаго отправленія правосудія относительно какъ постановленія судебныхъ рѣшеній, такъ и ихъ исполненія.

Государственное отправленіе правосудія представляетъ собой полную противоположность системѣ самоуправства, характеризуясь, во-1-хъ, исключеніемъ насилія изъ процесса разрѣшенія спорнаго между сторонами юридическаго отношенія, и, во-2-хъ, разрѣшеніемъ этого спорнаго отношенія не самими участвующими въ немъ лицами, а уполномоченнымъ на то государственной властью учрежденіемъ, или судомъ. Тѣмъ не менѣе, самоуправство не перестаетъ и понынѣ примѣняться широко въ области международнаго и государственнаго права, и ограниченно—въ области уголовнаго и гражданскаго права. Оно часто является здѣсь не только архаическимъ переживаніемъ, но и вполнѣ еще живучимъ учрежденіемъ, пополняющимъ пробѣлы судебной защиты и доставляющимъ существенныя выгоды во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда судебная защита оказывается или недостаточной, или невозможной [1]).

Сказаннымъ не умаляется, однако, всемірно-культурное значеніе факта принятія государственной властью въ свои руки отправленія правосудія, если не по всѣмъ, то по огромному большинству гражданскихъ, уголовныхъ и административныхъ дѣлъ, гдѣ государственная защита составляетъ теперь общее правило, а примѣненіе самоуправства—исключеніе, оправдываемое лишь данными конкретными условіями и спеціальными опредѣленіями закона. Всемірно-культурное значеніе этого факта сказывается уже въ томъ, что отправленіе правосудія дѣлается у всѣхъ народовъ одной изъ главныхъ задачъ, которыя ставятся передъ государственной властью. Внѣ исполненія государствомъ этой задачи, мы не могли бы и мыслить понятіе государства въ современномъ смыслѣ, не говоря о высшей культурѣ, предполагающей то же соотношеніе между правомъ и его защитой. Поэтому въ настоящее время не можетъ быть сомнѣнія ни въ обще-государственномъ характерѣ отправленія правосудія, ни въ обусловливаемой этимъ характеромъ принадлежности всего процессуальнаго права къ области публичнаго, ни въ достаточной яркости границы, отдѣляющей, по крайней мѣрѣ, эту отрасль публичнаго права отъ права гражданскаго.

б) Уголовное право. Выше было уже замѣчено, что характерную черту уголовнаго права составляетъ наказаніе, какъ особое право государственной власти, ею самой приводимое въ движеніе и опредѣляющее ея положеніе непосредственно участвующей стороны въ уголовномъ процессѣ. Съ такимъ рѣзко отпечатлѣннымъ характеромъ публичности,—какого мы не видимъ въ сферѣ защиты гражданскаго права, гдѣ государственная власть является не участвующей стороной, а лишь третьимъ лицомъ, или судьей, не принимающимъ на себя, по общему правилу, иниціативы защиты,—уголовное право выступаетъ передъ нами въ Западной Европѣ не ранѣе

---

[1]) A. Menger, System des österreichischen Civilprocessrechts, 1876, I, стр. 4—11.

XVI вѣка. Это опять совпадаетъ съ усиленіемъ государственной власти и сознаніемъ ею своихъ культурныхъ задачъ.

До указываемаго времени уголовное право постоянно смѣшивается въ бо́льшей или меньшей степени съ гражданскимъ, и если мы не сомнѣваемся болѣе, благодаря изслѣдованіямъ К. Маурера, Рихтгофена, Амира и др., въ невозможности отрицать за преслѣдованіемъ преступленій и въ древнѣйшемъ германскомъ правѣ всякій характеръ публичности, то у насъ еще менѣе основаній раздѣлять противоположный взглядъ, который считаетъ, исходя, главнымъ образомъ, изъ исландскихъ источниковъ права, что древніе германцы разсматривали всѣ безъ различія проступки и преступленія, какъ нарушеніе общаго мира, т.-е. какъ преступленіе публичнаго права, всегда влекущее за собой отлученіе отъ правового общенія (Friedlosigkeit), или объявленіе внѣ закона.

Для убѣжденія въ неправильности отрицанія всякаго характера публичности за древнѣйшимъ изъ извѣстныхъ намъ состояній уголовнаго права Западной Европы — довольно сослаться на извѣстное мѣсто у Тацита (Germ. c. 12), проводящее различіе между преступленіями, искупаемыми имущественнымъ вознагражденіемъ, и преступленіями, караемыми смертью. Къ указаннымъ Тацитомъ преступленіямъ послѣдняго рода позднѣйшіе источники права саксовъ и фризовъ присоединяютъ еще оскорбленіе святыни и колдовство, наказывая первое утопленіемъ, а второе сожженіемъ. Всѣ эти преступленія и наказанія носятъ сакральный характеръ, т.-е. они проникнуты чисто религіознымъ міросозерцаніемъ, и состоятъ въ завѣдываніи жрецовъ, которымъ предоставлено и исполненіе наказаній. Эти послѣднія, т.-е. сакральныя наказанія, выражаются въ смертной казни и находятся въ тѣсной связи съ человѣческими жертвоприношеніями, которыя поражаютъ, рядомъ съ преступниками, также рабовъ и военноплѣнныхъ. Это само собой исключаетъ понятіе наказанія въ современномъ намъ смыслѣ, еще болѣе тускнѣющее отъ слѣдующей практики. Преступника подвергаютъ передъ казнью испытанію огнемъ или водою не для того, чтобы доказать его вину или невинность, а для того, чтобы узнать волю боговъ, которымъ жертвоприношеніе плѣнникомъ можетъ быть угоднѣе жертвоприношенія преступникомъ. Смертная казнь надъ преступникомъ совершается только при неблагопріятномъ исходѣ этого испытанія; въ случаѣ его благопріятнаго исхода она замѣняется продажею въ рабство, изгнаніемъ или предоставленіемъ преступнику права откупиться соотвѣтствующимъ вознагражденіемъ, или вирой. Отсюда уже видно, что смертная казнь въ видѣ жертвоприношенія богамъ не можетъ разсматриваться въ системѣ сакральныхъ наказаній какъ настоящее публичное наказаніе, хотя она и представляетъ собой несомнѣнный зародышъ такого наказанія, благодаря принимаемой жрецами иниціативѣ преслѣдованія—по крайней мѣрѣ, извѣстныхъ преступленій.

Но и въ такой тусклой формѣ публичныя наказанія тацитовской

Германіи не переживаютъ распространенія христіанства, если не считать нѣкоторыхъ остатковъ этихъ наказаній, сохраняющихся у саксовъ и отчасти фризовъ. Христіанство борется съ ними уже потому, что они напоминаютъ язычество, и старается замѣнить ихъ практикой договоровъ объ искупленіи вины, или такъ наз. композиціями, т.-е. вознагражденіемъ или обязательствомъ о вознагражденіи за совершонное убійство, пораненіе, грабежъ и т. д. И если въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ Сѣверной Европы на мѣсто прежнихъ сакральныхъ наказаній вступаютъ отчасти другія, какъ, напр., неподлежащее искупленію объявленіе внѣ закона, то большинство средневѣковыхъ народовъ рѣшительно предпочитаютъ практику искупительныхъ наказаній, и, напр., Салическій законъ упоминаетъ о смертной казни лишь при измѣнѣ и нѣкоторыхъ другихъ, весьма ограниченныхъ въ своемъ числѣ преступленіяхъ. Попытки меровингскихъ и каролингскихъ королей распространить область этихъ преступленій оканчиваются неудачей, и источники даже послѣ-каролингскаго времени рисуютъ намъ такое состояніе уголовнаго права, въ которомъ преслѣдованіе подавляющаго большинства преступленій предоставлено исключительно потерпѣвшимъ лицамъ и ихъ близкимъ. Складывается даже поговорка, выражающая это состояніе права: „Wo kein Kläger, da kein Richter“ (нѣтъ истца, нѣтъ суда).

Приведенные факты изъ исторіи древне-германскаго права говорятъ достаточно и противъ второго изъ указанныхъ выше представленій о первоначальномъ состояніи уголовнаго права. Предполагая, въ общемъ, публичный характеръ всѣхъ древнихъ преступленій и наказаній, это представленіе опровергается какъ упомянутымъ уже свидѣтельствомъ Тацита о различіи сакральныхъ и искупаемыхъ пеней преступленій, такъ и столь же достовѣрнымъ фактомъ преслѣдованія и наказанія огромнаго большинства извѣстныхъ въ это время преступленій путемъ частной, а не государственной иниціативы. Наконецъ, самый порядокъ и форма какъ преслѣдованія преступленій, такъ и наложенія полагаемыхъ за нихъ наказаній не оставляютъ сомнѣнія въ смѣшеніи уголовнаго права съ гражданскимъ не только въ древнѣйшій, но и въ болѣе поздніе періоды исторіи германскаго права. За исключеніемъ сакральныхъ преступленій и ихъ незначительныхъ остатковъ въ позднѣйшемъ правѣ, преслѣдованіе всѣхъ остальныхъ наказуемыхъ дѣйствій составляетъ, какъ на это уже указывалось, исключительно дѣло потерпѣвшей стороны, которая имѣетъ выборъ между полученіемъ удовлетворенія или путемъ самоуправства и компромисса, т.-е. примѣненія къ преступнику кровной мести и заключенія съ нимъ мирнаго соглашенія, носящаго названіе compositio, или путемъ обращенія въ судъ. Внѣ области сакральныхъ преступленій, дѣятельность общественной власти стоитъ въ прямой зависимости отъ обращенія къ ней потерпѣвшей стороны, и даже изгнаніе и поставленіе преступника внѣ закона не требуетъ первоначально ни судебнаго аппарата, ни какихъ-

бы то ни было государственныхъ учрежденій. Господство системы самоуправства заставляетъ государство относиться къ защитѣ права пассивно, побуждая его не къ наказанію преступника, а только къ лишенію его своей защиты. Судебное объявленіе безправнаго состоянія преступника въ присутствіи представителей общины и при торжественной формулѣ изгнанія, произносимой судьей, есть явленіе позднѣйшаго времени, когда государство начинаетъ выходить изъ своей пассивной роли въ дѣлѣ отправленія правосудія и, не ограничиваясь болѣе лишеніемъ преступника своей защиты, заботится также о томъ, что-бы онъ не избѣгнулъ наказанія, которое уже поэтому получаетъ окраску публичнаго права.

Въ первоначальный періодъ исторіи германскаго права можно отмѣтить, сверхъ приведенныхъ выше случаевъ сакральныхъ преступленій и наказаній, еще слѣдующую черту публичнаго права въ принятой системѣ возмездія за наказуемыя дѣйствія. При обращеніи потерпѣвшаго отъ какого-либо преступленія въ судъ, взыскиваемыя съ преступника деньги или замѣняющій ихъ скотъ поступаютъ не цѣликомъ къ потерпѣвшему или его семьѣ: часть налагаемаго взысканія, подъ именемъ fredus, freda, pax, или poena pacis, идетъ въ пользу общественной власти, въ видѣ платы за ея участіе въ возстановленіи мира между заинтересованными сторонами. Но это участіе общественной власти въ преслѣдованіи преступника не дѣлаетъ еще наказанія институтомъ публичнаго права, такъ какъ стороны могутъ и не обратиться въ судъ, а расправиться путемъ кровной мести или компромисса. Въ этомъ случаѣ общественная власть не имѣетъ никакой доли въ получаемомъ отъ преступника вознагражденіи, которое поступаетъ уже цѣликомъ къ потерпѣвшему или его близкимъ. Тѣмъ не менѣе, fredus выражаетъ несомнѣнно участіе общественной власти и зарождающійся элементъ публичнаго права въ налагаемомъ на преступника взысканіи—точно такъ же, какъ compositio представляетъ собой вознагражденіе потерпѣвшей стороны за отказъ отъ кровной мести и элементъ гражданскаго права въ томъ же взысканіи. Отношеніе между тѣмъ и другимъ элементомъ наказанія не можетъ быть въ древнемъ германскомъ правѣ благопріятно для публичнаго элемента—уже потому, что рядомъ съ судебнымъ производствомъ, только и открывающимъ путь для взысканія того, что называется fredus, здѣсь стоитъ съ самаго начала широкое примѣненіе самоуправства. Это самоуправство, называемое fehde, облекается въ право кровной мести, принадлежащее потерпѣвшему отъ преступленія или связывающему его въ первой линіи кровному, а потомъ и другимъ общественнымъ союзамъ. И насколько это самоуправство представляется отправленіемъ кровной мести, настолько оно распространяется и на родственниковъ обѣихъ сторонъ; родственники убитаго вооружены правомъ возмездія противъ родственниковъ убійцы, такъ что безправіе послѣдняго составляетъ въ то же время и безправіе его родственниковъ.

Реакціей противъ этого порядка вещей, страдавшаго всѣми пороками системы самоуправства, была кодификація народныхъ обычаевъ, извѣстная подъ именемъ Leges barbarorum и направленная прежде всего на то, чтобы установить твердыя и вмѣстѣ съ тѣмъ высокія цифры вознагражденія и пени за различныя правонарушенія. Этимъ имѣлось въ виду предупредить, по возможности, какъ споры о высотѣ вознагражденія за то или другое преступленіе, такъ и обращеніе къ самоуправству. Другими и не менѣе дѣйствительными средствами смягченія того же самоуправства въ древнѣйшій періодъ исторіи права европейскихъ народовъ были: замиреніе семьи, т.-е. запрещеніе кровной мести внутри ея предѣловъ, предоставленное церкви право убѣжища, ограниченіе кровной мести личностью преступника, безъ права распространять эту месть на родственниковъ послѣдняго, и другія спеціальныя распоряженія королевской власти, видѣвшей не безъ основанія въ возможномъ ограниченіи самоуправства одну изъ главныхъ задачъ своей дѣятельности. Въ результатѣ получилось значительное ограниченіе кровной мести, продолжавшей примѣняться только при нѣкоторыхъ, особо важныхъ преступленіяхъ, какъ, наприм., убійствѣ, прелюбодѣяніи и т. д.

Какъ ни крупно культурное значеніе указываемой эволюціи, она не имѣетъ прямого отношенія къ обособленію уголовнаго права отъ гражданскаго, такъ какъ преслѣдованіе большинства преступленій остается попрежнему, и въ теченіе продолжительнаго еще времени, въ рукахъ потерпѣвшихъ отъ нихъ лицъ. Точно такъ же и участіе государственной власти въ уголовномъ процессѣ не отличается пока отъ такого же участія ея въ гражданскомъ процессѣ. Однако, косвенное и въ то же время очень значительное вліяніе, оказанное вымираніемъ самоуправства на обособленіе уголовнаго права, въ качествѣ публичнаго, сказывается въ томъ, что это вымираніе подготовляетъ какъ радикальное преобразованіе уголовнаго процесса, такъ и рѣшительное принятіе въ немъ государственной властью положенія участвующей стороны.

При господствѣ системы самоуправства черты этой послѣдней переходятъ неизбѣжно на судебный процессъ, который представляется рядомъ дѣйствій, совершаемыхъ только сторонами, а не сторонами и судомъ, какъ это происходитъ въ послѣдующее и настоящее время. Равнымъ образомъ, и большинство совершаемыхъ сторонами юридическихъ дѣйствій совершается ими не передъ судомъ и не на судѣ, а внѣ суда. Стороны приходятъ въ судъ только тогда, когда имъ нуженъ судебный приговоръ; приводъ отвѣтчика или обвиняемаго, сыскъ вора, процессъ доказательствъ, исполненіе судебного приговора и другія важнѣйшія процессуальныя дѣйствія осуществляются самими заинтересованными сторонами, о которыхъ нельзя сказать, что онѣ вполнѣ порываютъ съ самоуправствомъ только потому, что ихъ дѣйствія строго оформлены и регулированы закономъ или обычаемъ. Производство уголовныхъ дѣлъ—подобно производству граждан-

скихъ: обвинитель и обвиняемый по первымъ играютъ такую же роль, какъ истецъ и отвѣтчикъ по послѣднимъ, и основнымъ принципамъ процесса по тѣмъ и другимъ дѣламъ служитъ упомянутое выше правило: нѣтъ истца—нѣтъ суда.

Ослабленіе родового и семейнаго союзовъ, вмѣстѣ со связанной съ ними системой кровной мести, съ одной стороны, и развитіе общественной и государственной жизни, съ другой—приводятъ къ разложенію охарактеризованнаго сейчасъ состоянія правосудія, противъ котораго принимаются слѣдующія мѣры. Во-1-хъ), рядомъ съ преслѣдованіемъ преступленій потерпѣвшими лицами, допускается по нѣкоторымъ преступленіямъ, напр., убійствамъ, преслѣдованіе ихъ и всякимъ третьимъ лицомъ. „Всякій гражданинъ,—говоритъ одинъ изъ Бернскихъ законовъ,—можетъ поднять искъ противъ того, кто убьетъ какого-либо гражданина въ предѣлахъ города, и если убійца отрицаетъ свою вину, истецъ можетъ вызвать его на поединокъ даже въ томъ случаѣ, если убитый не состоитъ съ нимъ въ кровномъ родствѣ". Это—такъ называемый римскій популярный искъ (actio popularis, quo populus jure suo tuetur), признанный также въ другихъ швейцарскихъ кантонахъ, въ исландскомъ, шведскомъ, магдебургскомъ правѣ и, особенно, въ городскихъ статутахъ Сѣверной Италіи, отразившихъ на себѣ демократическій духъ какъ античнаго, такъ и новаго общества. Подобный же популярный искъ съ раздѣломъ пополамъ получаемаго истцомъ вознагражденія между нимъ и королевской казной признанъ такъ же въ средніе вѣка и дѣйствуетъ до сихъ поръ въ Англіи, подъ именемъ „Qui tam action" (это названіе идетъ отъ первыхъ словъ служащей для иска формулы) въ случаяхъ клеветы, диффамаціи, нарушеній почтоваго, гербоваго уставовъ, и, особенно, при различныхъ полицейскихъ проступкахъ. Во-2), рядомъ съ популярными исками, а часто и независимо отъ нихъ, — такъ какъ эти иски приняты далеко не вездѣ и вовсе не устраняютъ возможности такихъ случаевъ, когда, подъ вліяніемъ страха, подкупа, соображеній удобствъ и тому подобныхъ мотивовъ, обвиненіе не предъявляется ни третьимъ, ни самимъ потерпѣвшимъ лицомъ,—развивается такъ назыв. слѣдственный или инквизиціонный процессъ, который вытѣсняетъ постепенно изъ области преслѣдованія преступленій прежній обвинительный процессъ, удерживающійся въ силѣ для однихъ гражданскихъ дѣлъ [1]).

Сущность новаго процесса состоитъ въ томъ, что онъ не считается, какъ прежній процессъ, исключительнымъ дѣломъ сторонъ; здѣсь нѣтъ ни истца, ни отвѣтчика, и процессъ можетъ начаться безъ всякаго иска; ни потерпѣвшій отъ преступленія, ни обвиняемый въ немъ—не играютъ такой рѣшающей роли, какъ истецъ и отвѣтчикъ при производствѣ гражданскаго дѣла. Начало процессу можетъ быть положено самимъ судомъ, который

[1]) H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 1887, I, стр. 156—184.

и ведетъ его до конца, не связанный никакими предложеніями обвинителя. Слѣдовательно, мы видимъ здѣсь уже не споръ между сторонами, а такое отношеніе между обвиняемымъ и судомъ—иначе, государственной властью,—которое дѣлаетъ послѣднюю стороной въ процессѣ и обязываетъ ее какъ начинать, такъ и изслѣдовать, и рѣшать каждое уголовное дѣло всѣми зависящими отъ нея средствами. Эта діаметрально противоположная обвинительному процессу точка зрѣнія развивается подъ вліяніемъ отчасти церковнаго права, внушающаго представленіе о преступленіи, какъ объ оскорбленіи Бога, отчасти—государственной власти, заинтересованной въ томъ, чтобы извѣстныя преступленія не оставались безъ преслѣдованія, и отчасти—успѣховъ общественнаго развитія, приводящихъ къ преобразованію по уголовнымъ дѣламъ стараго обвинительнаго начала въ новое слѣдственное. Совершающееся подъ этими вліяніями преобразованіе было не чуждо въ извѣстной мѣрѣ и позднѣйшему римскому праву, что̀ не трудно объяснить, такъ какъ слѣдственный процессъ встрѣчается въ своихъ основныхъ чертахъ даже у такъ назыв. дикихъ народовъ, если они приходятъ къ сильной государственной власти. Въ развитіи же этого процесса на Западѣ Европы важно отмѣтить распоряженіе папы Иннокентія III, которымъ слѣдственное начало вводится еще въ 1200 г. въ духовные суды, и вводится не какъ что-либо новое, а въ томъ предположеніи, что оно заимствуется изъ римскаго права. Далѣе мы находимъ то же слѣдственное начало и въ свѣтскихъ судахъ итальянскихъ республикъ XIII вѣка, но въ такомъ видѣ, что это начало не сразу вытѣсняетъ прежній обвинительный процессъ, а только дополняетъ его на тѣ случаи, когда обвинитель или отсутствуетъ, или медлитъ безъ достаточнаго основанія своимъ обвиненіемъ. Съ подобнымъ положеніемъ дѣла мы встрѣчаемся и въ большомъ уголовномъ законодательствѣ XVI вѣка Карла V, извѣстномъ подъ именемъ „Каролины“, и само собой понятно, что трудность и тяжесть обязанностей, лежащихъ на частномъ обвинителѣ по уголовнымъ дѣламъ, особенно вредятъ обвинительному процессу, который теряетъ все болѣе и болѣе почвы подъ ногами, уступая, наконецъ, полное господство, въ области уголовнаго права, процессу слѣдственному.

Первоначальные недостатки слѣдственнаго процесса, состоящіе въ чрезмѣрно широкой постановкѣ его задачъ,—эта постановка предполагаетъ идеальнаго судью,—въ излишнемъ стремленіи къ матеріальной истинѣ,—это стремленіе идетъ до уничтоженія личности обвиняемаго и смѣшенія роли судьи съ ролью обвинителя,—устраняются послѣдующими и чрезвычайно важными поправками къ слѣдственному началу. Въ ряду этихъ поправокъ довольно вспомнить о введеніи институтовъ прокуратуры и суда присяжныхъ тамъ, гдѣ эти институты не существовали или перестали существовать, объ освобожденіи суда отъ обязанности собирать доказательства, объ уравненіи правъ защиты съ правами обвиненія, о

послѣдовательномъ проведеніи принциповъ устности, гласности и т. д.— для того, чтобы понять, почему уголовный процессъ служитъ всегда показателемъ культурнаго развитія каждой эпохи и однимъ изъ важнѣйшихъ органовъ государственной дѣятельности. Если сюда присоединить, что не только участіе государственной власти въ уголовномъ процессѣ, но и число преступленій, преслѣдуемыхъ по иниціативѣ государства, не перестаютъ расти—особенно, съ XVIII вѣка, то вопросъ о принадлежности къ публичному праву какъ уголовнаго процесса, такъ и уголовнаго права будетъ самъ собой рѣшенъ. Отдѣленіе же уголовнаго процесса, вмѣстѣ съ подлежащими ему преступленіями и наказаніями, отъ гражданскаго процесса и гражданскихъ дѣлъ—есть совершившійся фактъ уже въ XVI в. Вліяніе на это отдѣленіе развитія государственной власти и ея самосознанія не можетъ, послѣ предшествующаго изложенія, быть предметомъ сомнѣнія.

3. Переходъ отъ натуральнаго хозяйства къ денежному.

Хозяйственная жизнь составляетъ содержаніе гражданскаго оборота, въ которомъ происходитъ движеніе семьи, общественныхъ союзовъ и индивида, какъ субъектовъ права, и таково уже вліяніе содержанія на форму, что различнымъ состояніямъ хозяйства соотвѣтствуютъ необходимо и различныя формы—по крайней мѣрѣ, оборотнаго права.

Рѣдкость въ средніе вѣка денегъ, какъ общепризнаннаго мѣрила цѣнности, и господство натуральнаго хозяйства, въ которомъ значеніе для права каждой вещи опредѣляется и исчерпывается ея природными свойствами и дѣлаемымъ изъ нея непосредственно примѣненіемъ, обусловливаютъ слѣдующія черты гражданскаго права.

Все оно тяготѣетъ къ владѣнію, и, преимущественно, земельному, которое не обмѣнивается, не отчуждается и осуждено на неподвижность. Интереса въ мѣновомъ оборотѣ не существуетъ, и все сводится къ неизмѣнному обладанію или пользованію одними и тѣми же благами. Это— деревенское или земское гражданское право (Landrecht), существующее для крестьянъ и юнкеровъ, въ отличіе отъ городского или оборотнаго гражданскаго права, соотвѣтствующаго системѣ денежнаго хозяйства и служащаго не столько земледѣлію, сколько промышленности и торговлѣ. Это городское гражданское право, въ противоположность деревенскому, тяготѣетъ къ мѣновому обороту и ищетъ единства въ правѣ. Партикуляризмы, или различія въ правѣ различныхъ мѣстностей, стѣсняютъ имущественный обмѣнъ, и купецъ, какъ естественный носитель интересовъ этого обмѣна, дѣлается въ то же время и носителемъ идеи единства права. Напротивъ, деревенское гражданское право среднихъ вѣковъ не заинтересовано, вслѣдствіе своей замкнутости, ни въ знаніи чужого

права, ни въ какомъ бы то ни было единствѣ права. Оно разсчитано только на потребности данной мѣстности и исполнено, поэтому, партикуляризмовъ [1]).

Тѣмъ не менѣе, общностью исходной точки натуральнаго хозяйства вызываются и болѣе или менѣе общія повсюду явленія гражданскаго права. Прежде всего, собственность на движимость: украшенія, оружіе, домашнюю утварь, а позднѣе—и на недвижимость, представляетъ собой и при господствѣ натуральнаго хозяйства въ средніе вѣка высшее право на вещь, которое нельзя считать только правомъ пользованія уже потому, что лицо, обладающее этимъ правомъ, можетъ не только пользоваться его предметомъ, но и потреблять его, и обмѣнивать, и въ извѣстномъ смыслѣ—даже продавать. Не надо лишь упускать изъ виду, что вещь имѣетъ здѣсь для ея обладателя не объективную, а субъективную цѣнность, которую, примѣняясь къ современнымъ понятіямъ, можно называть аффекціонной. Что̀ можетъ сто̀ить оружіе въ рукахъ того, кто не способенъ носить его, или домашняя утварь—въ рукахъ постоянно передвигающагося съ мѣста на мѣсто воина, если ни тотъ, ни другой, не имѣютъ возможности получить за эти вещи какой бы то ни было эквивалентъ? Поэтому, собственность въ условіяхъ натуральнаго хозяйства получаетъ значеніе только тогда, когда собственникъ непосредственно пользуется предметомъ своей собственности или прямо употребляетъ его на удовлетвореніе своихъ потребностей. На языкѣ экономическихъ понятій собственность можетъ имѣть здѣсь одну потребительную, но не мѣновую или оборотную цѣнность. Понятно, что и земля, пока ея достаточно для свободной оккупаціи, т.-е. свободнаго занятія ея, обладаетъ въ этихъ условіяхъ цѣнностью только въ видѣ обработанныхъ участковъ, и, если это положеніе дѣла не имѣетъ для собственности иного значенія, кромѣ фактическаго, то въ другія земельныя отношенія оно переходитъ и юридическимъ моментомъ.

Отдавая свою землю внаймы, собственникъ передаетъ на нее на время найма свое право совсѣмъ въ другомъ смыслѣ, чѣмъ онъ дѣлаетъ это впослѣдствіи и въ настоящее время. Наниматель становится къ землѣ въ положеніе до того близкое къ положенію собственника, его господство надъ ней такъ похоже на господство собственности, что то и другое отношеніе считается одинаково вещнымъ правомъ и защищается однимъ и тѣмъ же вещнымъ искомъ, извѣстнымъ въ средневѣковомъ германскомъ правѣ подъ именемъ Gewere. Точно такъ же и залогъ, если имъ хотятъ обезпечить право требованія кредитора, долженъ соединяться съ владѣніемъ заложенной вещью и употребленіемъ ея со стороны кредитора для себя. Иначе залогъ не имѣлъ бы для кредитора цѣнности и не обезпечивалъ бы его права требованія. Отсюда возникаютъ слѣдующія послѣд-

[1]) R. Sohm, Bürgerliches Recht въ сборникѣ Systematische Rechtswissenschaft, стр. 2—3.

ствія для залогового права: оно устанавливается—или 1) уступкой кредитору пользованія заложенной вещью, при чемъ это пользованіе служитъ вознагражденіемъ за оказываемый кредитъ и даетъ, сверхъ того, на все время дѣйствія залога и вещный искъ, защищающій то же пользованіе;—или 2) уступкой кредитору самой собственности на заложенную вещь, которой онъ, если и не располагаетъ, какъ собственникъ, и обязанъ вернуть должнику при исполненіи этимъ послѣднимъ своего обязательства, то оказываетъ удержаніемъ ея въ своихъ рукахъ прямое давленіе на должника, въ смыслѣ понужденія его къ исполненію лежащаго на немъ обязательства;—или, наконецъ, 3) кредитору предоставляется на случай неисполненія должникомъ его обязательства такое право на обезпечивающую это обязательство вещь, которое оторвано съ самаго начала отъ владѣнія вещью, остающейся въ рукахъ собственника. Послѣдняя сдѣлка получаетъ, естественно, практическое значеніе только въ томъ случаѣ, если кредиторъ можетъ признать какую-нибудь цѣнность за выговариваемымъ имъ для себя правомъ. Первыя двѣ изъ указанныхъ формъ залогового права болѣе древни, чѣмъ третья; онѣ соотвѣтствуютъ вполнѣ условіямъ натуральнаго хозяйства и носятъ въ образовавшейся впослѣдствіи терминологіи названіе alte Satzung. Третья форма, называемая neue Satzung, выходитъ, напротивъ, изъ рамокъ натуральнаго хозяйства и представляетъ собой переходъ къ современнымъ формамъ залогового права, соотвѣтствующимъ денежному хозяйству.

Въ наслѣдственномъ правѣ послѣдствія натуральнаго хозяйства выражаются въ томъ, что наслѣдуемые предметы переходятъ лишь къ тѣмъ наслѣдникамъ, которые могутъ пользоваться ими. Оружіе идетъ къ сыновьямъ, домашняя утварь—къ дочерямъ, а стада, остающіяся, по весьма вѣроятному предположенію, въ общемъ обладаніи и по пріуроченіи ихъ къ хозяйству на отдѣльныхъ земельныхъ участкахъ, поступаютъ, вмѣстѣ съ этими послѣдними, къ тѣмъ же сыновьямъ. На равномъ основаніи и приданое, насколько оно заключается въ платьѣ, украшеніяхъ, утвари, остается за женой; въ остальныхъ частяхъ оно не выходитъ изъ семейнаго имущества.

Такимъ образомъ, собственность пріурочивается къ лицамъ, которыя имѣютъ возможность ею пользоваться, и участки земли, распредѣляемые общиной между своими членами, служатъ только этимъ послѣднимъ, вкупѣ съ ихъ семьями. Дворъ и принадлежащая къ нему земля составляютъ достояніе семьи, и это положеніе сохраняетъ силу даже тогда, когда дворъ и земля превращаются въ частную собственность. Ее нельзя еще отчуждать, или, если отчужденіе впослѣдствіи допускается, то не иначе, какъ съ согласія членовъ семьи, въ качествѣ наслѣдниковъ вообще или ближайшихъ наслѣдниковъ въ этой собственности. Даже кредиторы, если они не ссылаются на особую сдѣлку съ наслѣдниками, не могутъ обратить своихъ взысканій на земельную собственность. Владѣлецъ ея, при отсут-

ствіи другого имущества, все равно объявляется несостоятельнымъ должникомъ, если бы даже лежащіе на немъ долги покрывались въ нѣсколько разъ цѣнностью этой собственности. Отсюда получается такое странное, съ точки зрѣнія современныхъ намъ представленій, положеніе имущества. Собственникъ распоряжается свободно одной движимостью и расплачивается ею со своими кредиторами или потому, что эта движимость составляетъ его личную собственность, или потому, что она принадлежитъ подвластнымъ ему лицамъ. Недвижимость, напротивъ, изъята какъ изъ распоряженія собственника, такъ и власти кредиторовъ, которыхъ претензіи могутъ быть удовлетворены только изъ одной и, притомъ, вовсе не наиболѣе цѣнной части имущества должника.

Съ такимъ положеніемъ вещей связываются два существенно важныя послѣдствія. Во-1-хъ, никто въ подобныхъ условіяхъ не можетъ пользоваться личнымъ кредитомъ, или этотъ личный кредитъ, во всякомъ случаѣ, весьма ограниченъ. Вступая въ обязательственныя отношенія, нельзя разсчитывать на удовлетвореніе изъ наиболѣе цѣннаго недвижимаго имущества должника, а движимости представляютъ въ это время слишкомъ мало цѣнности—для того, чтобы гарантировать какія бы то ни было обязательства. Поэтому кредитъ въ настоящихъ условіяхъ можетъ быть только реальный, и онъ устанавливается добавочными соглашеніями съ наслѣдниками по обладанію той или другой недвижимостью и залоговыми сдѣлками по той же недвижимости. До установленія частной собственности на землю, въ современномъ значеніи этого понятія, указанный пробѣлъ пополняется совокупнымъ поручительствомъ по тѣмъ или другимъ обязательствамъ всѣхъ или нѣсколькихъ членовъ того общественнаго союза, которому принадлежитъ обязывающееся лицо. Во-2-хъ, личные долги, не обезпеченные опредѣленнымъ имуществомъ или поручительствомъ, обязываютъ только лицо, ихъ заключающее, и не переходятъ на наслѣдниковъ. Наслѣдство передается безъ долговъ въ указанномъ выше порядкѣ: сыновьямъ—оружіе, дочерямъ—утварь, семьѣ—дворъ со всѣми его принадлежностями, а кредиторамъ остается охранять свои права лишь путемъ залога и группового поручительства. Наслѣдованія въ римскомъ и современномъ намъ смыслѣ универсальнаго преемства не существуетъ.

Вотъ въ общихъ чертахъ древне-германское имущественное право, которое повторяется въ своихъ крупнѣйшихъ штрихахъ и въ правѣ славянскихъ народовъ, и можетъ называться, по всей справедливости, имущественнымъ правомъ системы натуральнаго хозяйства.

Смѣняющая натуральное хозяйство система денежнаго хозяйства слагается подъ вліяніемъ скопленія запасовъ денегъ, расширенія оборота, роста личности, рецепціи римскаго права и другихъ факторовъ, на которыхъ мы не имѣемъ возможности останавливаться въ нашемъ изложеніи. Ограничимся указаніемъ, что система денежнаго хозяйства отправляется отъ противоположнаго натуральному хозяйству принципа. Объектъ

права, вещь, имѣетъ въ системѣ денежнаго хозяйства значеніе не только для того, кто имъ пользуется или его употребляетъ, но и для всего оборота: превратимость вещи въ деньги дѣлаетъ изъ нея, какъ бы, звонкую монету. Поэтому и власть собственника надъ его вещью становится въ хозяйственномъ смыслѣ шире, въ юридическомъ—многообразнѣе. Ссуда, наемъ, залогъ развиваются свободнѣе и разностороннѣе. Эманципированная личность проявляетъ въ оборотѣ несравненно болѣе силы и иниціативы; она постоянно покупаетъ, продаетъ, заключаетъ займы и спекулируетъ какъ своимъ, такъ и чужимъ имуществомъ. На мѣсто связаннаго реальнаго кредита вступаетъ свободный личный кредитъ; имущество обращается въ единство, котораго активъ служитъ для покрытія пассива, и наслѣдственное право развивается въ преемство, охватывающее всю совокупность правъ и обязанностей наслѣдодателя.

Присоединимъ къ сказанному еще чрезвычайное развитіе договорнаго права, находившагося до того въ зачаточномъ состояніи, и освобожденіе обязательства отъ неразрывной въ прежнее время связи его съ личностью управомоченнаго субъекта. Такъ какъ дѣло идетъ объ оборотной цѣнности, то не все ли равно для должника, кому онъ заплатитъ по своему обязательству? Въ своей оборотной функціи обязательство остается неизмѣннымъ какъ при одномъ, такъ и при другомъ управомоченномъ субъектѣ. Поэтому, нѣтъ болѣе рѣчи и объ ограниченіяхъ цессіи, или уступки правъ по имущественнымъ обязательствамъ, если не имѣть въ виду совсѣмъ особыхъ отношеній, какими являются, напр., права мужа въ имуществѣ жены. Нѣтъ болѣе основанія ограничивать и прямое представительство, не допускаемое древнимъ правомъ; новыя законодательства вводятъ его безъ колебанія въ институты обязательственнаго права, подвергая ихъ этимъ существеннымъ измѣненіямъ.

Изъ функціи обязательства, какъ оборотнаго объекта, вытекаетъ и безразличіе для вопроса о его дѣйствительности всѣхъ моментовъ, заключенныхъ внутри, т.-е. въ сознаніи участвующихъ въ немъ лицъ. Этотъ вопросъ рѣшается на основаніи объективнаго критерія, лежащаго въ представленіяхъ и воззрѣніяхъ гражданскаго оборота. Такъ какъ съ извѣстными словами соединяется здѣсь извѣстный смыслъ, то стороны, употребляя въ сдѣлкѣ слова, имѣющія такой опредѣленный смыслъ, связываются ими даже въ томъ случаѣ, если ихъ дѣйствительная воля противорѣчитъ той, которую онѣ изъявляютъ. Такъ устраняется или, по крайней мѣрѣ, видоизмѣняется, какъ мы увидимъ это ниже, исповѣдуемый старой юриспруденціей догматъ воли, въ его примѣненіи къ обсужденію ошибки, притворства и другихъ обстоятельствъ, способныхъ опорочивать заключеніе договоровъ, особенно—между отсутствующими.

Затрагивается, наконецъ, и послѣдній оплотъ натуральнаго хозяйства — недвижимая собственность: она подвергается путемъ ипотекъ и закладныхъ листовъ такой усиленной мобилизаціи, что въ этомъ отно-

шеніи ее нельзя почти отличить отъ собственности на денежные капиталы.

Изъ всего изложеннаго трудно не усмотрѣть близкой связи между вліяніемъ на строй гражданскаго права системъ натуральнаго и денежнаго хозяйства, съ одной стороны, и очерченныхъ выше процессовъ освобожденія личности и развитія государственной власти — съ другой стороны. Скопленіе запасовъ оборотнаго имущества и укрѣпленіе личнаго кредита окрыляютъ стремленіе личности къ свободѣ и развиваютъ дѣятельность государства для регулированія этой свободы. Освобожденная личность и пришедшее къ сознанію своихъ задачъ государство требуютъ учрежденій и нормъ, обезпечивающихъ безпрепятственное развитіе вновь возникающихъ формъ хозяйства и участія личности какъ въ имущественномъ оборотѣ, такъ и въ другихъ, имѣющихъ для нея не менѣе существенное значеніе, сферахъ правовой жизни. Въ результатѣ всѣхъ трехъ процессовъ получается обособленіе гражданскаго права отъ публичнаго и идущая все далѣе и далѣе дифференціація отдѣльныхъ институтовъ того и другого права. Какъ на примѣры этой дифференціаціи въ области гражданскаго права можно указать, сверхъ приведенныхъ уже случаевъ: превращеніе правъ пользованія членовъ поземельной общины въ ихъ частную собственность; установленіе защиты владѣнія въ типической формѣ средневѣковаго института Gewere и позднѣйшей actio spolii; привлеченіе кредитныхъ сдѣлокъ въ разрядъ исковыхъ договоровъ, вмѣстѣ съ отмѣной каноническаго запрета процентовъ; обособленіе брака отъ купли-продажи, въ формѣ которой онъ прежде заключался; выдѣленіе настоящаго залога отъ продажи съ правомъ обратной покупки; разграниченіе дареній на случай смерти отъ прижизненныхъ распоряженій тѣмъ или другимъ имуществомъ; допущеніе неизвѣстныхъ древнему праву завѣщаній, отличныхъ отъ наслѣдственныхъ договоровъ; новыя формы найма, поручительства и т. д. [1]).

Б) Догматическое соотношеніе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ.

Догматически публичное и гражданское право связаны между собой такъ тѣсно, что самый вопросъ о различіи того и другого можетъ ставиться не для права вообще, а лишь для той или иной единичной или группы близкихъ между собой системъ права. Каждая система права можетъ разрѣшать этотъ вопросъ по-своему и, притомъ, не одинаково на различныхъ ступеняхъ своего развитія, но всегда въ зависимости отъ господствующихъ въ данное время и въ данномъ мѣстѣ представленій

[1]) Huber, ук. соч.

объ общей пользѣ, государственномъ вмѣшательствѣ, свободѣ личности, и различныхъ матеріальныхъ условій исторической жизни. Такъ, наприм., въ нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи существовали до конца XVIII в., а въ Испаніи существуютъ и до настоящаго времени частныя ассоціаціи, преслѣдующія чисто полицейскія цѣли. Множество правонарушеній, относимыхъ прежде въ область гражданскаго права,—это такъ наз. delicta privata — превращаются въ преступленія публичнаго права, delicta publica, тогда какъ вознагражденіе за ущербъ, наносимый совершеніемъ этихъ послѣднихъ, отыскивается потерпѣвшими лицами въ томъ же судѣ, который разбираетъ эти преступленія, и удерживаетъ характеръ гражданскаго права. Точно такъ же интересы народнаго и высшаго образованія охраняются и теперь въ однѣхъ странахъ въ формахъ организаціи публичнаго права, въ другихъ—предоставлены вполнѣ или отчасти на произволъ личной иниціативы. Существуютъ, наконецъ, институты, сплетенные изъ элементовъ публичнаго и гражданскаго права и стоящіе, какъ бы, на рубежѣ того и другого: таковы, напр., римскія actiones populares, современное промышленное право, общинное, сословное право и т. д.

Такая тѣсная связь, и въ предѣлахъ каждаго отдѣльнаго законодательства, между публичнымъ и гражданскимъ правомъ,—связь, позволяющая видѣть въ томъ и другомъ „двѣ стороны одного и того же отношенія“ (Аренсъ),—опирается, съ одной стороны, на общность предмета или матеріала публичнаго и гражданскаго права, и съ другой—на взаимное отношеніе между индивидомъ и обществомъ. Экономическій и культурный элементы, предполагаемые правомъ, не принадлежатъ односторонне ни одной изъ его областей и составляютъ общій предметъ какъ публичнаго, такъ и гражданскаго права. Надъ тѣмъ и другимъ возвышается право, „единое“ въ своемъ основаніи, охватывающее всю соціальную жизнь и дающее содержаніе какъ публичному, такъ и гражданскому праву. Поэтому и догматическое различіе между тѣмъ и другимъ не можетъ быть инымъ, какъ условнымъ и дѣлаемымъ исключительно въ учебныхъ и практическихъ цѣляхъ, разсчитанныхъ на то, чтобы достигнуть возможной обозримости огромнаго матеріала, представляемаго совокупностью права и подчиненнаго въ своемъ цѣломъ единой закономѣрности.

Это объясняетъ какъ постоянное заимствованіе публичнымъ правомъ понятій гражданскаго, и наоборотъ, такъ и непрерывное передвиженіе изъ одной области въ другую нормъ того и другого права. Напр., теорія гражданскаго права не перестаетъ оперировать понятіями нормы, власти, господства, компетенціи и т. п., не взирая на то, что всѣ эти понятія принадлежатъ публичному праву. Она привлекаетъ также въ свою систему институты, составляющіе достояніе публичнаго права: напр., ипотечныя учрежденія и экспропріацію—въ ученіе о собственности,

правительственную опеку — въ ученіе объ опекѣ, сооруженія противъ разрушительнаго дѣйствія воды—въ водное право, и т. д. Публичное право, въ свою очередь, не только пользуется, но и злоупотребляетъ въ своихъ конструкціяхъ понятіями субъективнаго права, договора, делегаціи и т. д.

Можно еще вспомнить, что англійская система Common law, или судебнаго обычнаго права, заключаетъ въ себѣ до сихъ поръ не только нормы о моемъ и твоемъ, объ отношеніяхъ между супругами, родителями и дѣтьми и т. д., но и нормы о различныхъ отношеніяхъ государственной жизни, представляя такимъ образомъ разительный случай удержанія, на пространствѣ около двухъ тысячелѣтій, сознанія объ единствѣ всего права. Если на континентѣ Европы это сознаніе, подъ вліяніемъ рецепціи римскаго права, индивидуалистическаго теченія въ юриспруденціи и господства формальной методы, было на нѣкоторое время затемнено, то теперь оно несомнѣнно возвращается. Двухчленное дѣленіе права на гражданское и публичное есть со времени рецепціи римскаго права фактъ, съ которымъ необходимо считаться. Это дѣленіе лежитъ теперь въ основаніи системы права всего европейскаго континента и имѣетъ то практическое значеніе, что осуществленіе гражданскаго права ставится въ зависимость, какъ это намъ уже извѣстно, отъ усмотрѣнія управомоченнаго лица, могущаго, слѣдовательно, и отказаться отъ такого осуществленія, тогда какъ о публичномъ правѣ приходится сказать какъ разъ противоположное (jus publicum privatorum pactis mutari non potest [1]). Сюда присоединяется спеціально для Германіи еще то соображеніе, что ея новое гражданское право регулируетъ только гражданское право, предоставляя партикулярнымъ законодательствамъ вѣдать почти все публичное право [2]).

Но какъ ни важно указанное различіе, признаніе за нимъ одного дидактическаго и практическаго значенія, обусловленнаго, съ одной стороны, мотивами раздѣленія труда, а съ другой—соображеніями о подсудности, дѣлается все распространеннѣе. И болѣе точная оцѣнка отношенія между индивидомъ и обществомъ играетъ въ этомъ признаніи не послѣднюю роль. Не индивидъ для общества, и не общество для индивида, какъ это принимается

---

[1]) То и другое правило допускаетъ, однако, исключенія: существуютъ гражданскія права, отъ которыхъ нельзя отказаться, напр., права состоянія, права личности, нѣкоторыя семейныя права, и т. д., какъ существуютъ и публичныя права, не исключающія отказа отъ ихъ осуществленія (см. особенно Bülow, Ueber das sg. dispositive Civilprocessrecht, въ Archiv für civilistiche Praxis B. 61).

[2]) Поэтому не подвѣдомственностью каждаго возникающаго спора той или другой юрисдикціи опредѣляется здѣсь принадлежность этого спора гражданскому или публичному праву, а, напротивъ, той или другой принадлежностью спора опредѣляется и подвѣдомственность его либо общеимперскому уложенію, либо партикулярнымъ законодательствамъ. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900, I, стр. 76.

двумя взаимно исключающими міровоззрѣніями, изъ которыхъ одно называютъ индивидуалистическимъ, а другое—этатическимъ, но индивидъ и общество другъ для друга,—вотъ положеніе, которымъ опредѣляется и единство всего права, и условность соотношенія между его обоими отдѣлами. Публичное и гражданское право теперь раздѣлены, но вмѣстѣ съ тѣмъ и объединены. Публичное право исходитъ отъ государственной власти, но признаетъ за индивидомъ и за соединеніями индивидовъ самостоятельныя права, обезпеченіе которыхъ и противъ нарушающихъ ихъ органовъ власти даетъ понятіе „правового государства“. Гражданское право исходитъ отъ индивида и его свободы, но не только не отрываетъ индивида отъ общества, а скорѣе подчеркиваетъ связь того и другого, отрицая этимъ самымъ чисто индивидуалистическое построеніе своихъ институтовъ. Право распоряженія собственника его имуществомъ и свобода вступленія въ договоры находятъ свои границы въ соображеніи жизненныхъ интересовъ общества, и ни одно право, вопреки противоположному взгляду римскихъ юристовъ, не должно извращаться въ злоупотребленіе имъ, клонящееся ко вреду другого (см. § 226 новаго граждан. улож. Германіи).

Выше было разъяснено, какъ съ развитіемъ правоспособности личности идетъ параллельно и усиленіе ея отвѣтственности, распространяемой на всякое нарушеніе чужого права. Вытекающіе отсюда институты современнаго оборотнаго права, какъ, напр., усиленную отвѣтственность предпринимателей, страхованіе рабочихъ и т. д., позволительно считать коррективами къ индивидуалистическому принципу новой юриспруденціи и указаніемъ на соціальныя задачи, преслѣдуемыя гражданскимъ правомъ, наравнѣ съ публичнымъ — уже въ силу принципа единства права. Изъ сказаннаго не слѣдуетъ только заключать, даже догматически, какъ это дѣлаютъ многіе юристы, къ опредѣляющему значенію ни публичнаго права для гражданскаго, ни обратно—гражданскаго права для публичнаго. Первое заключеніе, весьма популярное среди современныхъ намъ нѣмецкихъ этатистовъ, но формулированное еще Ф. Бэкономъ въ словахъ: „jus privatum sub tutela juris publici latet“, ведетъ къ деспотизму и забвенію юридической категоріи лица; второе — къ индивидуализму, разлагающему собой не только гражданское, но и публичное право. Ни то, ни другое—не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, въ которой публичное и гражданское право стоятъ въ отношеніи взаимной зависимости и соподчиненія, а не предшествованія другъ другу—даже въ логическомъ смыслѣ,—или поглощенія одного другимъ.

Скажемъ, въ заключеніе, нѣсколько словъ о роли гражданскаго права въ общемъ процессѣ культурнаго развитія.

На гражданское право опирается соціальное существованіе каждаго прогрессирующаго общества. Появленіе его равносильно появленію индивида въ исторіи, т.-е. личной энергіи, освобожденной отъ крѣпости къ

стадной жизни. Въ этой стадной жизни нѣтъ ничего, кромѣ грубой борьбы за существованіе и деспотизма союзныхъ формъ. Освобожденіе отъ нея есть необходимое условіе прогресса, и въ немъ лежитъ ключъ къ пониманію гражданскаго права. Оно создаетъ почву, на которой индивидъ свободно двигается, которой онъ свободно располагаетъ, достигаетъ на ней полноты своего развитія и дѣлается главнымъ агентомъ культуры. И чѣмъ полнѣе свобода индивида, питаемая и укрѣпляемая гражданскимъ правомъ, тѣмъ выше и эта культура.

Гражданское право получаетъ значеніе такого же необходимаго условія и элемента культуры, какъ и индивидуальная свобода. Объяснить это тѣмъ легче, что, и независимо отъ внутренней связи съ индивидуальной свободой, гражданское право имѣетъ дѣло съ важнѣйшими и наиболѣе общими цѣлями человѣческой жизни. Таковы, напр., сохраненіе и развитіе индивидуальнаго бытія, продолженіе рода, удовлетвореніе матеріальныхъ и духовныхъ потребностей, общихъ всѣмъ людямъ, благоустроенная семейная жизнь, права личности и т. д. И если какіе-нибудь интересы заслуживаютъ названіе общихъ или „публичныхъ“—это, конечно, упомянутые сейчасъ интересы, по сравненію съ которыми все, что̀ называютъ теперь публичнымъ интересомъ, т.-е. то, что̀ относится къ традиціонной государственной жизни, само собой отступаетъ на задній планъ. Вотъ почему недавно умершій и замѣчательно талантливый австрійскій юристъ А. Менгеръ и думалъ, что публичное право служитъ только средствомъ для достиженія несравненно болѣе важныхъ цѣлей гражданскаго права [1]),—мысль, противъ которой можно было бы не возражать, если бы отъ нея, согласно соціалистическому идеалу, не дѣлалось заключенія о передачѣ всѣхъ функцій гражданскаго права въ руки государства. Это значитъ, въ сущности, упразднять гражданское право и возвращаться къ государственному абсолютизму, который далъ уже въ исторію свою отрицательную пробу, и отъ котораго мы и въ будущемъ не можемъ ждать ничего равноцѣннаго свободѣ.

IV.

Область гражданскаго права.

Въ область гражданскаго права входятъ личныя, семейныя и имущественныя отношенія. Поэтому гражданское право и опредѣляется не рѣдко,—особенно во французской юридической литературѣ, мало считающейся съ правами личности,—какъ такая часть дѣйствующаго законодательства, которая занимается семейными и имущественными отношеніями.

[1]) A. Menger, Neue Staatslehre, 1904, стр. 16—28 (существуетъ нѣсколько русскихъ переводовъ).

Но нѣкоторые юристы еще болѣе ограничиваютъ область гражданскаго права, закрѣпляя за ней одни имущественныя отношенія, и суживаютъ даже эти послѣднія, указывая на собственность и обязательства, какъ на спеціальный предметъ гражданскаго права. Это само собой исключаетъ изъ его области какъ права личности, такъ и семейныя отношенія, не допускающія подчиненія себя нормамъ одного имущественнаго права.

Всѣ подобные казуистическіе пріемы опредѣленія области гражданскаго права слѣдуетъ признать неправильными, такъ какъ содержаніе принадлежащихъ къ ней отношеній постоянно измѣняется не только во времени и въ пространствѣ, но и въ составѣ одного и того же законодательства, не ограничиваясь, по крайней мѣрѣ, въ настоящемъ, ни имуществомъ, ни семействомъ.

Возьмемъ, прежде всего, права личности и посмотримъ, насколько основательно исключеніе ихъ изъ области гражданскаго права. Эти права, несмотря на свое разнообразіе, сводятся къ признанію неприкосновенности и нравственнаго достоинства личности. Сюда принадлежатъ права на жизнь, свободу, честь, продукты труда, произведенія различныхъ видовъ духовной дѣятельности и т. д. Всѣ эти права появляются на исторической сценѣ не сразу, а постепенно, въ зависимости отъ условій культурнаго развитія, и объединяются тѣмъ общимъ признакомъ, что они служатъ одинаково признанію за личностью ея нравственной цѣнности. Въ условіяхъ современной жизни эти права составляютъ высшее и драгоцѣннѣйшее изъ правъ индивида уже потому, что они имѣютъ своимъ предметомъ высшія и драгоцѣннѣйшія человѣческія блага. И такъ какъ эти же блага тѣсно связаны съ каждымъ индивидомъ и охранены въ его отношеніяхъ къ другимъ индивидамъ, то о принадлежности ихъ гражданскому праву едва-ли возможно какое-нибудь сомнѣніе.

Тѣмъ не менѣе, господствующее до сихъ поръ въ юридической литературѣ мнѣніе считаетъ право личности только предположеніемъ другихъ правъ, но не самостоятельнымъ правомъ и, основываясь на томъ, что оно охраняется преимущественно въ порядкѣ публичнаго права, переводитъ его цѣликомъ въ область этого послѣдняго [1]). Но мы не видимъ, почему изъ предполагаемости права личности другими правами слѣдуетъ заключать къ несамостоятельности этого права, и почему защитой права должна опредѣляться его природа, а не, наоборотъ, природой права—его защита. Съ другими недостатками современной поста-

[1]) См. особенно Savigny, System des heutigen römischen Rechts, I, стр. 335; Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I, § 24, и H. Windcheid-Kipp, Lehrbuch des Pandectenrechts, I, § 37 и 40. 8-te Aufl. Наиболѣе рѣшительно за гражданское право личности высказываются: Regelsberger, Pandekten, I, 1893, § 50; Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 703; Kohler Autorrecht, стр. 129; Archiv für bürgerliches Recht X, стр. 270.

новки ученія о правѣ личности мы ознакомимся впослѣдствіи, при спеціальномъ разсмотрѣніи этого ученія, и присоединимъ здѣсь къ приведеннымъ уже соображеніямъ въ пользу его самостоятельности еще слѣдующія.

Ни одно организованное общежитіе не въ состояніи было бы обойтись безъ нормъ, обезпечивающихъ цѣлость человѣческой личности, ея свободу, ея заработокъ и т. д. Не будь этихъ нормъ, никто не былъ бы увѣренъ въ своей жизни, безопасности, и даже имуществѣ, и не разъ замѣчалось, что, если бы мы представили себѣ такое общество, которое состояло бы сплошь изъ преступниковъ, то и это общество настояло бы прежде всего на соблюденіи нормъ, ограждающихъ личныя блага составляющихъ его членовъ. Обращаясь отъ этого апріорнаго соображенія къ наблюденію, мы видимъ, что всѣ положительныя законодательства заключаютъ въ себѣ нормы, ограждающія такъ или иначе неприкосновенность личности и непосредственно связанныхъ съ нею благъ. Если же неприкосновенность личности признается общественной властью, какъ защищаемое ею благо, то защита этого блага должна быть правомъ: иначе нарушеніе его не считалось бы правонарушеніемъ. Слѣдовательно, нельзя сомнѣваться, что нормы, защищающія жизнь, свободу, честь и другія личныя блага человѣка, суть юридическія нормы.

Но допустимъ, что отношеніе этихъ нормъ къ гражданскому праву можно было бы считать установленнымъ лишь настолько, насколько нарушеніе ихъ давало бы защищаемымъ ими лицамъ иски на устраненіе произведеннаго нарушенія, и признаемъ, что значительное большинство нормъ, охраняющихъ личность, изъято отъ дѣйствія личной иниціативы: защищая личность независимо отъ ея воли, онѣ осуществлялись бы государственной властью непосредственно и относились бы поэтому къ публичному праву. Это объяснитъ намъ, почему гражданское право личности, даже признаваемое нѣкоторыми юристами, какъ, напр., Пухтой, Брунсомъ, Виндшейдомъ, Іерингомъ и др., не получаетъ, однако, и въ ихъ трудахъ никакого развитія.

Мы не возражали бы противъ такого положенія дѣла, если бы всѣ нормы, охраняющія личность, осуществлялись дѣйствительно иниціативой государственной власти, независимо отъ личной дѣятельности заинтересованнаго субъекта права. На практикѣ мы наблюдаемъ, однако, совсѣмъ иное, и какъ въ имущественныхъ правахъ нарушеніе послѣднихъ вызываетъ рядомъ съ уголовнымъ преслѣдованіемъ и гражданскіе иски, такъ и нарушеніе правъ личности даетъ мѣсто не только государственному, но и частному преслѣдованію. Это мы видимъ, напр., въ случаяхъ напечатанія пасквилей, оскорбительныхъ изображеній, присвоенія и пользованія однимъ лицомъ именемъ или званіемъ другого, во многихъ случаяхъ нарушенія правъ свободы и пр. Очевидно, что, встрѣчаясь въ такихъ случаяхъ съ чисто-гражданскими исками, мы должны признать и гражданскія права личности, которыя, несмотря на свою малочислен-

ность сравнительно съ защитой личности въ публичномъ порядкѣ, должны составить собой особый институтъ гражданскаго права.

Что касается исключенія изъ гражданскаго права семейныхъ отношеній, то, допуская еще оправданіе для древнѣйшихъ состояній, предшествующихъ обособленію семьи изъ публичнаго права, оно противорѣчитъ явно послѣдующимъ и современнымъ состояніямъ гражданскаго права, когда семья, освобожденная отъ своихъ элементовъ публичнаго права, выходитъ рѣшительно изъ этой области и располагается въ рамкахъ гражданскаго права.

Наконецъ, еще важный недосмотръ господствующаго опредѣленія области гражданскаго права составляетъ исключеніе изъ этой области защиты неимущественныхъ интересовъ. Это исключеніе является, притомъ, либо полнымъ, либо ограниченнымъ важнѣйшими отраслями гражданскаго права, его вещнымъ и обязательственнымъ правомъ, гдѣ защита неимущественныхъ интересовъ исключается опять или вполнѣ, или только отчасти. На неправильность полнаго исключенія неимущественныхъ интересовъ изъ гражданскаго права,—исключенія, которое отрѣзываетъ у него какъ семейное, такъ и все право личности, насколько то и другое выступаютъ не въ имущественной оболочкѣ,—мы уже указывали, и остановились теперь подробнѣе на частичномъ исключеніи этихъ же интересовъ только изъ институтовъ вещнаго и обязательственнаго права. Этотъ вопросъ требуетъ особенно внимательнаго разсмотрѣнія уже потому, что онъ очень споренъ въ нашей наукѣ и касается самаго существа интересовъ, защищаемыхъ гражданскимъ правомъ.

Всего менѣе господствующее ученіе можетъ быть допущено въ формѣ, данной ему доктриной „общаго права“ Германіи, которая, не говоря уже о вещномъ правѣ, ставитъ необходимымъ условіемъ и обязательственнаго права наличность имущественнаго интереса не у кого другого, какъ у каждаго кредитора по каждому данному обязательству. Смягченную форму этого ученія представляетъ требованіе имущественнаго интереса не у кредитора, а у третьихъ лицъ, когда, напр., я договариваюсь съ врачемъ о томъ, чтобы онъ оказывалъ медицинскую помощь какой-нибудь бѣдной семьѣ, или приглашаю къ себѣ на вечеръ пѣвца для увеселенія гостей. Въ обоихъ случаяхъ я не извлекаю имущественной выгоды отъ заключенныхъ мною договоровъ, которые имѣютъ, однако, имущественную цѣнность для лицъ, получающихъ услуги врача и пѣвца въ томъ смыслѣ, что получаемыя ими услуги оплачиваются въ оборотѣ деньгами. Но и въ формѣ такого распространеннаго до неузнаваемости понятія имущественнаго интереса, требованіе этого послѣдняго, какъ условія защиты гражданскаго права, не можетъ быть признано правильнымъ. Какъ оспоривать дѣйствительность договоровъ, которые осуществляютъ только идеальные интересы и вовсе не стремятся къ какой бы то ни было имущественной выгодѣ, т.-е. выгодѣ, добываемой деньгами? Таковъ былъ бы, напр.,

договоръ, которымъ я обязался бы совершить изслѣдованіе сѣвернаго полюса или планеты Марсъ, равно какъ и другія дѣйствія, совсѣмъ не переложимыя на деньги [1]).

Считая вещныя и обязательственныя отношенія исключительно имущественными, господствующее ученіе исходитъ изъ двухъ одинаково произвольныхъ предположеній. Во-1), правовой порядокъ, представляющій собой порядокъ разнообразнѣйшихъ отношеній, отождествляется съ порядкомъ только имущественныхъ отношеній, вовсе не покрывающихъ всего правового порядка. Во-2), предметомъ гражданскаго права предполагаются только такіе интересы, которые могутъ быть сведены на деньги. Это предположеніе представляетъ собой опять не что иное, какъ petitio principii: все, что не получаетъ денежнаго эквивалента, исключается изъ вѣдѣнія гражданскаго права только потому что это послѣднее принимается произвольно за область однихъ имущественныхъ отношеній. И наиболѣе послѣдовательные между юристами господствующаго ученія требуютъ уже поэтому исключенія какъ семейныхъ, такъ и всѣхъ другихъ неимущественныхъ отношеній.

Получивъ господствующее значеніе со времени Савиньи и Пухты, этотъ взглядъ сталъ опредѣлять собой съ этихъ поръ практику нѣмецкихъ судовъ и проникъ также къ намъ, встрѣтивъ ревностныхъ защитниковъ въ лицѣ Мейера, Вл. Умова и, въ особенности, Кавелина. Наша судебная практика руководствуется въ большинствѣ случаевъ этимъ же взглядомъ, т.-е исключаетъ изъ гражданскаго права всѣ неимущественные интересы. Но гдѣ опоры для этого взгляда? Онѣ лежатъ, повидимому, съ одной стороны, въ нѣкоторыхъ общихъ выраженіяхъ римскихъ юристовъ, а съ другой — въ томъ обстоятельствѣ, что гражданское право, какъ будто, и дѣйствительно не располагаетъ средствами для защиты неимущественныхъ отношеній—вслѣдствіе непереводимости этихъ послѣднихъ на денежный эквивалентъ, составляющій существо имущественныхъ отношеній. Мы увидимъ сейчасъ, что оба основанія изложеннаго взгляда неправильны, и поэтому не удивительно, что лучшіе нѣмецкіе цивилисты, какъ, напр., Виндшейдъ, Унгеръ, Іерингъ и многіе другіе, протестуютъ противъ него, хотя все-таки продолжаютъ, въ силу традиціи, называть вещныя и обязательственныя отношенія имущественнымъ правомъ. Что касается судебной практики, то въ Англіи, Франціи, Бельгіи, Швейцаріи она держится уже давно противоположнаго взгляда и рѣшительно включаетъ неимущественные интересы въ область гражданскаго права.

О римскихъ юристахъ можно сказать, что, несмотря на отрицаніе ими въ нѣкоторыхъ общихъ формулахъ, не имѣющихъ большого значенія, защиты неимущественныхъ отношеній, они сами удостовѣряютъ

---

[1]) Kohler, Bürgerliches Recht въ Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft, 6-te Aufl., 1904, I, стр. 646.

въ цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ случаевъ (способъ разрѣшенія которыхъ составляетъ всю силу римской юриспруденціи) существованіе правъ, въ содержаніи коихъ нельзя замѣтить и слѣда имущественнаго интереса. Укажемъ, для примѣра, на нѣсколько такихъ случаевъ. Въ вещныхъ отношеніяхъ римскіе юристы признавали сервитутъ вида (servitus prospectus) независимо отъ всякаго имущественнаго интереса и сервитутъ водопровода (servitus aquaeductus) даже въ томъ случаѣ, когда вода проводилась не для хозяйственныхъ потребностей, а ради одного удовольствія: устройства фонтана, водопада. Далѣе, они допускали и существованіе обязательствъ, не имѣющихъ вовсе имущественнаго характера, какъ напр., обязательство воздвигнуть памятникъ наслѣдодателю, обязательство покупщика къ хорошему обращенію съ рабомъ, купленнымъ на этомъ условіи, и пр. Въ римскомъ правѣ мы находимъ и иски, которые защищали личность противъ всевозможныхъ физическихъ и нравственныхъ посягательствъ на ея права (actiones injuriarum, actiones arbitrariae и т. д.). Здѣсь же мы знакомимся впервые съ такъ называемыми популярными исками, которые могли предъявляться каждымъ и преслѣдовать въ гражданскомъ порядкѣ дѣйствія, затрагивающія такъ же массу неимущественныхъ интересовъ. Принявъ все это во вниманіе, у насъ не останется сомнѣнія въ томъ, что римское право защищало неимущественные интересы наравнѣ съ имущественными, защищало ихъ путемъ гражданскихъ исковъ, и, притомъ, въ самыхъ широкихъ размѣрахъ.

Если же неимущественные интересы защищались уже въ Римѣ, то потребность въ защитѣ ихъ при настоящемъ развитіи гражданской жизни и общественныхъ отношеній должна чувствоваться не менѣе, а болѣе сильно, чѣмъ въ Римѣ. Наше умственное и общественное развитіе принесло съ собой то, что мы цѣнимъ теперь многіе духовные интересы выше матеріальныхъ и требуемъ защиты ихъ во имя не только нашихъ личныхъ, но и общихъ интересовъ, составляющихъ верховный принципъ права. Для иллюстраціи такого соотвѣтствія защиты неимущественныхъ интересовъ съ высшими культурными задачами общества, укажемъ на двѣ главныя группы отношеній, гдѣ эта защита выступаетъ въ особенно яркихъ формахъ.

А. Отношенія, возникающія изъ дѣятельности крупныхъ предпріятій.

Отъ неисправнаго веденія многихъ общественныхъ и частныхъ предпріятій могутъ происходить неисчислимыя бѣдствія. При дурной администраціи желѣзныхъ дорогъ, пароходовъ и др. подобныхъ предпріятій мы подвергаемъ опасности самые дорогіе, хотя, быть можетъ, и неимущественные интересы нашей жизни, нашего здоровья и т. д. Эти блага

могутъ имѣть имущественное значеніе, но могутъ и не имѣть его. Предположимъ, что несостоятельный рабочій лишается рукъ или ногъ при крушеніи желѣзнодорожнаго поѣзда. Слѣдуя теоріи, господствующей у насъ и въ Германіи, судъ можетъ присудить ему съ желѣзнодорожнаго управленія убытки за леченіе и имущественный эквивалентъ увѣчья, т.-е. соотвѣтствующее его личному и общественному положенію вознагражденіе, имѣющее цѣлью замѣнить тотъ заработокъ, который онъ не можетъ болѣе добывать собственнымъ трудомъ. Но допустимъ, что потерпѣвшее лицо— богатый человѣкъ, поддерживающій свое существованіе не ручнымъ трудомъ, а доходами съ пріобрѣтеннаго или наслѣдственнаго имущества. Неужели въ этомъ случаѣ предприниматель или другія лица, отъ небрежности которыхъ произошло несчастье, должны быть свободны отъ гражданской отвѣтственности только потому, что понесенный здѣсь вредъ не можетъ быть переложенъ на рыночную цѣнность? Такъ выходитъ по господствующей теоріи, напрасно ссылающейся на уголовное преслѣдованіе. Это послѣднее предполагаетъ всегда преступленіе, которое трудно доказать, и которое можетъ совсѣмъ отсутствовать, не защищая вовсе отъ неисправнаго веденія предпріятія.

Считаясь съ несообразностью такого положенія дѣла, французскіе и англійскіе судьи, отличающіеся наибольшимъ практическимъ смысломъ, осуждаютъ часто желѣзнодорожныя и другія учрежденія на большіе штрафы независимо отъ того, понесло-ли потерпѣвшее лицо какіе-либо матеріальные убытки, или нѣтъ. Эти штрафы достигаютъ иногда огромныхъ цифръ, и понятно, что они представляютъ собой не денежные эквиваленты понесенныхъ убытковъ, а гражданскія наказанія желѣзнодорожныхъ и другихъ администрацій за недостатокъ должной осмотрительности. Сюда присоединяется еще вводимая новымъ рабочимъ законодательствомъ отвѣтственность за такъ называемый „профессіональный рискъ“, о которомъ рѣчь будетъ впереди. Нечего говорить, что подобныя наказанія и подобная отвѣтственность дѣйствуютъ лучше всякихъ уголовныхъ каръ на улучшеніе управленія общественными предпріятіями и имѣютъ большое культурное значеніе, развивая въ предпринимателяхъ сознаніе долга и отвѣтственности за исполненіе принятыхъ ими на себя обязанностей.

Равнымъ образомъ общество и государство заинтересованы въ положеніи лицъ, работающихъ на фабрикахъ и заводахъ. Отношенія между хозяевами и рабочими стоятъ теперь подъ контролемъ общественной власти, и взысканія съ хозяевъ по жалобамъ рабочихъ производятся не только въ случаяхъ несчастій, лишающихъ послѣднихъ возможности зарабатывать себѣ дальнѣйшее пропитаніе, но и въ случаяхъ нарушенія хозяевами другихъ обязанностей, предписанныхъ имъ рабочимъ законодательствомъ, какъ, напр., обязанности не увеличивать числа рабочихъ часовъ свыше установленной нормы, соблюдать правила о содержаніи больницъ, школъ и т. д. Всякій

обходъ установленныхъ рабочимъ законодательствомъ предписаній со стороны хозяевъ влечетъ денежное наказаніе послѣднихъ безъ отношенія къ количеству и даже бытію имущественнаго интереса въ лицѣ рабочаго, который можетъ искать этого наказанія и независимо отъ инспекціи, поставленной для наблюденія за исполненіемъ фабричнаго законодательства, — такъ что и здѣсь мы находимъ наглядное доказательство защиты неимущественныхъ интересовъ не только въ публичномъ, но и въ гражданскомъ порядкѣ.

Б. Договорныя отношенія обиходной жизни.

При наймѣ прислуги заключаютъ часто условіе, что нанявшійся имѣетъ право на свободный день черезъ одну или двѣ недѣли. Снимая квартиру, уговариваются нерѣдко о томъ, чтобы въ сосѣднее помѣщеніе не пускали жильцовъ, производящихъ шумъ или играющихъ на какомъ-либо музыкальномъ инструментѣ. Какъ первое, такъ и второе изъ приведенныхъ для примѣра условій не имѣютъ ни малѣйшаго имущественнаго значенія, но могутъ служить выраженіемъ серьезныхъ, хотя и неимущественныхъ интересовъ. Квартирантъ можетъ быть нервнымъ субъектомъ, не выносящимъ шума и звуковъ музыки, которые отравятъ его жизнь. Прислуга можетъ желать не изнурять себя непосильнымъ трудомъ или пользоваться свободнымъ днемъ для свиданія съ родными или удовлетворенія какихъ-либо другихъ нравственныхъ интересовъ.

Но какъ быть въ случаѣ неисполненія нанимателемъ или домохозяиномъ принятыхъ ими на себя обязательствъ? Представляется два выхода. 1) Нанявшееся лицо и квартирантъ могутъ отказаться отъ договора. Этотъ выходъ нельзя считать удовлетворительнымъ, такъ какъ, наказывая нанимателя или домохозяина, онъ причиняетъ въ то же время ущербъ и напрасные хлопоты какъ нанимающемуся, такъ и квартиранту, вынуждая того и другого терять время на пріисканіе новаго мѣста, новой квартиры, и т. д. 2) Лицо нанявшееся и квартирантъ могутъ прибѣгнуть къ суду съ цѣлью принудить своихъ соконтрагентовъ къ исполненію заключенныхъ съ ними договоровъ. Но держась господствующей точки зрѣнія, по которой предметомъ гражданской защиты могутъ быть только имущественные интересы, судья долженъ отказать истцамъ въ удовлетвореніи ихъ справедливыхъ требованій, предоставляя ихъ соконтрагентамъ злоупотреблять, сколько имъ вздумается, преимуществами своего соціальнаго положенія. Побудить ихъ угрозой или наложеніемъ денежнаго взысканія къ исполненію неденежныхъ обязательствъ можно только при противоположной точкѣ зрѣнія, на которую и становятся теперь лучшіе юристы и судьи.

Неосновательность господствующей теоріи, ограничивающей гражданское право защитой имущественныхъ интересовъ, можно доказать,

ставши даже на ея собственную точку зрѣнія. Допустимъ на минуту, что гражданское право имѣетъ дѣло только съ имущественными интересами. Но развѣ интересъ прислуги, выговаривающей себѣ свободный день въ недѣлю, и интересъ квартиранта, дорожащаго спокойствіемъ своихъ нервовъ, нельзя свести на деньги? Возможно, что, выговаривая себѣ свободный день, прислуга обязывается передъ хозяиномъ платить за наемъ своего замѣстителя на этотъ день, или соглашается на меньшее вознагражденіе за свой трудъ, чѣмъ то, которое она получала бы въ томъ случаѣ, если бы не выговорила себѣ свободнаго дня. Точно такъ же квартирантъ, не терпящій музыки, или пользующійся для прогулки садомъ при нанятомъ помѣщеніи, платитъ домохозяину болѣе того, что онъ платилъ бы ему въ томъ случаѣ, если бы не имѣлъ въ виду спокойствія своего слуха или прогулокъ въ саду. Очевидно, что какъ прислуга, такъ и квартирантъ, оплачиваютъ тутъ косвенно тѣ блага, въ которыхъ нуждаются, и которыя имѣютъ для нихъ, слѣдовательно, дѣйствительную, хотя и неоттѣненную денежную стоимость. Почему же господствующая теорія не даетъ имъ защиты права, предоставляя ее въ то же время содержателю гостиницы въ томъ случаѣ, если ему застраиваютъ красивый видъ, привлекающій въ гостиницу публику? Въ послѣднемъ случаѣ признается право на вознагражденіе, потому что хозяинъ гостиницы терпитъ денежные убытки въ своемъ дѣлѣ отъ застроеннаго вида, и защищается, такимъ образомъ, имущественное производство, тогда какъ столь же заслуживающіе защиты интересы потребленія, выступающіе въ приведенныхъ выше примѣрахъ прислуги и квартиранта, остаются внѣ защиты, и безъ серьезнаго на это основанія.

Отсюда ясно, что господствующее ученіе не выдерживаетъ повѣрки, исходящей изъ ея же точки зрѣнія; оно страдаетъ внутреннимъ противорѣчіемъ, защищая имущество въ одномъ случаѣ, и оставляя его въ другомъ безъ огражденія, когда оно сбрасываетъ свою осязательную форму и облекается въ другія блага, какъ, напр., развлеченіе, здоровье и пр. Эта беззащитность неимущественныхъ интересовъ выступаетъ особенно ясно на слѣдующемъ примѣрѣ, приводившемся Іерингомъ, когда онъ еще жилъ, въ своихъ лекціяхъ. Кто-нибудь заказываетъ себѣ посредствомъ письма или телеграммы номеръ въ гостиницѣ на время приготовляющихся въ городѣ празднествъ, къ которымъ ожидается большое стеченіе народа. Хозяинъ гостиницы принимаетъ предложенный договоръ, который вступаетъ, такимъ образомъ, въ силу, но позднѣе находитъ для себя выгоднѣе сдать нанятое уже помѣщеніе другому лицу, предложившему за него болѣе крупное вознагражденіе. Первоначальный наниматель пріѣзжаетъ въ городъ ночью съ дѣтьми, не находитъ себѣ ни въ одной гостиницѣ приличнаго помѣщенія и скитается всю ночь по улицамъ неизвѣстнаго ему города. Признаетъ ли судья за нимъ право на вознагражденіе за наемъ извозчика во время его ночныхъ странствованій? Да, если онъ

найдетъ извозчика; но нѣмецкій судья не предоставитъ ему никакого вознагражденія, если онъ останется ночью безъ извозчика, и въ карманѣ у него окажутся на утро тѣ же деньги, какія были на лицо въ началѣ его скитаній; въ этомъ случаѣ, скажетъ судья, онъ не потерпѣлъ никакого ущерба въ своемъ имуществѣ. „И такой результатъ, нагло попирающій всякое здоровое чувство“—восклицалъ Іерингъ—„находитъ себѣ защитниковъ. Да я пойду скорѣе“—продолжалъ онъ—искать защиты своего права у турецкаго паши, нежели у высокоразвитаго правовѣдѣнія, не дающаго мнѣ здѣсь охраны; я готовъ первый выкинуть за бортъ все правовѣдѣніе, если такая нелѣпость должна быть признана за право“. Вотъ еще примѣры защиты неимущественныхъ интересовъ въ правѣ при договорѣ личнаго найма. Кухарка до срока оставляетъ свое мѣсто, нанятая нянька вовсе не является. Хозяева въ затруднительномъ положеніи: одинъ изъ супруговъ долженъ взять на себя роль кухарки, другой — няньки. Оказываетъ ли имъ какую-нибудь помощь господствующее ученіе о защитѣ гражданскихъ правъ? Нѣтъ, такъ какъ послѣдствія переносимыхъ здѣсь непріятностей не имѣютъ денежной цѣнности. Болѣе важные случаи защиты неимущественныхъ интересовъ въ гражданскомъ правѣ представляютъ договоры о помѣщеніи дѣтей и учениковъ въ воспитательныя заведенія, умалишенныхъ въ лечебницы для психически больныхъ, соглашенія о врачебной помощи и т. д. Сюда же принадлежатъ договоры, имѣющіе въ виду интересы наукъ и искусствъ. Прежде всего, а) издательскій договоръ, по которому авторъ, выговорилъ ли онъ себѣ вознагражденіе или нѣтъ, имѣетъ часто въ виду не деньги, но обнародованіе своего произведенія въ интересахъ науки или, быть можетъ, честолюбія. Сводить такой договоръ на точку зрѣнія денежнаго интереса значило бы не понимать духовнаго назначенія литературы и низводить ее на степень ремесла. б) Договоръ живописца о выставкѣ его картинъ въ магазинѣ художественныхъ предметовъ или на выставкѣ. в) Договоръ драматическаго писателя или композитора о постановкѣ его драмы или оперы. г) Договоръ актера о предоставленіи ему права на исключительное исполненіе извѣстныхъ ролей и т. д. Наконецъ, сюда же могутъ быть причислены договоры, заключаемые въ виду общественной пользы, общественныхъ предпріятій, и масса договоровъ, въ которыхъ участвующія лица преслѣдуютъ свои жизненные интересы безъ возможности, однако, въ случаѣ неисполненія договора, вычислить какой бы то ни былъ денежный интересъ. Надо, поэтому, сознаться, что, основываясь на принципѣ денежнаго интереса, право не можетъ удовлетворить запросамъ современной жизни, наталкивающей насъ ежеминутно на разнообразнѣйшіе неимущественные интересы.

Переходя теперь къ существеннѣйшему въ практическомъ отношеніи вопросу о возможности защитить такіе интересы средствами, которыя находятся въ распоряженіи гражданскаго права, мы должны опять ска-

зать, что возможность такой защиты доказывается, во-первыхъ, примѣромъ европейской судебной практики, проводящей эту защиту вполнѣ послѣдовательно, и, во-вторыхъ, употребленіемъ, которое гражданское правосудіе можетъ дѣлать изъ денегъ. Почему, въ самомъ дѣлѣ, полиція и уголовный судъ охраняютъ не одно имущество, простирая свою ограждающую руку на всѣ человѣческія блага, и почему гражданское право не можетъ дѣлать того же самаго? Цѣнность, благъ, охраняемыхъ полиціей и уголовнымъ судомъ, должна быть обязательна и для гражданскаго правосудія. Если существуетъ потребность въ охранѣ, то какое можетъ имѣть значеніе то, на чемъ освовано право на данное благо; на публичномъ или гражданскомъ правѣ, на законѣ или договорѣ? На это возражаютъ обыкновенно указаніемъ, что полиціи и уголовному суду даны иныя средства защиты, нежели суду гражданскому: первые могутъ охранять неимущественные интересы, а послѣдній—нѣтъ, такъ какъ онъ не имѣетъ въ своемъ распоряженіи ни меча, ни тюрьмы, располагая только приговоромъ, выражаемымъ въ деньгахъ. На это возраженіе Іеринъ основательно отвѣчаетъ, что пусть гражданскій судъ пользуется правильно приговоромъ, выражаемымъ въ деньгахъ, и онъ убѣдится, что въ большинствѣ случаевъ его будетъ вполнѣ достаточно и для цѣлей гражданскаго правосудія.

Дѣло въ томъ, что возможность пользоваться денежными приговорами вовсе не ограничивается той функціей денегъ, которую господствующее ученіе имѣетъ исключительно въ виду, и которая заключается въ непосредственномъ выраженіи ими цѣнности или денежнаго эквивалента каждаго отдѣльнаго дѣйствія. Кромѣ этой функціи—выражать эквивалентъ, деньги способны исполнять еще двѣ другія функціи, которыя можно называть карательной и возмездной. Подъ первой слѣдуетъ понимать не присужденіе гражданской пени въ пользу истца, какъ это бываетъ при такъ называемыхъ штрафныхъ или уголовныхъ искахъ, а угрозу произвести денежное взысканіе, какъ средство оказать давленіе на отвѣчика въ случаѣ уклоненія его отъ исполненія судебнаго приговора. Слѣдуя римской терминологіи, это будетъ multa, а не poena. Но такая угроза взысканіемъ не всегда помогаетъ лицу, отыскивающему свое право. Во-первыхъ, и въ томъ случаѣ, когда эта угроза обращается въ самое взысканіе, это послѣднее идетъ не въ пользу истца, а въ пользу казны. Во-вторыхъ, угроза взысканія направлена на будущее и не всегда охраняетъ настоящее: отвѣтчикъ можетъ затянуть процессъ всевозможными ничтожными возраженіями, и пока судья дойдетъ до того, что постановитъ угрозу взысканія, а эта угроза будетъ осуществлена, исполненіе договора для истца можетъ потерять всякое значеніе. Онъ лишится уже своего права и останется практически безъ защиты, такъ какъ ему можетъ быть дорого самое исполненіе договора, а не предлагаемое вмѣсто него денежное взысканіе. Вотъ почему, для бо̀льшаго огражденія инте-

ресовъ истца, судья долженъ имѣть возможность пользоваться денежнымъ приговоромъ, направленнымъ не только на будущее, но и на прошлое время, т.-е. присуждать отвѣтчика къ непосредственной уплатѣ въ пользу истца вознагражденія за нарушеніе его неимущественнаго интереса въ прошломъ. Такое вознагражденіе и составляетъ возмездную функцію денегъ, прекрасно дополняющую ихъ карательную функцію. Она такъ же необходима для покрытія происшедшаго уже нарушенія и крѣпости договорнаго права, какъ угроза денежной кары необходима для предотвращенія ожидаемаго нарушенія. Отказать судьѣ въ правѣ пользоваться этой функціей денегъ значило бы обречь его на бездѣйствіе и оставить законные интересы истца, какъ это было уже показано, безъ дѣйствительной защиты.

Но гдѣ мѣрило, по которому судья могъ бы въ деньгахъ выражать ущербъ отъ правонарушенія, направленнаго не на вещь, а на лицо? Общее для всѣхъ случаевъ или чисто принципіальное рѣшеніе этого вопроса немыслимо, такъ какъ твердаго мѣрила здѣсь не можетъ быть, и судьѣ придется по необходимости соображаться съ особенностями каждаго отдѣльнаго случая, общественнымъ положеніемъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ и другими обстоятельствами, которыя заставятъ его примѣнять въ различныхъ случаяхъ и различныя степени денежныхъ взысканій, обращенныхъ какъ на будущее, такъ и на прошлое правонарушеніе. Мы опять сошлемся на судебную практику Франціи, Англіи и другихъ культурныхъ странъ, ясно свидѣтельствующую, что отсутствіе постояннаго мѣрила для правонарушеній не препятствуетъ судьямъ пользоваться карательной и возмездной функціями денегъ въ столь широкихъ размѣрахъ, что неимущественные интересы находятъ въ этихъ условіяхъ требуемую охрану, и добрая совѣсть не остается въ договорныхъ отношеніяхъ пустымъ словомъ.

Необходимое условіе успѣха лежитъ здѣсь въ томъ, чтобы оцѣнка интересовъ была предоставлена свободному усмотрѣнію судьи. Гдѣ судья связанъ положительнымъ предписаніемъ закона такого рода, чтобы налагаемое имъ на одну сторону взысканіе равнялось съ точностью количеству понесенныхъ другой стороной убытковъ, тамъ, конечно, не можетъ быть и рѣчи объ юридической защитѣ неимущественныхъ интересовъ. Судьѣ должны быть даны средства защищать эти интересы угрозой денежныхъ взысканій за будущее—и наложеніемъ этихъ взысканій за прошедшее правонарушеніе. При отсутствіи объективныхъ критеріевъ, эти взысканія могутъ налагаться только по свободному усмотрѣнію судьи и выражать собой, какъ на это уже указывалось, не эквивалентъ понесенныхъ убытковъ, а публичное или гражданское наказаніе, налагаемое на одну сторону въ пользу другой. Мелкія злоупотребленія, возможныя всегда, не говорятъ ничего противъ большихъ преимуществъ юридической защиты, покупаемыхъ цѣной этихъ злоупотребленій, и если дѣйствительно опасной стороной защищаемаго нами ученія является предоставленіе судьѣ слиш-

комъ широкой власти при оцѣнкѣ интересовъ, притязающихъ на судебную охрану, то гарантіей противъ судейскаго произвола можетъ служить здѣсь, какъ и всюду, поднятіе нравственнаго и образовательнаго уровня судебнаго сословія и система судебныхъ инстанцій.

Дальнѣйшія иллюстраціи къ изложенной теоріи защиты неимущественныхъ интересовъ можно найти въ одной изъ монографій Іеринга, переведенной и на русскій языкъ подъ заглавіемъ „Интересъ и право“.

V.

Историческій очеркъ развитія гражданскаго правовѣдѣнія и методовъ его обработки.

Какъ, почему, благодаря какимъ вліяніямъ и путемъ какихъ методовъ обработки, гражданское правовѣдѣніе стало подниматься на степень науки, это покажетъ посвящаемый ему краткій историческій очеркъ, имѣющій тѣмъ больше значенія, что безъ него намъ недоставало бы критерія для оцѣнки тѣхъ состояній гражданскаго права и тѣхъ теченій въ его обработкѣ, которыя встрѣчаются не только въ прошломъ но и въ настоящемъ нашей науки. Кромѣ того, историческій очеркъ хода гражданскаго правовѣдѣнія окажетъ намъ незамѣнимыя услуги какъ для болѣе точнаго опредѣленія его задачъ и цѣлей, такъ и для установленія правильнаго соотношенія между его отдѣльными сторонами, изъ которыхъ только одна, а именно догматическое правовѣдѣніе, сдѣлается предметомъ нашего изученія.

О всемъ развитіи гражданскаго права можно сказать, что оно тѣсно связано съ судьбами римскаго права въ Западной Европѣ. Уже въ средніе вѣка и задолго до того, чѣмъ можно было говорить о научной разработкѣ туземнаго права европейскихъ народовъ, римское право вступило существеннымъ элементомъ въ европейскую культуру, и гражданское правовѣдѣніе стало ничѣмъ инымъ, какъ знаніемъ римскаго гражданскаго права.

Всѣ категоріи юридическаго мышленія были заимствованы изъ права древнихъ римлянъ, и имъ подчинены если не всѣ, то важнѣйшія явленія не только общей съ древнеримской, но и отличной отъ нея средневѣковой юридической жизни. Правда, что и само римское право значительно видоизмѣнилось и проникло элементами той новой среды, въ которую оно вводилось еще въ средніе вѣка. Но чрезвычайное вліяніе его какъ на все развитіе западно-европейскаго права, которое сдѣлалось, можно сказать, римскимъ,

такъ и, въ частности, на способы его обработки — стоитъ внѣ спора [1]). Римскому генію приписываютъ не безъ основанія даже честь открытія гражданскаго права, въ смыслѣ признанія за личностью самостоятельныхъ субъективныхъ правъ, обособленныхъ отъ элементовъ публичнаго права. Гражданское право выступаетъ у римлянъ впервые, какъ абстрактное право, имѣющее свой корень въ индивидуальной свободѣ и принадлежащее въ равной мѣрѣ всѣмъ римскимъ гражданамъ. Въ такомъ пониманіи гражданскаго права нѣкоторые писатели видятъ уже не безъ преувеличенія и объясненіе всемірно-исторической роли римскаго права [2]). Достовѣрно можно утверждать только то, что всемірно-историческое значеніе римскаго права заключается не въ его абсолютной цѣнности для всѣхъ народовъ, какъ это не разъ утверждалось многими юристами, усматривавшими въ немъ такъ наз. „писанный разумъ“ (ratio scripta), а въ томъ, что, указавъ на существеннѣйшій моментъ въ понятіи всякого права, на его коренное отношеніе къ индивиду, римское право дало такое развитіе этому моменту, что именно это обстоятельство и сдѣлало его не только образцомъ и предметомъ подражанія для всѣхъ культурныхъ народовъ, но и показателемъ освобожденія отъ средневѣковыхъ формъ мышленія и подавленія личности. Такъ же достовѣрно можно утверждать, что первоначальныя состоянія права не знаютъ ни гражданскаго права, ни его обработки, и что съ этой обработкой мы встрѣчаемся впервые у римскихъ юристовъ конца Республики и такъ назыв. „классическаго періода“ римской юриспруденціи.

Начнемъ съ первыхъ удостовѣренныхъ исторіей общественныхъ стадій, когда о постановкѣ научныхъ задачъ правовѣдѣнія не могло быть и рѣчи. Ограничимся, притомъ, указаніями на древне-римское и средневѣковое германское право, какъ на наиболѣе обслѣдованныя системы права.

1. Состояніе гражданскаго правовѣдѣнія въ древнее время.

а) На первоначальныхъ ступеняхъ развитія право, можно сказать, всѣхъ народовъ составляетъ часть религіи, не отдѣляется отъ нея и отправляется тѣми же органами, которые завѣдуютъ и религіозной функціей первоначальныхъ обществъ. Поэтому оно и носитъ ярко отпечатлѣнный сакральный характеръ. О такомъ состояніи права въ древнемъ Римѣ свидѣтельствуетъ извѣстный римскій юристъ Помпоній въ словахъ: Omnium tamen legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium

[1]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1893, 3-te Aufl., I, стр. 23 и слѣд.

[2]) Bruns-Lenel, Geschichte und Quellen des römischen Rechts, Holtzendorff's Encyclopädie dor Rechtswiss., 6-te Aufl., 1904, I, стр. 78—79.

pontificum erant (l. 2 § 6 D. 2,1). То же относительно древней Германіи сообщаетъ намъ Тацитъ, а одна сага фризовъ утверждаетъ, что народные вѣщатели права узнали его прямо отъ Бога [1]).

Не менѣе доказательной силы имѣютъ и „переживанія“ этой эпохи, переходящія въ слѣдующіе періоды развитія права и сохраняющіяся даже въ наши дни, какъ, напр., судъ Божій и присяга, принадлежащіе несомнѣнно той эпохѣ, когда право и религія представляютъ собой еще одно неразличимое цѣлое. „Переживаніемъ“ того же теологическаго міросозерцанія—въ которомъ Ог. Контъ видитъ не безъ основанія начальную стадію развитія всѣхъ человѣческихъ знаній, и въ которомъ все существующее какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ, какъ въ природѣ, такъ и въ человѣческой жизни, приписывается дѣйствію личныхъ, произвольныхъ и поэтому уже исключающихъ всякое изслѣдованіе и предвидѣніе силъ,—„переживаніемъ“ такого теологическаго міросозерцанія слѣдуетъ признать и часто встрѣчающееся еще теперь, какъ и въ древности, воззрѣніе, по которому право даровано человѣку Богомъ и служитъ предметомъ божественнаго откровенія. Нѣчего говорить, что это воззрѣніе никогда не объясняло, какое именно право было установлено подобнымъ чудеснымъ путемъ, и какое изъ различныхъ состояній его у различныхъ народовъ слѣдуетъ считать предустановленнымъ.

б) Другую характерную черту древняго права представляетъ его крайній формализмъ, обнаруживающійся въ томъ, что всѣ права облекаются здѣсь въ твердыя и неподвижныя формы, внѣ которыхъ они не пользуются никакимъ признаніемъ. Этотъ формализмъ тѣсно связанъ какъ съ теологическимъ настроеніемъ древнихъ обществъ, такъ и съ чувственнымъ, конкретнымъ характеромъ мышленія этихъ обществъ.

Формамъ права приписывается божественное происхожденіе, само собой исключающее ихъ произвольное толкованіе и измѣненіе. Отсюда и неподвижность, неизмѣнность этихъ формъ, окутывающихъ право, какъ защищающая его броня, и особенно полезныхъ въ тѣ ранніе періоды развитія, когда умственныя силы еще слишкомъ недостаточны, чтобы проникнуть во внутреннее содержаніе права. Это послѣднее познается и освобождается отъ облекающихъ его неподвижныхъ формъ только въ послѣдующія стадіи развитія, когда возникаетъ юриспруденція, ставящая себѣ цѣлью раскрытіе содержанія права независимо отъ его выраженія въ тѣхъ или другихъ образахъ или символахъ. Но въ раннія стадіи развитія доступно только то, что можно схватить внѣшними чувствами. Абстрактное непонятно, и уже поэтому право утверждается на видимыхъ, ощутимыхъ и распознаваемыхъ для всѣхъ образахъ, въ которыхъ оно только и находитъ защиту отъ произвольнаго нарушенія или извращенія.

---

[1]) v. Richthofen, Untersuchungen zur friesischen Rechtsgeschichte, II, стр. 457 и слѣд.

Такимъ образомъ, подъ древнимъ формализмомъ слѣдуетъ понимать такое состояніе права, въ которомъ рѣшающее значеніе принадлежитъ лишь тому, что̀ воплощается въ яркія формы, и что̀ само собой лишаетъ значенія для права, или, во всякомъ случаѣ, отодвигаетъ на задній планъ— всѣ явленія внутренняго міра, подобныя намѣренію, винѣ, мотивамъ воли и т. д. Этотъ формализмъ отличается существенно отъ формализма въ общепринятомъ смыслѣ, въ которомъ онъ означаетъ только обусловленность тѣхъ или другихъ юридическихъ послѣдствій опредѣленными и предписанными закономъ формами, чуждыми обычному теченію жизни. Такой общепринятый формализмъ можно называть внѣшнимъ, и онъ даетъ лишь половину древняго формализма. Другую половину этого послѣдняго образуетъ внутренній формализмъ, проникающій все первобытное юридическое мышленіе и состоящій въ томъ, что какъ матеріальное дѣйствіе, такъ и внутреннее значеніе всѣхъ явленій юридической жизни опредѣляется и измѣряется только твердыми и установленными заранѣе шаблонами. Такъ, напр., мы говоримъ о формальной и матеріальной теоріяхъ доказательствъ, понимая подъ послѣдней дѣйствующую теперь систему свободной оцѣнки судьей всѣхъ представляемыхъ на его обсужденіе доказательствъ, а подъ первой—господствующее, между прочимъ, не только въ древнемъ, но и въ болѣе близкомъ намъ правѣ правило, по которому полное доказательство какого-либо событія требуетъ двухъ классическихъ свидѣтелей. Это правило не имѣетъ ничего общаго съ формой въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, и формализмъ можно объяснить здѣсь, сверхъ приведенныхъ выше соображеній, еще слѣдующимъ практическимъ мотивомъ. Въ виду ненадежности свидѣтельскихъ показаній, у судьи отнимаютъ право постановлять свои рѣшенія на основаніи показанія одного свидѣтеля и вообще лишаютъ его свободной оцѣнки какъ свидѣтельскихъ показаній, такъ и всѣхъ другихъ доказательствъ: вмѣсто этой свободы, въ отношеніи къ свидѣтелямъ, ставится внѣшній критерій числа. Всѣ числовыя измѣренія времени, въ ихъ отношеніи къ праву, носятъ такой же характеръ формализма, и не только въ древнемъ, но и въ современномъ намъ правопорядкѣ. Что̀ такое, напр., сроки совершеннолѣтія или погашающей давности, обращающіе въ первомъ случаѣ неспособное наканунѣ къ юридическимъ дѣйствіямъ лицо въ полноправнаго субъекта права только потому, что имъ достигнута въ полночь положенная на это грань возраста, а во-второмъ—лишающіе его въ силу истеченія также извѣстнаго промежутка времени права на искъ, который онъ могъ еще за нѣсколько часовъ до того предъявить къ своему противнику? Такіе шаблоны, которыхъ не можетъ избѣжать ни одно право, входятъ необходимо въ понятіе формализма, и если новыя системы права смягчаютъ этотъ формализмъ, допуская, напр., въ извѣстныхъ условіяхъ наступленіе совершеннолѣтія и ранѣе положеннаго на это срока (это—такъ наз. venia aetatis), то сила формализма сказывается и здѣсь въ уста-

новленіи новаго шаблона, т.-е. опять извѣстной грани возраста, требуемой и для этого предвареннаго совершеннолѣтія.

Правда, что новый формализмъ есть продуктъ неизвѣстной древнему праву юридической техники, разсчитанной исключительно на интересы гражданскаго оборота и остающейся безъ примѣненія внѣ соображеній объ этихъ интересахъ. Поэтому онъ и не отвлекается, какъ древній формализмъ, отъ всѣхъ внутреннихъ моментовъ права, и поэтому-же Іерингъ называетъ его справедливо „злѣйшимъ врагомъ произвола и вѣрнѣйшимъ союзникомъ свободы". Въ этомъ отношеніи шаблоны новаго права рѣзко отличаются, какъ мы увидимъ это ниже, отъ древняго формализма, основаннаго не столько на соображеніяхъ о гражданскомъ оборотѣ, сколько на особенностяхъ древняго мышленія [1]). Но что и этому формализму не чужды соображенія объ обезпеченности права и защиты отъ произвола, это можно видѣть, сверхъ сдѣланнаго уже указанія на формальную теорію доказательствъ, еще на слѣдующихъ явленіяхъ.

Однимъ изъ главныхъ послѣдствій древняго формализма было вытѣсненіе изъ права всего индивидуальнаго и укладка его въ своего рода Прокрустово ложе, внѣ котораго не признавалось никакого права. Это мѣшало, конечно, свободному развитію права, но приносило легко контролируемый каждымъ критерій, которымъ измѣрялось каждое право, въ его силѣ и степени, и исключалось, вмѣстѣ съ тѣмъ, его нарушеніе—по крайней мѣрѣ, со стороны суда. Той же цѣли служило и чрезвычайно подробное, переходившее въ мелочи, перечисленіе въ древнихъ народныхъ „правдахъ" всевозможныхъ преступленій, проступковъ и налагаемыхъ за нихъ пеней. Новые кодексы довольствуются тутъ нѣсколькими штрихами и небольшимъ числомъ параграфовъ, предоставляя суду примѣнять къ однимъ и тѣмъ же преступленіямъ цѣлую лѣстницу наказаній, идущую отъ одного дня до многихъ лѣтъ тюремнаго заключенія.

То же самое можно сказать о строгомъ формализмѣ процессуальныхъ дѣйствій и предоставленіи ихъ иниціативѣ заинтересованныхъ сторонъ. Каждый судебный процессъ какъ въ древне-римскомъ, такъ и въ средневѣковомъ правѣ представлялся борьбой сторонъ передъ лицомъ суда, и его формализмъ лежалъ, прежде всего, въ дѣйствіяхъ сторонъ, облекавшихся въ строго обязательныя формы. Малѣйшее отступленіе отъ этихъ формъ, ошибка въ одномъ словѣ и даже въ одной буквѣ какого-нибудь слова, требованіе болѣе должнаго (plus petitio) даже при признаніи должникомъ самого должнаго,—все это влекло за собой цѣлостное пораженіе въ процессѣ [2]). Но преобладающая роль, отведенная въ этомъ процессѣ дѣятельности сторонъ, и противодѣйствіе, оказанное

[1]) A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1885, I, стр. 45 и слѣд. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus, 1898.

[2]) Brunner, Entstehung des Schwurgerichts, 1872; его же—Wort und Form im altfranzösischen Process, 1868, стр. 260.

впослѣдствіи слѣдственному процессу, съ его перенесеніемъ центра тяжести всего процессуальнаго производства на судебное усмотрѣніе—ясно показываютъ, какое значеніе придавалось процессуальному формализму не только въ древнемъ Римѣ, но и въ средневѣковой Европѣ.

Древнему формализму чуждо, какъ мы на это уже указывали, соображеніе внутреннихъ моментовъ права и въ области матеріальнаго права: онъ не знаетъ противоположенія между волей и ея выраженіемъ и не допускаетъ въ ихъ отношеніи другъ къ другу никакого противорѣчія. Воля опредѣляется только словами, и эти послѣднія имѣютъ рѣшающее значеніе для права. Всякій связывается только тѣмъ, что онъ сказалъ, но связывается этимъ цѣликомъ и безъ всякаго отношенія къ тому, что онъ дѣйствительно хотѣлъ сказать. Право измѣряется словами, и эту именно мысль выражаетъ извѣстная поговорка средневѣковаго германскаго права: ein Mann, ein Wort, — поговорка, въ которой прежніе юристы видѣли напрасно свидѣтельство вѣрности древнихъ германцевъ данному слову и доказательство признанія ими безформеннаго договора [1]). Въ дѣйствительности эта поговорка отражала только строгій формализмъ древняго права, необходимымъ послѣдствіемъ котораго въ договорныхъ отношеніяхъ было отрицаніе всякаго юридическаго значенія за допускаемыя здѣсь ошибки. Не ошибка, а только обманъ могъ въ извѣстныхъ условіяхъ опорочивать договоръ, и не явные, а только тайные пороки вещи могли вести къ недѣйствительности купли-продажи, и то лишь въ томъ случаѣ, если продавецъ отказывался принять присягу въ незнаніи этихъ пороковъ. Словомъ, моментъ воли почти игнорировался при обсужденіи юридическихъ послѣдствій тѣхъ или другихъ дѣйствій, и все рѣшалось по внѣшнему выраженію и экономическому значенію этихъ дѣйствій, а не по ихъ внутреннимъ мотивамъ. Не придавалось значенія ни добросовѣстности, ни винѣ, и всякій отвѣчалъ за то, что онъ говорилъ и дѣлалъ. Отсюда—слѣдующія послѣдствія: 1) отвѣтственность за совершонныя преступленія и нанесенные убытки даже при полной невмѣняемости и необходимой оборонѣ; месть первобытнаго человѣка слѣпа, какъ месть ребенка, и обрушивается не только на дѣтей и сумасшедшихъ, но и на животныхъ и даже бездушные предметы; 2) безусловная отвѣтственность, не исключаемая также случайной гибелью вещи, въ договорныхъ отношеніяхъ по ввѣреннымъ на сохраненіе или отданнымъ въ ссуду и заемъ вещамъ; 3) напротивъ, неудавшееся покушеніе и приготовленіе къ преступленію остаются безнаказанными, каковъ бы ни былъ умыселъ преступника; 4) извинительной ошибки не существуетъ,

[1]) Brissaud, Cours d'histoire générale du droit francais publie et privé, 1904, II, стр. 1378 и слѣд. Соотвѣтствующая поговорка французскаго средневѣковаго права: Comme les beufs par les cornes on lie, ainsi les gens par leurs mots font folie: Ibid.

такъ какъ каждая ошибка есть неосторожность, за которую отвѣчаетъ тотъ, кто ее совершаетъ [1]).

Всѣмъ народамъ на раннихъ ступеняхъ развитія свойственно представлять себѣ право въ пластическихъ и отступающихъ отъ обычныхъ формъ образахъ, предназначенныхъ къ возможно точной передачѣ каждаго облекаемаго въ нихъ содержанія права. При отсутствіи письменности и исключительно устной передачѣ права изъ поколѣнія въ поколѣніе, эти образы сохраняются въ памяти лучше, чѣмъ абстрактныя нормы, и въ этомъ обстоятельствѣ можно видѣть также одинъ изъ мотивовъ древняго формализма. Но не всякій формализмъ пластиченъ, и этого качества недостаетъ какъ разъ формализму новаго права, который, требуя, напр., письменной формы для извѣстныхъ договоровъ, совсѣмъ не стремится выразить въ этой формѣ существо и содержаніе облекаемыхъ въ нее договоровъ. Эта форма остается неизмѣнной для разнородныхъ договоровъ, и если мы возьмемъ, напр., вексель и, особенно, переводный вексель, это типичное созданіе новаго формализма, то увидимъ, что онъ скорѣе скрываетъ въ своей формѣ заложенное въ нее содержаніе права, чѣмъ приводитъ это послѣднее къ его внѣшнему выраженію. Изъ формы переводнаго векселя, т.-е. самого вексельнаго документа, не видно, чтобы трассантъ обязывался платежомъ ремитенту и индоссаторамъ, и для пониманія формы здѣсь необходимо знаніе содержанія вексельнаго права. Форма векселя не объясняетъ ничего, она противоположна пластикѣ, и тотъ, кто довѣрился бы ей, не зная содержанія вексельнаго права, былъ бы введенъ въ жестокое заблужденіе: подписывая трату, онъ видѣлъ бы въ этомъ дѣйствіи только уполномоченіе другого лица къ платежу, но никакъ не обязываніе самого себя къ этому платежу.

Въ противоположность формализму, который отрѣшается отъ прикрываемаго имъ юридическаго отношенія для возможно лучшаго обезпеченія гражданскаго оборота, и представляется самостоятельнымъ созданіемъ утонченной юридической техники, древній формализмъ хочетъ выразить въ чувственныхъ образахъ содержаніе каждаго юридическаго отношенія. Вмѣсто свободно избираемыхъ словъ, онъ требуетъ произнесенія заранѣе установленныхъ формулъ; вмѣсто мало замѣтныхъ и не бросающихся въ глаза дѣйствій, онъ настаиваетъ на торжественныхъ и легко запоминаемыхъ актахъ. Вотъ почему символы и торжественныя формулы, поражающіе своимъ обиліемъ какъ въ древнемъ Римѣ, такъ и въ средневѣковой Европѣ, дѣлаются главными пружинами древняго права.

Символъ есть чувственное выраженіе идеи или понятія. Поэтому символическимъ дѣйствіемъ можно называть такое, которое представляетъ намъ въ чувственной формѣ то, что не поддается чувственному воспріятію. Вѣтка

---

[1]) Heusler, ук. соч., I, стр. 60—64. Brissaud, ук. соч., II, стр. 1363. Ihering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

отъ дерева и глыба земли, игравшія большую роль въ средневѣковыхъ сдѣлкахъ по передачѣ различныхъ правъ на землю, не могутъ считаться такими символами, такъ какъ ими выражалась не идея передачи права на земельный участокъ, а идея этого самаго участка. Но передача вѣтки и глыбы земли была уже символическимъ дѣйствіемъ, такъ какъ она изображала въ чувственной формѣ передачу не матеріальной вещи, а права на эту вещь со всѣми юридическими послѣдствіями такой передачи. То же слѣдуетъ сказать о передачѣ и надѣваніи на руку перчатки, какъ символѣ перенесенія средневѣковой собственности, о протягиваніи руки, какъ символѣ коммендаціи, о рукобитіи, какъ символѣ заключенія договора, о передачѣ вдовой ключей и мантіи умершаго мужа на могилѣ этого послѣдняго, какъ символѣ предоставленія всего общаго обоимъ супругамъ имущества въ распоряженіе кредиторовъ умершаго мужа, о передачѣ отрѣзанныхъ съ головы или бороды волосъ, какъ символѣ установленія кабалы и т. д.

Этотъ символизмъ падаетъ съ распространеніемъ письменности, которую можно считать его заклятымъ врагомъ. Протоколъ дѣлаетъ символы сначала роскошью, потомъ—бременемъ, и оставляетъ имъ стѣсненное существованіе только въ народной средѣ, напр., въ крестьянскомъ правѣ, продолжающемъ чуждаться письменности. Но въ городскихъ судахъ протоколы поглощаютъ символы и вызываютъ потребность въ установленіи и обработкѣ абстрактнаго права [1]).

в) Еще интересную особенность древняго права, вышедшаго, однако, изъ состоянія исключительнаго господства описанной выше системы самоуправства, составляетъ преобладаніе въ этомъ правѣ процессуальныхъ нормъ надъ всѣми другими. Указаніе на эту особенность даетъ намъ, между прочимъ, порядокъ изложенія юридическаго матеріала, принятый въ извѣстномъ законодательствѣ XII таблицъ и перешедшій отъ него какъ въ преторскій эдиктъ и массу сочиненій и собраній законовъ римскихъ и греческихъ юристовъ, такъ и въ европейскую юриспруденцію, гдѣ онъ получилъ названіе „легальнаго порядка изложенія“ именно потому, что ему слѣдовали при изученіи соотвѣтственныхъ источниковъ римскаго права. Но что это былъ за „легальный порядокъ“ изложенія римскаго права, господствовавшій болѣе десяти столѣтій въ памятникахъ права народа, отмѣченнаго въ исторіи наибольшимъ юридическимъ геніемъ? Мы увидимъ сейчасъ, что этотъ вопросъ имѣетъ далеко не одно техническое значеніе. „Легальный порядокъ“, державшійся съ такимъ необыкновеннымъ упорствомъ какъ въ римской, такъ и въ европейской юриспруденціи, имѣлъ своимъ теоретическимъ базисомъ законодательство XII таблицъ. Содержаніе этихъ таблицъ, за исключеніемъ двухъ послѣднихъ, стало намъ въ общихъ чертахъ извѣстно уже со времени реставраціи ихъ француз-

[1]) Heusler, въ ук. м., стр. 73—75.

скимъ юристомъ XVII в. Яковомъ Готофредомъ. Но спеціальный интересъ имѣютъ для насъ теперь только первыя три таблицы, на которыхъ мы и остановимся нѣсколько минутъ. Первая изъ нихъ заключаетъ въ себѣ правила de in jus vocando, относящіяся къ первымъ шагамъ судебной процедуры: вызову отвѣтчика и т. п. Вторая таблица посвящена такъ же отчасти процессу, когда споръ обсуждается уже на судѣ, отчасти воровству и обманному присвоенію чужихъ движимостей. Третья таблица содержитъ въ себѣ положенія о договорѣ поклажи [1]). Мы не имѣемъ надобности итти далѣе и отмѣтимъ, что древнѣйшій памятникъ римскаго права занимается съ самаго начала процессомъ и отсюда переходитъ къ постановленіямъ о воровствѣ и поклажѣ. Обращаясь къ преторскому эдикту, весьма отличному по своимъ прогрессивнымъ стремленіямъ, опиравшимся на справедливость (aequitas), отъ того строгаго и неподвижнаго права (jus strictum), которое было выражено въ XII таблицахъ и развивалось въ дальнѣйшихъ на нихъ комментаріяхъ, — мы видимъ, что и изложеніе эдикта открывается титуломъ de actione dandâ, соотвѣтствующимъ первой таблицѣ децемвирскаго права. Второй титулъ эдикта, подобно второй таблицѣ, занимается опять процессомъ, третій — поклажей, четвертый — кражей. Слѣдовательно, соотвѣтствіе въ порядкѣ изложенія преторскаго эдикта и XII таблицъ очевидно и тѣмъ болѣе знаменательно, что система эдикта служила руководствомъ и образцомъ для большинства сочиненій римскихъ юристовъ. Но оказала ли эта система вліяніе и на Юстиніаново законодательство, этотъ вопросъ считается спорнымъ, хотя Мэнъ въ своемъ сочиненіи „Early law and Custom“ разрѣшаетъ его просто и, по нашему мнѣнію, удовлетворительно. На первый взглядъ, говоритъ онъ, сходства не видно, и это объясняется массой введеннаго въ Юстиніановы сборники матеріала. Но внимательное разсмотрѣніе показываетъ, что послѣ общихъ положеній о правѣ, подсудности и судебномъ персоналѣ, Дигесты начинаются, собственно, съ 4-го титула II-ой книги, который трактуетъ de in jus vocando и соотвѣтствуетъ вполнѣ I-ой таблицѣ децемвирскаго права. Подобное же соотвѣтствіе между памятниками древнѣйшаго и позднѣйшаго законодательства Рима можно прослѣдить не менѣе, чѣмъ до IX-ой книги Дигестъ. Очевидно, римское право во все продолженіе своей исторіи находилось подъ сильнымъ вліяніемъ системы XII таблицъ.

Но можно ли отгадать смыслъ и основаніе этой системы? Съ перваго взгляда она кажется безпорядочной, и мы можемъ не отрицать этой безпорядочности, свойственной, въ общемъ, всѣмъ древнимъ кодексамъ уже потому, что имъ недоступно самое понятіе системы. Но доминирующее

---

[1]) Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts, 1888, стр. 12—13. H. S. Maine, Dissertations on early law and custom, 1883, стр. 369 и слѣд.

положеніе какой-нибудь идеи или тенденціи есть не то, что система, и сравнительное правовѣдѣніе даетъ намъ возможность не только открыть скрывающуюся за указаннымъ порядкомъ изложенія римскихъ источниковъ основную идею, но и извлечь изъ нея весьма существенное подспорье для пониманія древняго права.

Древнѣйшій источникъ германскаго права—Lex Salica представляетъ замѣчательное сходство съ системой приведенныхъ выше памятниковъ римскаго права. Тутъ такъ же съ самаго начала излагается процессуальное производство, потомъ идетъ множество постановленій о кражѣ и, наконецъ, поклажа. Съ точки зрѣнія современной юриспруденціи этотъ порядокъ изложенія долженъ казаться абсурднымъ, такъ какъ процессуальная сторона права занимаетъ въ новыхъ системахъ заднее мѣсто, кража считается одной изъ неважныхъ темъ, а поклажа — однимъ изъ наименѣе значущихъ договоровъ, который пропадаетъ въ массѣ обязательствъ, играющихъ несравненно болѣе важную роль. О прямомъ заимствованіи со стороны составителей Салическаго закона системы XII таблицъ не можетъ быть рѣчи, потому что Салическій законъ не заключаетъ въ себѣ никакихъ слѣдовъ происхожденія отъ римской юриспруденціи и отражаетъ на себѣ всѣ черты, характеризующія бытъ древнихъ германцевъ, безъ ближайшаго отношенія къ римскимъ учрежденіямъ и римскому праву. Кромѣ того, порядокъ изложенія Салическаго закона напоминаетъ собой не позднѣйшіе источники римскаго права, которые могли быть извѣстны его составителямъ, а самый древній источникъ этого права — законодательство XII таблицъ, неизвѣстное въ эпоху Салическаго закона.

Замѣчательно, что подобное же сходство съ системой XII таблицъ констатируется и въ древне-ирландскомъ правѣ брэгоновъ, которое вовсе не пошло дальше первыхъ шаговъ процесса, и въ исландскомъ правѣ, и въ правѣ древнихъ индусовъ. То же можно сказать и объ открытомъ недавно ассирійскомъ кодексѣ Гамураби, составленномъ за 40 вѣковъ до Р. Х. Отсюда Мэнъ въ приведенномъ выше сочиненіи и заключаетъ съ полнымъ основаніемъ, что господствующимъ представленіемъ о правѣ, во время составленія и при дѣйствіи указанныхъ памятниковъ законодательства, было не современное намъ понятіе о правѣ, опирающееся на законъ или какую-либо иную абстрактную санкцію, и не образовавшіяся только впослѣдствіи представленія о положительномъ и естественномъ правѣ, или представленіе о лицѣ, вещи и искѣ, а одно лишь понятіе о судѣ. Это объясняется, въ свою очередь, тѣмъ, что судъ сдѣлалъ возможнымъ полученіе частнаго возмездія, удовлетвореніе личнаго оскорбленія и наслѣдственной кровной мести—иными средствами, чѣмъ тѣ, которыми служили прежде убійство и разбой. Судъ сталъ синонимомъ замиренія общества, находившагося до того въ состояніи борьбы и анархіи. Поэтому ему и пришлось сдѣлаться кардинальнымъ учрежденіемъ древнихъ обществъ, и въ дѣятельности его выразилось все значеніе и все содержаніе древняго

права. Поэтому-же описанїе суда, его механизма, процедуры и ставится во всѣхъ юридическихъ памятникахъ древняго времени на первое мѣсто. Это само собой объясняетъ какъ порядокъ, такъ и распредѣленіе въ указанныхъ памятникахъ всѣхъ матеріаловъ права сообразно предметамъ судебныхъ споровъ, имѣющихъ наиболѣе жизненное значеніе.

Относительно виднаго мѣста, занимаемаго въ древнихъ памятникахъ договоромъ поклажи, можно пока дѣлать однѣ догадки; но еще болѣе выдающееся мѣсто, предоставляемое ими различнымъ видамъ кражи, указываетъ прямо на тотъ періодъ жизни народа, когда движимости подаютъ гораздо болѣе поводовъ къ спорамъ, чѣмъ земля, которой сначала бываетъ больше, чѣмъ ея нужно для обработки. Поэтому предметами насилія и обмана, противъ которыхъ вооружается первобытный судъ, и становятся сперва однѣ движимости—домашній скотъ, рабы, различное оружіе, украшенія и т. д. Поэтому-же древніе памятники говорятъ такъ много о воровствѣ, предполагающемъ всегда движимость, и не говорятъ ничего объ отношеніяхъ по землѣ: эти послѣднія не служатъ еще предметомъ споровъ.

Сравнительно съ такимъ состояніемъ права система римскихъ институцій, распредѣляющая право по рубрикамъ: лицо, вещь и искъ (persona, res и actio), оказывается значительнымъ шагомъ впередъ и большимъ успѣхомъ абстракціи. Но въ отношеніи къ представленію о самомъ правѣ и „институціонная“ система стоитъ еще на точкѣ зрѣнія XII таблицъ, т.-е. разсматриваетъ право въ его судебной фазѣ, не отдѣляясь отъ нея и не возвышаясь до понятія права, основаннаго на абстрактной нормѣ. Въ словоупотребленіи римскихъ юристовъ слово jus продолжаетъ выражать собою не понятіе права вообще—въ томъ смыслѣ, какой мы, напр., придаемъ ему, — а лишь спеціальный видъ права, осуществляемаго на судѣ.

г) Въ причинной связи съ указанными выше чертами древняго права стоитъ и отсутствіе въ немъ юридической нормы въ современномъ смыслѣ этого понятія, какъ обобщеннаго правила на цѣлый рядъ подобныхъ между собой случаевъ. Развитіе человѣческаго ума идетъ всегда отъ конкретнаго къ абстрактному, и, прежде чѣмъ обобщить какое-нибудь явленіе, онъ останавливается на конкретныхъ формахъ его выраженія. Это сказывается особенно на исторіи языка, — гдѣ названія конкретныхъ предметовъ предшествуютъ названіямъ отвлеченныхъ понятій,—и, въ частности, на исторіи языка юристовъ, который не отличается сначала ни точностью, ни общностью. Онъ выражаетъ лишь часть того, что имъ только предчувствуется, и, если рѣшая какой-нибудь случай, непривычный къ абстракціи юристъ видитъ, что это рѣшеніе можетъ подойти и къ другимъ однороднымъ случаямъ, онъ пытается перечислить эти послѣдніе и терпитъ обыкновенно неудачу въ своей попыткѣ. Общія формулы, обнимающія цѣлые ряды однородныхъ случаевъ, недоступны вообще древнему мышленію,

и проходятъ вѣка, прежде чѣмъ это послѣднее находитъ такія формулы [1]). Когда, напр., въ римскомъ правѣ была сдѣлана первая попытка формулировать правило, предоставлявшее собственнику дерева, плоды котораго падали на сосѣдній участокъ земли, собирать эти плоды черезъ извѣстные промежутки времени на чужомъ участкѣ (interdictum de glande legenda), то правило это было отнесено сначала лишь къ одному виду этихъ плодовъ, подавшихъ поводъ къ спору. Позднѣйшей юриспруденціи пришлось поэтому обобщить этотъ видъ плодовъ и подвести подъ него вообще всѣ плоды. Точно такъ же и римскій законъ о вознагражденіи за убытки, извѣстный подъ именемъ Lex Aquilia, не устанавливалъ абстрактно понятія убытковъ, а указывалъ только на отдѣльные случаи своего примѣненія. Отъ нихъ позднѣйшая юриспруденція и пришла, путемъ абстракціи, къ общему понятію убытковъ (damnum injuria datum), формулировавъ его въ слѣдующихъ словахъ: damnum corpore corpori datum [2]). Приведемъ еще, между тысячью фактовъ, могущихъ иллюстрировать то же явленіе, одинъ примѣръ и изъ средневѣковаго права. Салическій законъ (тит. XLI, 2, 4) называетъ нанесеніе смерти убійствомъ, когда убійца бросаетъ трупъ въ колодецъ или воду. Понадобился особый законъ (Cap. 2, 5), чтобы причислить сюда и тотъ случай, когда убійца сожжетъ трупъ для того, чтобы скрыть слѣды своего преступленія [3]).

Сказаннымъ объясняется, почему въ древнемъ правѣ мы вовсе не встрѣчаемъ юридической нормы, предполагающей и твердую организацію общественной власти, и достаточное умственное развитіе, способное къ абстракціи, или отвлеченію. Провозглашеніе права составляетъ здѣсь не дѣло общественной власти и происходитъ не въ формѣ созданія такихъ нормъ. Оно сосредоточивается въ рукахъ старѣйшинъ рода, племени, или жрецовъ, и облекается въ формы индивидуальнаго и конкретнаго правосозданія на каждый отдѣльный случай. Такими провозвѣстниками права являются: въ Римѣ — понтифы, въ Галліи — друиды, въ Германіи — саги-бароны, въ Ирландіи — брэгоны, въ Скандинавіи — лонгманы и т. д., хотя нѣкоторые историки, и въ ихъ числѣ Бруннеръ, считаютъ, по крайней мѣрѣ, для германскихъ и скандинавскихъ народовъ, установленіе права путемъ народной практики и рѣшеніе споровъ въ народныхъ собраніяхъ и судныхъ сходкахъ — болѣе ранними фактами, чѣмъ провозглашеніе права названными выше представителями древней общины или особо свѣдущими въ правѣ лицами [4]). Во всякомъ случаѣ, какъ эти лица, такъ и народныя собранія рѣшаютъ споры безъ всякихъ

[1]) P. Viollet, Les établissements de St. Louis, 1881, I, стр. 86—87.

[2]) Ihering, Geist des römischen Rechts, III; его же — Ueber den Grund des Besitzschutzes.

[3]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 1887, I, стр. 111.

[4]) Ibid., стр. 109—110.

положенныхъ на то правилъ, опираясь на собственный авторитетъ и произволъ, которые опредѣляются, конечно, общественнымъ положеніемъ, нравами племени, вліяніями среды и т. д., но никакъ не отсутствующими на этой ступени развитія нормами. Такъ, напр., въ самомъ существѣ народнаго суда германскихъ шеффеновъ и франкскихъ сабиновъ и рахимбурговъ лежало то, что источникомъ права служило здѣсь личное убѣжденіе судящихъ, не связанное никакимъ внѣшнимъ авторитетомъ. Понятіе обязательной нормы, которой было бы подчинено личное мнѣніе судьи, не находило себѣ въ этомъ судѣ никакого примѣненія. Законы и даже обычаи, сборники которыхъ составлены въ теченіе среднихъ вѣковъ, какъ, напр, Lex Salica, Lex Ripuaria, Саксонское и Швабское Зерцала и проч., представлялись шеффенамъ и рахимбургамъ вовсе не формально-обязательными источниками права, а лишь мотивами, основаніями для убѣжденія, вспомогательными средствами сужденія, которыми они могли въ равной степени воспользоваться и нѣтъ [1]).

Первые начатки юридической нормы лежатъ, вѣроятнѣе всего, въ судебномъ рѣшеніи, когда это послѣднее сохраняется въ памяти и примѣняется къ разрѣшенію подобнаго уже встрѣтившемуся случаю. Однако, и отвлекаясь отъ судебныхъ рѣшеній, юридическія нормы не представляютъ собой съ самаго начала сознательныхъ обобщеній, до которыхъ человѣческая мысль доходитъ лишь постепенно, живя долго въ области только конкретнаго и затрудняясь различать созданіе юридическихъ нормъ отъ ихъ примѣненія. Самъ Юпитеръ въ представленіи древнихъ грековъ былъ судьей а не законодателемъ. Судебныя рѣшенія галльскихъ друидовъ и ирландскихъ брэгоновъ, какъ это доказываетъ Мэнъ [2]), были въ то же время и провозглашеніемъ законовъ. Постъ [3]) свидѣтельствуетъ о такомъ же развитіи права и у различныхъ первобытныхъ народовъ. Въ недавно вышедшей книгѣ Ламбера [4]) приведены еще новыя и весьма убѣдительныя доказательства въ пользу пріоритета индивидуальнаго и конкретнаго правообразованія, такъ что мы можемъ считать теперь установленнымъ, что на начальныхъ стадіяхъ развитія право создается и примѣняется въ одинъ и тотъ же моментъ, и законодательная функція права слита съ судебной, что̀ само собой исключается понятіемъ юридической нормы.

Воспоминанія объ одинаковыхъ или, вѣрнѣе, сходныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ и сходныхъ юридическихъ сдѣлкахъ, неизбѣжно повторяющихся въ гражданскомъ оборотѣ, передаются по наслѣдству отъ поколѣнія въ поколѣніе и, утрачивая мало-по-малу свой конкретный харак-

[1]) Aug. Schultze, Recht und Pracess in ihren Wechselbeziehungen, 1883, I, стр. 107—110.

[2]) H. S. Maine, Early history of institutions, 1880, стр. 26.

[3]) Post, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft, 1880, I, стр. 66.

[4]) Ed. Lambert, La fonction du droit civil, 1903, I, стр. 172—804.

теръ, ведутъ, наконецъ, въ своей совокупности, къ образованію юридическихъ обычаевъ и обычнаго права. Эти обычаи выражаются часто въ пословицахъ, стихахъ, и съ появленіемъ письменности записываются. Такими именно записанными сборниками обычнаго права являются, напр., законы XII таблицъ, Русская Правда, германскія leges barbarorum, лангобардское право короля Ротариса, Саксонское и Швабское Зерцала, Монгольско-Калмыцкій сборникъ Сенаджинъ Бишкъ, современныя записи обычнаго права и т. д.

Подобныя записи обычаевъ служатъ всюду основаніемъ для дальнѣйшаго развитія права путемъ комментаріевъ и практическихъ толкованій, обогащающихъ старое право новыми образованіями. Такъ, напр., на XII таблицахъ выросло, какъ извѣстно, все римское право, и въ брэгонскомъ правѣ Мэнъ видитъ такой же древній кодексъ обычаевъ, снабженный глоссами и комментаріями. Въ кодифицированныхъ сборникахъ этихъ обычаевъ мы встрѣчаемся впервые и съ юридической нормой, заключающей въ себѣ, въ противоположность казуистическимъ рѣшеніямъ отдѣльныхъ случаевъ, сознательное подведеніе сходныхъ между собой случаевъ подъ общее правило, примѣняемое далѣе къ обсужденію тѣхъ же случаевъ.

До этого времени все право представляется конкретнымъ и неписаннымъ, и вѣдать его приходится не особо избираемымъ или назначаемымъ органамъ, а либо отдѣльнымъ лицамъ, провозглашающимъ право на каждый данный случай, либо въ томъ же смыслѣ и суднымъ сходкамъ, на которыхъ участвуютъ всѣ свободные и способные носить оружіе члены племени или общины. Это не исключаетъ, само собой, участія въ правообразованіи и особенно опытныхъ и свѣдущихъ въ правѣ людей, которыхъ мнѣніе спрашиваютъ и кладутъ въ основаніе произносимаго рѣшенія, преимущественно, въ случаяхъ сомнѣнія: это—такъ назыв. въ средне-вѣковомъ германскомъ правѣ Weisthum. Въ общемъ, знаніе права, какъ и знаніе языка или религіи, составляетъ на первоначальныхъ ступеняхъ развитія общее достояніе и дѣлаетъ ненужной какъ запись права, такъ и заботу объ особыхъ органахъ и учрежденіяхъ, которыми обезпечивалась бы передача его черезъ устную традицію отъ одного поколѣнія къ другому.

д) Наконецъ, еще важную и выдающуюся черту древняго права составляетъ та неумолимая суровость, съ которой оно подчиняетъ отдѣльную личность стоящему надъ ней цѣлому. Индивидуализмъ вовсе не характеризуетъ собой и древне-германскаго права, какъ это думали прежде, и чѣмъ далѣе мы проникаемъ въ глубь временъ, тѣмъ тѣснѣе оказывается подчиненіе индивида семейнымъ, хозяйственнымъ, политическимъ и другимъ окутывающимъ его союзамъ. Свободенъ и независимъ былъ древній германецъ только тогда, когда его объявляли внѣ закона, и онъ бѣжалъ въ лѣсъ, гдѣ всякому предоставлялось убить его. Древ-

нее право охраняетъ только коллективныя единицы и разсчитано на типы, а не на индивиды. На особенности индивидуальнаго случая оно не обращаетъ вниманія. Рѣшающую роль при оцѣнкѣ словъ, произносимыхъ во время заключенія той или другой сдѣлки или дачи объясненій на судѣ, играетъ установленный смыслъ этихъ словъ, а не тотъ, который соединяютъ съ нимъ стороны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Юридическая природа правонарушенія и его послѣдствія опредѣляются внѣшнимъ видомъ правонарушающаго дѣйствія, а не настроеніемъ или намѣреніемъ его дѣятеля. Основаніемъ права доказательствъ служитъ не свободная оцѣнка судьей отдѣльныхъ моментовъ каждаго доказательства, а навязываемая суду твердая и неподвижная теорія доказательствъ, отъ которой не дозволено отступать ни на іоту.

Резюмируя все сказанное о древнихъ состояніяхъ права, мы можемъ сказать, что они отличаются сакральнымъ характеромъ, символическимъ формализмомъ, конкретностью юридическаго мышленія, отсутствіемъ въ своемъ составѣ общихъ юридическихъ нормъ, преобладаніемъ судебнаго представленія о правѣ, соединеніемъ въ однѣхъ и тѣхъ же рукахъ законодательной функціи съ судебной (судъ творитъ и примѣняетъ право одновременно по поводу каждаго отдѣльнаго случая), и, наконецъ, полнымъ подчиненіемъ индивида той или другой общественной группѣ. Таковъ древнѣйшій порядокъ, одинаково существовавшій у всѣхъ народовъ въ періодъ, предшествующій образованію законовъ, какъ продуктовъ сознательной законодательной дѣятельности, и другихъ юридическихъ нормъ въ разъясненномъ выше смыслѣ.

2. Рецепція римскаго права въ Западной Европѣ.

Стадія развитія человѣческаго знанія, слѣдующая за теологической и предшествующая положительной или научной, есть, по Конту, метафизическая стадія развитія. На мѣсто личнаго божества становятся абстрактныя понятія или такъ называемыя „метафизическія сущности“, надѣляемыя иногда свойствами реальности или личности и колеблющіяся поэтому между личнымъ и безличнымъ существованіемъ. О научномъ изслѣдованіи этихъ „сущностей“, стоящихъ внѣ условій времени, пространства и причинности, не можетъ быть рѣчи. Поэтому и метафизическая стадія развитія, подобно теологической, должна быть враждебна научному правовѣдѣнію. Свое выраженіе въ этой области она находитъ въ построеніи юридическихъ понятій, въ слѣпой вѣрѣ въ эти понятія, какъ абсолютно-истинныя, и въ пользованіи ими для разрѣшенія какъ теоретическихъ, такъ и практическихъ задачъ права. Теоретическія задачи, въ силу первороднаго грѣха апріорной методы, остаются, конечно, неразрѣшенными, но практическая или догматическая обработка права можетъ сдѣлать и въ эту стадію развитія большіе успѣхи.

Иллюстрировать сказанное мы можемъ лучше всего на примѣрѣ римскаго права, являющаго не превзойденный до сихъ поръ образецъ формальнаго совершенства, творчества права, удовлетворенія жизненнымъ потребностямъ своего времени и полнаго сліянія теоріи съ практикой. Однако, по сравненію съ современной юриспруденціей, дошедшіе до насъ отрывки изъ сочиненій римскихъ юристовъ не блещутъ ни обобщеніями, ни методой. Это—не теоретическія изслѣдованія, а болѣе всего—казуистическія рѣшенія, въ которыхъ мы находимъ, напр., обстоятельный анализъ всего, что производитъ недѣйствительность различныхъ сдѣлокъ, но не находимъ общаго понятія недѣйствительности сдѣлокъ. Точно такъ же римскіе юристы даютъ намъ весьма цѣнныя рѣшенія по вопросу объ ошибкѣ при заключеніи тѣхъ или другихъ сдѣлокъ, или по поводу условій и способовъ вступленія въ различные обязательственные договоры, но мы напрасно стали бы искать у нихъ общаго понятія ошибки или общаго понятія договора, не говоря уже о понятіи юридической сдѣлки. Они, какъ бы, боятся всякихъ опредѣленій, чуждаются исторіи и не обнаруживаютъ никакой склонности къ систематическому знанію. О современной юриспруденціи можно, напротивъ, сказать, что она дѣлаетъ изъ опредѣленій юридическихъ понятій центръ тяжести своей работы, углубляетъ исторію права и видитъ въ систематическомъ знаніи условіе разрѣшенія своихъ задачъ. Въ этомъ нельзя не видѣть преимуществъ новой юриспруденціи передъ римской, напрасно прославляемой многими романистами за методу, которая не удовлетворяетъ научнымъ требованіямъ. Значеніе римской юриспруденціи лежитъ не въ ея методѣ, и по этому поводу одинъ изъ современныхъ намъ знатоковъ римскаго права Ленель правильно замѣчаетъ, что римскихъ юристовъ слѣдуетъ судить не какъ людей науки. Ихъ безсмертная заслуга состоитъ, по его мнѣнію, не въ томъ, что они сдѣлали для познанія своего права, а въ томъ, что они создали это право — по крайней мѣрѣ, то, что̀ имѣло въ немъ непреходящую цѣнность [1]).

Созданіе римскихъ юристовъ было чисто практическое, исходившее изъ наблюденія жизни, строившее юридическія понятія на элементахъ этой жизни и направленное на удовлетвореніе ея запросовъ средствами существующаго права. Это была техника права, неизвѣстная до римлянъ ни одному народу и стоявшая въ тѣсной связи съ ихъ общественной и государственной организаціей, основанной на строгой законности и ранней спеціализаціи юридическаго мышленія. Если же недостатокъ научнаго духа и методовъ научнаго изслѣдованія не оберегъ и римскихъ юристовъ отъ формализма юридическихъ понятій, подставляемыхъ подъ живую дѣйствительность, то здоровый практическій смыслъ позволялъ имъ жерт-

[1]) Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft, 1904, I, Bruns-Lenel, Geschichte und Quellen des röm. R., стр. 129—130.

вовать требованіями этого формализма соображеніямъ цѣлесообразности и справедливости во всѣхъ случаяхъ противорѣчія между тѣми и другими [1]). Вотъ этотъ практическій смыслъ, находившій свое выраженіе въ самыхъ разнообразныхъ пріемахъ юридической техники, вмѣстѣ съ живой юридической казуистикой, стремившейся обнять, не переходя въ схоластику, все богатство дѣйствительной жизни, и составляютъ настоящую силу римской юриспруденціи, достаточно объясняющую и производимое ею до нашихъ дней обаяніе.

Западная Европа знакомитъ насъ въ періодъ своей метафизической стадіи развитія съ другимъ типомъ юриспруденціи, который отличается, въ противоположность римскому, если не отрѣшенностью отъ жизни, то служеніемъ рядомъ съ ней и постороннимъ праву цѣлямъ, и если не отсутствіемъ самостоятельнаго творчества, то слабостью этого творчества и болѣе всего — стремленіемъ къ заимствованію чужихъ юридическихъ идеаловъ. Въ этой юриспруденціи такъ же преобладаетъ казуистика, но не та, которая плѣняетъ насъ въ римскомъ правѣ, гдѣ она никогда не разрываетъ связи съ живой дѣйствительностью, а совсѣмъ другая, мертвая, схоластическая казуистика, оперирующая одними формальными понятіями и находящая самое большое удовлетвореніе въ комбинаціи возможно рѣдкихъ и парадоксальныхъ случаевъ. Но что болѣе всего характеризуетъ средневѣковое право европейскихъ народовъ, какъ только оно начинаетъ сознавать себя, и даже послѣ-средневѣковое, вплоть до XIX в., право этихъ же народовъ, это то, что оно становится непосредственно на путь заимствованія чужого права, и не частичнаго заимствованія отдѣльныхъ юридическихъ положеній и понятій, а цѣлостнаго заимствованія, обнимающаго собой, въ общемъ, всю совокупность чужого права. Это чужое право, которое продолжаетъ дѣйствовать до нашихъ дней, есть римское, получающее уже поэтому огромное значеніе для всего европейскаго Запада, а черезъ него — какъ для насъ, такъ и для остального культурнаго человѣчества.

Историческій процессъ усвоенія этого права европейскими народами называютъ обыкновенно „рецепціей“ римскаго права, и подъ вліяніемъ его складывается особый типъ юриспруденціи, принимающій въ различныя эпохи и различные оттѣнки.

„Три раза — писалъ Іерингъ — Римъ подчинялъ себѣ міръ: первый разъ своимъ оружіемъ, второй — своей религіей, третій — своимъ правомъ, и всѣ три раза онъ объединилъ міръ: первый разъ — въ государственное единство, второй — единство церкви, третій — единство права“ [2]). Это

---

[1]) Ibid., стр. 131.

[2]) Ihering, Geist des römischen Rechts, I, стр. 1. Въ нашей литературѣ имѣется два хорошихъ сочиненія по настоящему вопросу: Моддерманна, Рецепція римскаго права, 1888, и С. Муромцева, Рецепція римскаго права на

послѣднее завоеваніе, безкровное и чисто раціональное, было, можетъ быть, самое замѣчательное изъ трехъ. Удивительнѣе всего въ немъ то, что римское право перекладывается на почву средневѣковыхъ государствъ не актомъ законодательной власти, а путемъ обычнаго права, и, притомъ, не народнаго обычнаго права, стоящаго почти вездѣ въ антагонизмѣ римскому праву, но обычнаго права сословія юристовъ, или такъ назыв. судебной практики. Правда, что заимствованное путемъ такого обычая право оставалось не безъ вліянія и на законодательную работу: многія изъ его положеній легли въ основаніе разнообразнѣйшихъ имперскихъ и партикулярныхъ законовъ въ Германіи, королевскихъ ордонансовъ во Франціи и т. д. Но рецепція римскаго права, въ его цѣломъ, или, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ частяхъ, которыя не противорѣчили прямо существующимъ отношеніямъ или законамъ, не была нигдѣ дѣломъ законодательной власти. Легенда о введеніи римскаго права императоромъ Лотаремъ II послѣ того, какъ жители Пизы передали ему захваченную ими при разгромѣ Амальфи въ 1135 г. рукопись Юстиніановой кодификаціи, давно опровергнута. И, тѣмъ не менѣе, на югѣ Франціи, въ Голландіи, Германіи и другихъ странахъ европейскаго континента римское право, въ его цѣломъ (in complexu), получаетъ силу дѣйствующаго закона, — иногда восполняющаго мѣстные источники права, иногда господствующаго надъ послѣдними, — и получаетъ оно эту силу помимо всякаго законодательнаго признанія, путемъ одной судебной практики [1]).

Западѣ, 1886 г. О нѣмецкой литературѣ см. у Регельсбергера, Pandekten I, стр. 3, прим.

[1]) Вопросъ о рецепціи римскаго права, въ его цѣломъ (in complexu) или отдѣльныхъ институтахъ, считается до сихъ поръ спорнымъ. Мы присоединяемся къ мнѣнію за цѣлостную рецепцію, такъ какъ, съ одной стороны, рецепція шла отъ цѣлаго къ частямъ, а не обратно, и отдѣльныя положенія римскаго права примѣнялись на практикѣ не потому, что каждое изъ нихъ реципировалось въ отдѣльности, а потому, что всѣ они входили въ составъ Юстиніанова законодательства, и, съ другой стороны—рецепція цѣлаго не была необходимо и рецепціей всѣхъ его частей: цѣлое — не то, что сумма частей, и примѣнимое къ первому можетъ быть по особымъ основаніямъ исключено въ отношеніи къ послѣднимъ. Это объясняетъ и оставленіе внѣ рецепціи нормъ (особенно-публичнаго права), противорѣчащихъ новымъ условіямъ жизни, и принятіе къ руководству въ XVII в. поговорки: quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia,— поговорки, которой рецепція ограничивалась лишь тѣми мѣстами римскихъ источниковъ, которыя вошли въ глоссированное изданіе Corpus juris, сдѣланное Аккурціусомъ. Кромѣ того, острота всего спора ослабляется слѣдующими соображеніями. Во-1-хъ, рецепціи in complexu не придаютъ теперь того значенія, какое придавали ей прежде, когда думали, что тотъ, кто ссылается на римское право, имѣетъ за себя такъ назыв. „fundatam intentionem“, т.-е. свободу отъ доказательствъ, падающихъ всѣмъ своимъ бременемъ на того, кто оспариваетъ примѣненіе къ данному случаю римскаго права. Теперь нѣтъ рѣчи о процессуальныхъ доказательствахъ сторонами нормъ объективнаго права, такъ какъ из-

Объясняя это поистинѣ удивительное явленіе, стоящее, какъ будто, въ противорѣчіи съ національными и вообще мѣстными условіями развитія каждаго права, современные историки права различаютъ теоретическую рецепцію римскаго права отъ практической. Подъ первой они понимаютъ постепенное образованіе убѣжденія въ томъ, что римскому праву должно принадлежать значеніе господствующаго или субсидіарнаго, т.-е. восполнительнаго къ существующимъ, источника права; подъ второй—дѣйствительное проведеніе этого убѣжденія въ юридическую жизнь, т.-е. примѣненіе римскаго права на практикѣ.

Теоретическая рецепція, т.-е. развитіе воззрѣнія на римское право, какъ на источникъ дѣйствующаго права, приписывается съ достаточнымъ основаніемъ вліянію слѣдующихъ факторовъ.

Во-1-хъ, уже въ въ IX вѣкѣ, сначала въ церковныхъ, а потомъ и въ болѣе широкихъ кругахъ, распространяется обращающееся вскорѣ въ оффиціальный догматъ воззрѣніе на средневѣковую имперію, какъ на продолженіе римской. Новые императоры и короли, даже не домогающіеся императорской короны, считаютъ себя юридическими преемниками римскихъ императоровъ и не стѣсняются—особенно, въ своихъ сношеніяхъ съ Италіей, и, вообще, въ тѣхъ или другихъ актахъ—ссылаться на римское право. „Императорскимъ правомъ“, по средневѣковой терминологіи, были не только имперскіе законы и принимаемые за таковые народные сборники обычаевъ, но и всѣ части Юстиніанова законодательства. Фридрихъ I Барбаросса включаетъ въ это послѣднее два изъ имъ самимъ изданныхъ законовъ; то-же дѣлаютъ Фридрихъ II и другіе императоры; и даже ломбардскіе libri feudorum, не имѣющіе ничего общаго съ римскимъ правомъ, разсматриваются какъ продолженіе Юстиніановыхъ новеллъ. Особенно ярко выступаетъ это романистическое теченіе у Карла IV, который, основываетъ Пражскій университетъ, составляетъ для Богеміи законодательство, изобилующее какъ латинскими оборотами рѣчи, такъ и нормами, взятыми изъ римскаго права, и вводитъ даже въ свою золотую буллу чисто римскія постановленія объ оскорбленіи Величества.

Стремленіемъ опираться на римское право объясняется и большой интересъ императоровъ и королей къ университетамъ, занятымъ изученіемъ римскаго и каноническаго права. Имъ же объясняется и покро-

---

слѣдованіе этихъ нормъ составляетъ обязанность судьи (jura novit curia), который не можетъ считать то или другое право дѣйствующимъ только потому, что ему не доказываютъ противнаго. Во-2-хъ, рецепированное римское право не было нигдѣ абсолютно-общимъ правомъ, исключающимъ всѣ партикулярныя правообразованія, а было въ лучшемъ случаѣ субсидіарно-общимъ правомъ, примѣнявшимся лишь настолько, насколько оно не противорѣчило партикулярнымъ, или мѣстнымъ источникамъ права. См. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, стр. 5—8; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, I, стр. 20—24.

вительство, оказываемое сословію юристовъ, называемыхъ во Франціи „легистами“ именно потому, что ихъ занимаютъ законы, т.-е. римское право, къ которому они относятся не какъ къ прошлому, а какъ къ настоящему, проводя его въ жизнь для утвержденія государственной власти. Упомянемъ еще о нотаріусахъ, вводящихъ римскія формы сдѣлокъ и обороты рѣчи въ совершаемые ими акты, и объ ученыхъ клирикахъ, популяризующихъ римское право, въ качествѣ близко стоящихъ къ населенію лицъ, и черезъ духовные суды глубоко захватывающихъ также свѣтское правосудіе [1]).

Во-2-хъ, римское право не было вытѣснено въ Западной Европѣ германскимъ завоеваніемъ, а продолжало, напротивъ, дѣйствовать непрерывно всюду, гдѣ римское населеніе было сколько-нибудь густо, какъ, напр., въ Южной Галліи, Бургундіи, Рэтіи, Италіи, Истріи. Германскіе варвары не думали никогда разрушать порядки, установленные римской имперіей, а хотѣли скорѣе занять положеніе этой послѣдней въ отношеніи къ завоеваннымъ ими областямъ. И это понятно, такъ какъ всякій разъ, когда завоеваніе ставитъ лицомъ къ лицу расы, слишкомъ различныя по формѣ и степени ихъ цивилизаціи, побѣдители оставляютъ побѣжденнымъ ихъ право. Такъ поступаютъ и теперь Франція, Англія и др. государства въ отношеніи къ своимъ завоеваніямъ въ Индіи, Индо-Китаѣ, Африкѣ и т. д., и такъ же должны были поступать древніе германцы въ особенности потому, что римскіе законы стояли неизмѣримо выше германскихъ обычаевъ.

Слѣдуетъ еще помнить, что тогдашніе германцы не знали вообще законовъ, а жили по обычаямъ, весьма отличавшимся, въ самомъ своемъ понятіи, какъ мы увидимъ это впослѣдствіи, отъ законовъ. Кромѣ того, эти обычаи предполагали, по своему происхожденію изъ прошлаго каждаго отдѣльнаго племени или каждой отдѣльной расы, право для всѣхъ индивидовъ этого племени или расы жить по образу своихъ предковъ. Поэтому уже германскіе варвары не могли въ основанныхъ ими государствахъ ни оставить своихъ обычаевъ, ни распространить ихъ на чуждыя имъ племена и расы. Естественнымъ выходомъ изъ этого положенія вещей было подчиненіе каждаго племени своему племенному праву. Это — такъ назыв. Lex originis или принципъ „племенного права“, въ силу котораго живущіе въ одномъ и томъ же государствѣ франки подчиняются франкскому, бургунды — бургундскому, аллеманы — аллеманскому, римляне — римскому праву и т. д. Въ силу того-же принципа и за церковью, вербовавшей своихъ членовъ преимущественно изъ римскаго населенія, было признано право жить исключительно по римскимъ законамъ: „ecclesia romana

[1]) R. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 1889, стр. 722—724. Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, у Holtzendorff'a, Encyclopädie der Rw., 1904, стр. 267—270.

vivit lege romana“,—и въ какую бы страну ея служители ни попадали, ихъ всюду и всегда сопровождало римское право. Если мы примемъ еще въ соображеніе, что церковь играла первенствующую роль въ духовной и политической жизни среднихъ вѣковъ, что она представляла собой единственную общину, хранившую письменность и античную образованность, то намъ сдѣлается понятнымъ и опредѣляющее значеніе римскаго права для каноническаго, и огромное вліяніе того и другого—на весь средневѣковый юридическій строй.

Въ-3-хъ, не только примѣненіе, но и изученіе, и преподаваніе римскаго права, никогда не прерывалось въ Западной Европѣ, и если этотъ такъ назыв., „континуитетъ“ римскаго права, установленный впервые Савиньи въ его извѣстномъ сочиненіи по исторіи римскаго права въ средніе вѣка [1]), оспаривается теперь Конратомъ въ Германіи и Флакомъ во Франціи [2]), настаивающимъ, напротивъ, на полномъ запущеніи римскаго права послѣ паденія Западной Римской Имперіи и на блестящемъ возрожденіи его лишь въ концѣ XI вѣка, то, не входя въ детали этого слишкомъ спеціальнаго спора, мы передадимъ вкратцѣ лишь несомнѣнно установленные факты.

Элементарное обученіе римскому праву для подготовки къ составленію юридическихъ актовъ, равно какъ и изученіе каноническаго права въ школахъ, посвященныхъ такъ наз. artes liberales и состоявшихъ преимущественно при церквахъ и монастыряхъ, никогда не прекращалось. Менѣе достовѣрно повсемѣстное существованіе въ промежутокъ времени отъ VI до XI в. в. спеціальныхъ школъ по римскому праву, хотя о непрерывной дѣятельности такихъ школъ въ Римѣ, Павіи и Равеннѣ мы имѣемъ также достаточно опредѣленныя свидѣтельства. Не надо только упускать изъ виду, что изученіе римскаго права въ этихъ школахъ опиралось не на подлинные тексты, а на ходячія компиляціи, удовлетворявшія чисто практическимъ потребностямъ и представлявшія собой такъ назыв. вульгарное римское право, которое стояло къ настоящему римскому праву въ такомъ же отношеніи, въ какомъ вульгарная или такъ называемая „кухонная латынь“ стояла къ классическому латинскому языку. Только въ XI в., въ связи съ успѣхами городской жизни италіанскихъ республикъ и развитіемъ денежнаго хозяйства, мы присутствуемъ при первомъ „Возрожденіи“ классической древности, которое было провозвѣстникомъ „Возрожденія“ XVI в. и нашло себѣ выраженіе въ прославленной Ирнеріемъ юридической школѣ въ Болоньи.

Рецепція римскаго права стала возможной благодаря трудамъ этой

---

[1]) Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2-te Aufl., 1834—1851.

[2]) Conrat, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im frühren Mittelalter, I, 1891. Flach, Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge, 1890.

школы, которая положила въ средневѣковой Европѣ начало, можно сказать, даже научной обработкѣ права, если не въ смыслѣ его исторіи и законовъ развитія, то въ смыслѣ твердаго установленія текста источниковъ римскаго права, ихъ анализа, тонкаго толкованія, сопоставленія, сравненія, примиренія противорѣчій, словомъ—всего того, что называется экзегезой источниковъ. Поэтому Иринерій, прозванный своими современниками lucerna juris, т.-е. свѣточемъ права, и его школа, названная школой „глоссаторовъ", знаменуютъ собой цѣлую эпоху въ исторіи европейской юриспруденціи, связанную съ первымъ Возрожденіемъ классической древности. И нельзя удивляться тому, что это первое Возрожденіе коснулось права, а не искусства и изящной литературы, чередъ которыхъ наступилъ лишь черезъ нѣсколько столѣтій, если вспомнить, что право есть для всякаго общества предметъ необходимости, тогда какъ и искусство, и изящная литература могутъ быть отнесены скорѣе къ предметамъ роскоши.

Въ этомъ Возрожденіи не было ничего случайнаго, и причины его лежали въ условіяхъ общаго культурнаго развитія. Высшая ступень этого развитія сдѣлала необходимымъ и право высшаго порядка. „Это великое событіе—писалъ Савиньи—было вызвано не опредѣленіемъ государственной власти, а естественнымъ ходомъ вещей. Ломбардскіе города, среди которыхъ поднялась новая школа, достигли въ это время значительной густоты населенія, значительнаго богатства и могущества. Торговля и промышленность вдохнули въ себя новую жизнь и требовали развитого гражданскаго права. Права различныхъ германскихъ племенъ не удовлетворяли этой потребности, а скудныя свѣдѣнія по римскому праву, которыми довольствовались до тѣхъ поръ, были такъ же недостаточны... Между тѣмъ богатые источники римскаго права были подъ рукой, ихъ слѣдовало только изучить. Эти благопріятныя обстоятельства, можетъ быть, и не воскресили бы римскаго права, если бы оно уже исчезло. Но оно не переставало никогда существовать, и поэтому надо было только углубить его смыслъ и расширить его примѣненіе".

Практика могла бы, конечно, обойтись и безъ римскаго права, создавая новое, соотвѣтствующее условіямъ мѣста и времени право, какъ она и дѣлала это, напр., въ Англіи. Но, съ одной стороны, крайняя раздробленность права и слабость государственной власти, не сумѣвшей взять въ свои руки, какъ это случилось въ Англіи и во Франціи, объединеніе своего національнаго права съ чужеземнымъ, а съ другой—принципъ меньшаго усилія и законы подражанія произвели то, что готовое и отчасти извѣстное уже право, преимущества котораго ясно сознавались, было предпочтено—по крайней мѣрѣ, въ Германіи, всякому иному.

Характерную черту новой школы слѣдуетъ видѣть не только въ томъ, что ея основатель и продолжатели обратились впервые къ непосредственному изученію всего тогда извѣстнаго матеріала римскаго права,

въ центрѣ котораго стали законодательные сборники Юстиніана, но и въ томъ, что они высвободили и очистили этотъ матеріалъ отъ примѣси мѣстныхъ источниковъ права. Заключая въ себѣ отрывочныя и часто искаженныя положенія римскаго права, эти источники были наполнены въ то же время остатками варварства. Разнообразясь не только отъ государства къ государству, но и отъ города къ городу, отъ деревни къ деревнѣ, даже отъ улицы къ улицѣ, и лишенные вмѣстѣ съ тѣмъ достовѣрности и опредѣленности, они представляли хаотическое состояніе и не обезпечивали никого въ его правѣ. Противопоставить этому хаосу ясность, опредѣленность и точность чистаго римскаго права,—которое, если и не всегда соотвѣтствовало условіямъ времени, то обезпечивало, по крайней мѣрѣ, за всѣми извѣстность права, — было большой заслугой Болонской школы. Представителей ея называютъ „глоссаторами“ отъ слова „глосса“, означающаго объясненіе, обыкновенно короткое, дѣлаемое къ тексту и помѣщаемое сначала между строкъ этого текста, а потомъ и на его поляхъ.

Слабую сторону глоссаторовъ составляло то, что они были ограничены текстами римскихъ источниковъ права. Не зная ни исторіи, ни литературы римлянъ, не имѣя, поэтому, свѣдѣній и объ обстановкѣ, въ которой происходило развитіе римскихъ учрежденій, они не могли часто понять ни настоящаго смысла, ни значенія многихъ изъ этихъ учрежденій. Объ исторіи учрежденій въ XI вѣкѣ не могло быть рѣчи, и поэтому напрасно укорять глассаторовъ за недостатокъ историческаго смысла. Одно обращеніе ихъ къ источникамъ и непосредственное изученіе, хотя бы, одной части римскихъ древностей открыло средневѣковому обществу новый міръ. Съ XII вѣка въ Болонью стали сходиться со всѣхъ странъ ученики, основывавшіе потомъ подобныя же школы на родинѣ и разносившіе повсюду новое евангеліе. Это наносило первый ударъ единолично царившей до того теологіи. Родилось новое, независимое отъ церковнаго свѣтское знаніе, знаніе гражданскаго общества древняго Рима въ томъ видѣ, какъ оно представлялось среднимъ вѣкамъ и казалось образцомъ мудрости. Рядомъ съ текстами священнаго писанія и различныхъ богослововъ стали тексты римскаго права; рядомъ съ теологами—легисты, начавшіе оспаривать у первыхъ руководство умами. Церковь почувствовала этотъ ударъ и принялась преслѣдовать римское право, которое она сама до того культивировала и холила. Въ 1180 г. папа Александръ III запретилъ изученіе его монахамъ; Гонорій III распространилъ это запрещеніе на остальное духовенство и рѣшительно возсталъ противъ преподаванія римскаго права въ Парижскомъ университетѣ, бывшемъ главной твердыней теологіи [1]).

Но римское право, благодаря своему возрожденію въ XI в., пускаетъ все болѣе и болѣе корней въ соціальную жизнь, и если школа

---

[1]) Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 1901, 4-e éd., стр. 337 и слѣд.

глоссаторовъ приходитъ къ упадку уже въ началѣ XIII в., то ее смѣняетъ другая школа юристовъ, извѣстныхъ подъ именемъ „post-глоссаторовъ“ или „комментаторовъ“. Эта школа въ научномъ отношеніи ниже своей предшественницы и можетъ считаться даже ея антиподомъ, такъ какъ она дѣлаетъ большія уступки теологіи и усвоиваетъ себѣ ея схоластическую методу. Однако, близость этой школы къ господствующему въ средніе вѣка міросозерцанію и представляемыя ею практическія тенденціи обезпечиваютъ за римскимъ правомъ еще болѣе вліянія и значенія. Правда, и глоссаторы платили дань тому же міросозерцанію, такъ какъ Юстиніаново законодательство для нихъ — единственно истинная и вполнѣ законченная система права, заключающая въ себѣ и такъ наз. ratio juris, въ которую слѣдуетъ вѣрить слѣпо, подобно Библіи. Но они не доводили схоластической методы въ юриспруденціи до тѣхъ крайностей, къ которымъ приходятъ комментаторы, и стояли цѣликомъ на точкѣ зрѣнія Возрожденія, т.-е. возстановленія классической древности въ ея чистомъ видѣ и безъ отношенія къ ея непосредственно практическому примѣненію. Поэтому-то и работа глоссаторовъ была скорѣе научная, чѣмъ практическая, и метода ихъ— болѣе экзегетическая, чѣмъ схоластическая. Эта школа начала падать только потому, что она исполнила свое дѣло и извлекла изъ своей экзегетической методы все, что изъ нея можно было извлечь. Послѣ глоссы на римскіе источники пошли безконечныя глоссы на глоссы, за которыми было уже не видно первоначальнаго текста. И если глоссы римскихъ источниковъ были чрезвычайно полезны для возстановленія ихъ текста, предназначеннаго вытѣснить безпорядочные и неопредѣленные источники средневѣковаго мѣстнаго и вульгарнаго римскаго права, то глоссы на глоссы не отвѣчали уже этой цѣли.

Съ сознаніемъ и развитіемъ особенностей мѣстной жизни и приведеніемъ въ порядокъ ея собственныхъ источниковъ права, глоссированныя глоссы на чужое право сталкивались все чаще и чаще съ запросами мѣстной жизни. Это объясняетъ само собой и новое направленіе въ обработкѣ римскаго права. Комментаторы или „бартолисты“, какъ они называются нѣкоторое время по имени одного изъ своихъ главныхъ представителей (Bartolus), оказываются вмѣстѣ теоретиками и практиками. Всѣ ихъ усилія направлены на извлеченіе изъ римскаго права положеній, соотвѣтствующихъ потребностямъ ихъ времени и приспособленныхъ къ этимъ потребностямъ. Они не озабочены изученіемъ римскаго права, какъ такового: это послѣднее существуетъ для нихъ лишь въ тѣхъ испорченныхъ формахъ, въ которыя оно выливается въ каноническомъ законодательствѣ, въ современной имъ доктринѣ и практикѣ такъ наз. вульгарнаго римскаго права, въ ломбардскомъ обычномъ правѣ и въ городскихъ статутахъ. Corpus juris canonici представляется имъ исправленнымъ изданіемъ Corpus juris civilis, долженствующимъ

идти впереди этого послѣдняго, какъ позднѣйшее право. Поэтому комментаторамъ ничего не стоитъ и исказить любой текстъ римскаго права, разыскивая въ Corpus juris доказательства за или противъ какого-угодно положенія. Съ помощью римскихъ текстовъ они строятъ множество теорій, которыя не имѣютъ ничего общаго съ чистымъ римскимъ правомъ, но удовлетворяютъ потребностямъ эпохи. Римская собственность, римское обязательство, приданое или имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми представляли особенности, не соотвѣтствовавшія средневѣковымъ отношеніямъ, и если бы комментаторы не отступали отъ этихъ особенностей, рецепція римскаго права была бы невозможна. Для того-же, чтобы сдѣлать ее возможной, они останавливались на сходствахъ, часто случайныхъ между римскими и средневѣковыми институтами, разлагали эти послѣдніе на составляющія ихъ юридическія отношенія и отыскивали для нихъ римскія нормы. Такъ, напр., римскія положенія о рабствѣ признаны устраненными, средневѣковыя формы крестьянскаго пользованія землей уподоблены колонату, дѣтское имущество — peculium'у, римская стипуляція остается непонятой и замѣнена популяризированнымъ каноническимъ правомъ безформеннымъ договоромъ, гдѣ форма играетъ роль лишь способа доказательства, вексельный индоссаментъ разсматривается то какъ особый видъ римской цессіи, то какъ делегація съ дозволенной субделегаціей, и т. д.

Такимъ образомъ, дѣло комментаторовъ есть болѣе конструктивное, чѣмъ интерпретативное, и если они возвращаются отъ экзегетической методы глоссаторовъ къ богословской схоластической діалектикѣ, приводя вмѣсто доводовъ авторитеты и теряясь въ безконечныхъ подраздѣленіяхъ, различеніяхъ, ограниченіяхъ, правилахъ, исключеніяхъ изъ нихъ и, особенно, всяческихъ повтореніяхъ, то не надо забывать, что ихъ трудами создано все такъ наз. „общее", или „современное римское право", проникшее въ современныя законодательства и представляющее собой не что иное, какъ амальгаму римскихъ и вовсе уже не римскихъ, а новыхъ правообразованій.

Всѣ отмѣченныя вліянія, достаточно сильныя, чтобы мотивировать теоретическую рецепцію римскаго права, не могутъ объяснить его практической рецепціи, т.-е. примѣненія на практикѣ, которому эти вліянія расчищаютъ путь, но не доставляютъ еще господства. Примѣненіе римскаго права становится всеобщимъ—по крайней мѣрѣ, въ Германіи—лишь съ конца XV вѣка, когда юристы, воспитанные на римскомъ правѣ, получаютъ рѣшающій голосъ въ совѣтахъ не только императоровъ, но и всѣхъ новыхъ представителей территоріальной власти, и, особенно, когда они проникаютъ въ суды и вытѣсняютъ изъ нихъ старыхъ шеффеновъ и другихъ народныхъ судей. Какъ императоры пользуются юристами для защиты своихъ верховныхъ правъ противъ папъ, церкви и городскихъ республикъ, такъ и для развитія новой территоріальной власти

римское право дѣлается могучимъ оружіемъ борьбы противъ феодализма и сословныхъ привилегій. И вольные города не обходятся безъ помощи ученыхъ юристовъ, которые завѣдуютъ ихъ дѣлопроизводствомъ и составляютъ для нихъ статуты, подобно тому, какъ для территоріальныхъ властителей они же изготовляютъ земскія права и сборники обычаевъ, въ которыхъ національное право жертвуется безпощадно римскому. Но рѣшающее значеніе для практической рецепціи римскаго права въ Германіи слѣдуетъ признать все-таки не за вліяніемъ юристовъ на законодательство и управленіе, а за замѣщеніемъ здѣсь съ 1495 г. сначала половины, а потомъ и всѣхъ судей высшаго имперскаго суда (Reichskamergericht) лицами, присягавшими въ томъ, что они будутъ судить „на основаніи имперскаго и общаго права“. Эта формула заключала въ себѣ необходимо и римское право, принятое въ руководство и низшими судами, замѣщенными постепенно все тѣми же юристами, которые обращались этимъ самымъ въ вѣрнѣйшихъ проводниковъ римскаго права по всей странѣ [1]).

Сюда присоединяется еще предоставленное юридическимъ факультетамъ нѣмецкихъ университетовъ, въ составѣ ихъ такъ наз. Spruchcollegium, право постановлять судебныя рѣшенія на основаніи пересылаемыхъ имъ различными судами актовъ по тому или другому дѣлу. Этотъ институтъ, извѣстный подъ именемъ Actenversendung, возникаетъ только въ половинѣ XVI в., но корни его лежатъ въ далеко предшествующей рецепціи практикѣ сначала устнаго запроса (шествія), а съ утвержденіемъ письменности—и пересылки всѣхъ актовъ спорнаго дѣла однимъ судомъ шеффеновъ въ другой, когда первый, не довѣряя себѣ, отказывается отъ рѣшенія и предоставляетъ его другому, болѣе опытному суду, обыкновенно городскому. Этотъ другой судъ получаетъ названіе „высшаго“ (Oberhof) и, превращаясь постепенно изъ суда шеффеновъ въ судъ по назначенію, становится въ отношеніи къ юридическимъ факультетамъ въ то же положеніе, въ какомъ стоялъ къ нему прежде чисто народный судъ шеффеновъ, т.-е. онъ передаетъ въ случаяхъ сомнѣнія спорныя дѣла на рѣшеніе юридическихъ факультетовъ. Эти послѣдніе отправляютъ такую судебную функцію во многихъ нѣмецкихъ государствахъ вплоть до 1879 г., когда ей кладется конецъ введеннымъ въ это время въ дѣйствіе общеимперскимъ кодексомъ гражданскаго судопроизводства, и понятно, что составленные сплошь изъ канонистовъ и романистовъ юридическіе факультеты постановляютъ рѣшенія, основанныя исключительно на современномъ имъ римскомъ правѣ и этимъ самымъ такъ же способствуютъ его рецепціи, какъ и всѣ другіе суды [2]).

---

[1]) Stölzel, die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien, 1872, I, стр. 107—276 и слѣд.

[2]) Bülow, Das Ende des Actenversendungsrechts, въ Archiv für civilistische Praxis, B. 65, стр. 1 и слѣд. Schultze, Privatrecht und Process, стр. 30—49. Stölzel, въ ук. м.

Указавъ, въ общемъ, на ходъ рецепціи и выработавшійся подъ ея вліяніемъ типъ рецептивной юриспруденціи, постараемся теперь охарактеризовать ближе и объяснить этотъ типъ.

Объясненіе лежитъ, по вѣрному замѣчанію Штинтцинга [1]), въ тѣсной связи средневѣковой юриспруденціи съ теологіей. Эта связь основана не только на томъ, что представители той и другой отрасли знанія принадлежатъ сначала одному и тому же классу духовенства, но и на томъ, что какъ романисты, такъ и канонисты черпаютъ содержаніе своихъ знаній изъ источниковъ, одинъ разрядъ которыхъ, а именно источники каноническаго права—общи тѣмъ и другимъ, приводятъ ихъ въ непосредственное соприкосновеніе и обусловливаютъ параллельное во всемъ развитіе. Кромѣ того, общее теологическое направленіе времени, и, въ особенности, одинаковый методъ занятій, извѣстный подъ именемъ схоластической діалектики, вызываютъ естественно въ высшей степени сходныя явленія какъ въ теологіи, такъ и въ юриспруденціи. То, чѣмъ были для теологіи св. отцы, тѣмъ же стали для средневѣковой юриспруденціи ея четыре доктора (Bulgarus, Martinus, Hugo и Iacobus) или „четыре лиліи права“, какъ ихъ стали потомъ называть. „Glossa ordinaria“ Аккурціуса, суммировавшая въ XIII вѣкѣ всѣхъ предшествовшихъ ей глоссаторовъ, заняла въ юриспруденціи такое же мѣсто, какое въ теологіи давно уже принадлежало libri sententiarum Петра Ломбардскаго. Вскорѣ-же послѣ того, какъ схоластическая теологія достигла зенита славы въ лицѣ Альберта Великаго и Ѳомы Аквинскаго, юриспруденція провозгласила Бартолуса и Бальдуса своими высшими авторитетами. Послѣдніе не оставили послѣ себя, правда, такихъ цѣльныхъ ученій, какъ первые, но сила схоластической діалектики, виртуозность анализа и богатство казуистики дали ихъ сочиненіямъ такое значеніе, которое можетъ быть сравнено только съ авторитетомъ Ѳомы Аквинскаго и другихъ мастеровъ теологіи.

Общая теологіи и юриспруденціи точка отправленія, вызывавшая аналогичныя явленія въ той и другой области, заключалась въ безусловной вѣрѣ въ авторитетъ и въ убѣжденіи, что истина существуетъ въ готовомъ состояніи внѣ насъ, что ее нужно только извлечь изъ преданій, не отыскивая изъ какихъ-либо другихъ источниковъ. Священное писаніе въ теологіи и Аристотель въ философіи стали краеугольными камнями всей схоластики. Открыть согласіе между ними было задачей, надъ которой работала схоластическая діалектика. Тамъ, гдѣ примиреніе было невозможно, рѣшалъ авторитетъ Откровенія, какъ послѣдній критерій истины, и, Церковь, какъ его носительница.

То же явленіе повторяется въ юриспруденціи. Она еще болѣе фило-

[1]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1880, I, стр. 103 и слѣд.

софіи проникнута убѣжденіемъ во внѣшнемъ существованіи абсолютной истины и во внутреннемъ согласіи всѣхъ заключающихъ ее традицій. Связанность личнаго сужденія выступаетъ здѣсь даже ярче и находитъ себѣ больше оправданія, чѣмъ въ философіи, такъ какъ въ юриспруденціи дѣло идетъ не о метафизическихъ проблемахъ, а о положительномъ порядкѣ общественной жизни. Матеріалъ юриспруденціи былъ опредѣленъ и установленъ до послѣднихъ подробностей; ея трудъ направленъ не на то, чтобы отыскать новыя положенія, а на то, чтобы объяснить уже существующія, которыя заключали въ себѣ, по предположенію, абсолютныя истины, годныя для всякаго народа и для всякаго времени. При этомъ связанность сужденія была тѣмъ сильнѣе, чѣмъ подробнѣе, въ смыслѣ казуистичности, былъ матеріалъ, надъ которымъ работали юристы. Вѣра въ авторитетъ преданія упраздняла и всякую историческую критику. Относительно Юстиніанова законодательства считался безразличнымъ фактъ, что между нимъ и глоссой прошло болѣе 5 столѣтій. Глоссаторы толковали это законодательство съ такой наивностью, какъ бы дѣло шло о проведеніи въ жизнь современнаго имъ кодекса.

Въ такихъ условіяхъ юриспруденція, какъ и теологія, не могла примѣнять къ своимъ занятіямъ другого метода, кромѣ аналитическаго. Ей нельзя было ставить передъ собой иной задачи, какъ изложить уже существующій матеріалъ, разлагая его на части. Работа вслѣдствіе этого была направлена въ ширину, а не въ глубину, шла не на сосредоточеніе, а на разъединеніе. Разлагающая тенденція аналитическаго метода была доведена до того, что даже тамъ, гдѣ ставился вопросъ о примиреніи оказывавшихся въ источникахъ противорѣчій, это примиреніе отыскивалось не въ какомъ-либо высшемъ принципѣ, въ которомъ данныя противорѣчія находили бы свое объясненіе и разрѣшеніе, а въ различіяхъ, дававшихъ возможность утверждать каждое изъ противорѣчащихъ другъ другу положеній въ отграничиваемой ему области. Съ теченіемъ времени этотъ методъ выработался въ строго опредѣленный типъ, получившій названіе „mos italicus“ по имени страны, гдѣ онъ получилъ начало, и въ отличіе отъ такъ назыв. „mos docendi gallicus“, который развился въ XVI столѣтіи во Франціи и отличался отъ перваго, частью, введеніемъ въ изслѣдованіе, сверхъ исключительно юридическаго, еще историческаго, филологическаго и другихъ элементовъ знанія классической древности, частью—дополненіемъ анализа синтезомъ.

Новое направленіе въ юриспруденціи, которое часто называютъ „филологической школой“, и новый методъ въ ея работѣ — обязаны своимъ происхожденіемъ второму Возрожденію классическихъ штудій, начавшемуся въ XV вѣкѣ. Предвѣстники этого направленія, гуманисты—заняли сначала враждебное положеніе относительно юриспруденціи. Они подвергли „бартолистовъ“ жестокой критикѣ, и, напр., французъ Donaren писалъ, что проходящіе ихъ школу оказываются въ первый

годъ докторами, во второй — кандидатами, въ третій — бакалаврами, а въ четвертый — ровно ничѣмъ [1]). Но представленныя гуманистами идеи освобожденія индивида, въ его мыслительной и познавательной дѣятельности, въ его вѣрованіяхъ и нравственныхъ сужденіяхъ, отъ цѣпей традиціи, открытый разрывъ съ авторитетомъ преданія и сведеніе всѣхъ знаній къ ихъ первоначальному источнику—разуму, все это имѣло значеніе не для одной изящной литературы и должно было обнаружить свое вліяніе и на юриспруденцію, несмотря на защищавшую ее броню схоластики.

„Бартолисты“ довели въ это время юриспруденцію до послѣдней ступени упадка, зародыши котораго лежали въ ея теологическомъ направленіи и соотвѣтствующемъ ему методѣ работы, который велъ роковымъ образомъ къ разобщенію знаній и смѣшенію логическихъ формъ съ предметнымъ знаніемъ. Насколько это паденіе было значительно, можно судить по слѣдующимъ отзывамъ объ юриспруденціи, исходящимъ отъ современниковъ. „Accursianum absynthium bibere“ стало любимымъ выраженіемъ гуманистовъ для характеристики работы юристовъ. „Своими комментаріями,—говорилъ Ульрихъ фонъ-Гутенъ,—юристы облекаютъ въ туманъ самыя простыя понятія и производятъ страшный мракъ, ибо чѣмъ гуще облака и темнѣе ночь, распространяемая надъ книгами пандектъ, тѣмъ болѣе юристы считаются классическими и достойными удивленія. Нѣмецкіе князья перестали бы окружать бартолистовъ почетомъ, если бы они знали, какіе фарсы продѣлываютъ послѣдніе, сохраняя серьезныя мины. Они до того тупы, что губятъ лучшія головы, принимающіяся за ихъ изученіе. Что это за наука, которой словообильныя ученія опираются на дѣтскій лепетъ? Что это за мудрость, которая служитъ только къ тому, чтобы обманывать простоту и давать законамъ посредствомъ толкованій смыслъ, противоположный дѣйствительному намѣренію законодателя?“ [2]).

Такова была справедливая, хотя и отрицательная критика, направленная гуманистами противъ юриспруденціи. Но если сами гуманисты непосредственно сдѣлали для нея немного, такъ какъ нѣкоторые изъ нихъ, занимаясь юриспруденціей, не ввели въ нее ничего новаго, кромѣ того, что старались замѣнить замѣчательное отсутствіе вкуса, характеризовавшее современную имъ юриспруденцію, тѣмъ, что они называли „bonae litterae“, т.-е. правильностью и изяществомъ языка, усвоенными ими при изученіи греческихъ и латинскихъ поэтовъ,—несмотря на такой минимальный, повидимому, результатъ своего вліянія, одни гуманисты сдѣлали возможнымъ возрожденіе юриспруденціи, произведенное такъ назыв. „филологической школой“ во Франціи.

Эта школа, ведущая свое начало отъ Алціата и Будэ, но особенно

---

[1]) Brissaud, Cours d'histoire générale du droit français, I, стр. 348.

[2]) Stintzing, ук. соч., I, стр. 91.

прославленная именами Куяція и Донеля, старалась исправить оба существенныхъ недостатка схоластической юриспруденціи. Возвратясь къ изученію римскихъ источниковъ, заброшенныхъ комментаторами, она стала примѣнять къ ихъ изслѣдованію начало исторической критики, котораго такъ чуждались ея предшественники, и, кромѣ того, въ лицѣ Донеля, новая школа сдѣлала попытку замѣнить господствовавшій до нея анализъ источниковъ ихъ синтезомъ, т.-е. систематизаціей и сведеніемъ къ общимъ началамъ. Отражая на себѣ тенденціи эпохи Возрожденія, она занималась только подлиннымъ римскимъ правомъ и не заботилась о примиреніи его съ практическими потребностями своего времени. Поэтому, заслуги этой школы можно считать только научными и подготовительными къ расцвѣту такъ наз. „исторической школы“ въ юриспруденціи начала XIX в., тогда какъ вліяніе ея на практическую жизнь и судебную практику было ничтожно. Здѣсь попрежнему продолжала господствовать практическая и комментаторская юриспруденція, которая не только не интересовалась историческимъ развитіемъ права, но даже тяготилась вновь открываемыми источниками его. Для того, чтобы отдѣлаться отъ нихъ и остановиться на извѣстномъ Готофредовомъ изданіи „Corpus juris“, она выдумала и приняла къ постоянному руководству разъясненное выше положеніе, обратившееся въ поговорку: „Quicquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia“. Все не вошедшее въ глоссу Акурціуса и, въ томъ числѣ, всякія историческія знанія казались ей ненужнымъ украшеніемъ. Занимающихся ими она называла характерно для себя „элегантными“ юристами, или, какъ выражался Іоганъ Мозеръ, „галантными учеными“. Они сравнивались этимъ писателемъ, въ его наивной тривіальности, съ блестящимъ фейерверкомъ, которому надо предпочесть фунтъ простыхъ свѣчей, такъ какъ изъ него скорѣе можно извлечь что-нибудь пригодное. Синтетическая попытка Донеля такъ же не нашла себѣ подражателей, и всѣ системы, въ которыхъ излагалось еще долго послѣ него право, носили на себѣ только наружный видъ синтеза, будучи въ дѣйствительности формально-логическими схемами, не проникавшими въ истинную связь между отдѣльными положеніями и институтами права.

Вся юридическая литература этого времени состояла изъ безконечныхъ комментаріевъ, длинныхъ и безсодержательныхъ диссертацій на различныя темы римскаго права, и произведеній такъ наз. каутелярной или популярной литературы, заключавшей въ себѣ практическіе совѣты и указанія на средства юридической защиты въ различныхъ затруднительныхъ обстоятельствахъ жизни. Собраніе такихъ „consilia et remedia“ были достаточно распространены и заключали въ себѣ часто указанія на такіе хитрые изворотъ и совѣты такого коварства, что именно эту литературу, несмотря и на ея несомнѣнное содѣйствіе рецепціи римскаго права, въ смыслѣ популяризаціи этой послѣдней, нѣкоторые юристы считаютъ не безъ основанія одной изъ главныхъ причинъ извращенія юриспруденціи.

Приведемъ для характеристики этой литературы отрывокъ изъ одного распространеннаго въ XVI вѣкѣ трактата, напечатаннаго въ извлеченіи Штинтцингомъ, въ его Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft [1]). „Добиться отсрочки смертнаго приговора, говорится тутъ, можно ссылкой на то, что осужденный обязанъ отчетностью по торговымъ дѣламъ или долженъ сдѣлаться клирикомъ; тогда свѣтскій судья не можетъ наложить на него руку. Отъ опаснаго свидѣтеля можно отдѣлаться, давъ ему заблаговременно пощечину и отведя его затѣмъ на судѣ подъ предлогомъ непріязненныхъ съ нимъ отношеній. Если кто хочетъ пріобрѣсть вещь, которую собственникъ не желаетъ продать, тотъ долженъ взять эту вещь въ ссуду и затѣмъ объявить, что она потеряна. Выплативъ цѣнность этой вещи собственнику, можно снова вывести ее на свѣтъ Божій безъ опасенія отвѣчать по виндикаціонному иску. Кто хочетъ нарушить данное подъ присягой обѣщаніе безъ риска подвергнуться обвиненію въ клятвопреступленіи, тотъ долженъ позаботиться о томъ, чтобы присяга была снята съ него въ праздничный день, ибо въ этомъ случаѣ она недѣйствительна. Если кто принуждается вступить въ бракъ съ женщиной, съ которой онъ состоялъ въ незаконной связи, тотъ долженъ объявить себя готовымъ къ заключенію брака, но затѣмъ предъ лицомъ священника и свидѣтелей заявить, что онъ оставитъ жену, если она сдѣлается конкубиной другого. Присутствующіе не найдутъ въ этой оговоркѣ, оправдываемой прошлымъ невѣсты, ничего необычнаго; между тѣмъ, бракъ будетъ недѣйствителенъ, такъ какъ онъ не можетъ быть заключенъ подъ условіемъ, сопровождавшимъ въ данномъ случаѣ его заключеніе", и т. д.

Справедливость требуетъ, однако, замѣтить, что, на ряду съ такими вѣроломными совѣтами, каутелярная литература заключала въ себѣ и множество весьма полезныхъ указаній на разумный и осторожный образъ дѣйствій. Эти указанія удовлетворяли требованіямъ времени, которое не думало о проникновеніи въ глубину права, а хотѣло удовлетворить только своимъ практическимъ потребностямъ. И, подобно тому, какъ римляне находили, что они вступили въ обладаніе огромнымъ богатствомъ, когда Флавій открылъ имъ формулы исковъ, такъ точно и наши предки разсматривали внѣшнее знаніе формъ, какъ важнѣйшую задачу права. Поэтому-то сборники судебныхъ формъ и разныхъ практическихъ свѣдѣній по дѣйствующему праву и пользовались въ книжной торговлѣ большимъ распространеніемъ.

О сословіи юристовъ конца среднихъ вѣковъ и всего послѣдующаго періода, заканчивающагося кодификаціями конца XVIII и начала XIX в., нужно сказать вообще, что это сословіе играло огромную и, скажемъ, не тая истины, незавидную роль въ общественной жизни своего вре-

[1]) Stintzing, ук. соч., I, стр. 534—536.

мени. По поводу этой роли въ нѣмецкомъ народѣ давно сложилась поговорка: „Iuristen böse Christen“ (юристы — дурные христіане), которой соотвѣтствуютъ и французскія изреченія: „bon jurisconsulte — mauvais chrétien“ и „le ciel nous préserve de l'équité des parlements“. Объясняя происхожденіе и значеніе этихъ поговорокъ, имѣющихъ глубокій историческій смыслъ, Штинтцингъ пріурочивалъ ихъ въ рѣчи, произнесенной имъ на одномъ университетскомъ торжествѣ въ Боннѣ [1]), къ разрыву, совершившемуся въ концѣ среднихъ вѣковъ между церковью и государствомъ, или, лучше сказать, къ раздѣленію духовныхъ и свѣтскихъ функцій между той и другой властью. Извѣстно, какъ долго церковь исполняла сама функціи права, распространяя ихъ на мірянъ и упражняя вообще право верховнаго надзора надъ всѣми отправленіями правосудія. Понятія христіанства, церкви и права покрывали другъ друга, и въ это время поговорки „bon jurisconculte—mauvais chrétien“, конечно, не существовало. Кромѣ того, поговорка эта предполагаетъ сложившееся сословіе юристовъ, котораго въ теченіе значительной части среднихъ вѣковъ не было, такъ какъ, рядомъ съ шеффенами и другими народными судьями, мы встрѣчаемся сначала только съ клириками, какъ служителями правосудія. Время же, въ которое свѣтское сословіе юристовъ отдѣлилось отъ духовенства, положило вмѣстѣ съ тѣмъ основаніе и современному государству. Съ вымираніемъ шеффеновъ наступаетъ господство писаннаго императорскаго, т.-е. римскаго права, изучаемаго въ высшихъ юридическихъ школахъ и примѣняемаго все въ болѣе и болѣе широкихъ областяхъ гражданской жизни. Съ этимъ вмѣстѣ вступаетъ въ силу другой, высшій авторитетъ права, чѣмъ авторитетъ церкви. Государство превращается въ самостоятельный организмъ, основанный на свѣтскомъ правѣ; юриспруденція дѣлается свѣтскимъ призваніемъ, а представители ея — носителями и защитниками государственной идеи, въ интересахъ которой они складываются въ крѣпкое сословіе и начинаютъ отправлять функціи правосудія, составлявшія прежде прерогативу церкви. Само собой разумѣется, что церковь не могла не увидѣть въ этомъ порядкѣ нарушенія своего исконнаго права и вступила въ борьбу съ тѣмъ же римскимъ правомъ, котораго первоначальнымъ проводникомъ была она сама. Отсюда и пошла, по мнѣнію Штинтцинга, вражда церкви къ сословію юристовъ, какъ глашатаевъ новаго порядка; здѣсь находится и источникъ поговорки: „Iuristen — böse Christen“.

Это мнѣніе Штинцинга, какъ оно ни кажется основательнымъ, представляетъ, однако, только одну сторону дѣла, наименѣе обидную для юристовъ того времени. Происхожденіе поговорки „Iuristen böse Crhisten“ лежитъ, какъ намъ кажется, глубже, чѣмъ въ антагонизмѣ свѣтской и духовной власти. Оно лежитъ въ болѣе широкомъ антагонизмѣ,

[1]) Stintzing, das Sprichwort „Iuristen böse Christen“, 1875, стр. 5 и слѣд.

существующемъ всегда между чувствомъ справедливости и попираніемъ этого чувства въ виду корыстныхъ разсчетовъ. Юристы среднихъ вѣковъ и слѣдующаго затѣмъ времени роста политическаго абсолютизма составили себѣ печальную извѣстность именно такимъ попираніемъ чувства справедливости и пользованіемъ лазейками закона для достиженія личныхъ цѣлей или выгодъ своихъ могущественныхъ кліентовъ. Они служили свѣтской власти не только въ ея борьбѣ съ темными силами клерикализма и привилегіями сословій, но содѣйствовали въ то же время разоренію и подчиненію общинъ всепоглощающей власти централизаціи и сдѣлали все отъ нихъ зависящее для закрѣпощенія и обезземеленія крестьянъ въ Англіи, Франціи, Германіи и на остальномъ материкѣ Европы. Они приходили къ этому результату съ помощью различныхъ теорій, создаваемыхъ ad hoc, подъ прикрытіемъ авторитета римскаго права, дававшаго готовыя формулы для мнимаго узаконенія какихъ угодно актовъ насилія. Съ этими теоріями мы познакомимся ближе при изученіи институтовъ собственности и сервитутовъ, а здѣсь упомянемъ лишь вскользь о римскомъ дѣленіи лицъ на свободныхъ и рабовъ, которое сдѣлалось въ рукахъ комментаторовъ юридическимъ критеріемъ для регулированія отношеній помѣщиковъ къ крестьянамъ и однимъ изъ средствъ закрѣпощенія послѣднихъ.

Отсюда понятна и глубокая ненависть крестьянъ къ докторамъ права. Во время крестьянскихъ войнъ выставлялось категорическое требованіе о снесеніи этихъ докторовъ съ лица земли. Въ одной изъ крестьянскихъ программъ было сказано: „ни одинъ докторъ римскаго права не можетъ быть допущенъ ни въ одинъ судъ; народу должно быть возвращено его старое отечественное естественное право“. Протестъ противъ юристовъ выражался и въ другихъ формахъ, исходилъ и изъ другихъ классовъ общества; его заявляли и сословные сеймы, и отдѣльныя, наиболѣе авторитетныя лица своего времени. Приведемъ нѣсколько такихъ свидѣтельствъ изъ періода реформаціи. Они не оставятъ никакихъ сомнѣній о характерѣ работы юристовъ того времени. Одно изъ этихъ свидѣтельствъ называетъ корысть и честолюбіе основными чертами дѣятельности сословія юристовъ. Лютеръ, возставшій съ такой энергіей противъ авторитета папской власти, питалъ полное презрѣніе къ юристамъ и пользовался часто направленной противъ нихъ поговоркой, которая нѣкоторое время и приписывалась ему. Въ одномъ изъ своихъ сочиненій онъ задается вопросомъ: можетъ ли благодать нисходить на „приставовъ, палачей, юристовъ и адвокатовъ“, и разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ смыслѣ отрицанія. Знаменитый гуманистъ Ульрихъ фонъ-Гутенъ считаетъ юристовъ и писцовъ, вмѣстѣ со священниками и купцами, тѣми „разбойниками, которые разоряютъ Германію“. Одни эти сопоставленія юристовъ съ палачами и разбойниками, а равно и имена людей, дѣлающихъ эти сопоставленія, доказываютъ, что корень враждебнаго настроенія противъ юри-

стовъ лежалъ въ характерѣ ихъ дѣятельности, а не только въ положеніи, занятомъ ими относительно духовенства.

Такой же безпощадной критикѣ подвергаются „доктора права“ и со стороны юристовъ, захваченныхъ теченіемъ того освободительнаго движенія, которое извѣстно въ исторіи подъ именемъ Возрожденія. „Я не придаю большей цѣны юриспруденціи—писалъ извѣстный Цазій—въ томъ видѣ, какъ она излагается у Бартола, Бальда и другихъ. Если исключить ошибки, которыя тамъ находятся, то останется немного годнаго. Если бы юристы не слѣдовали слѣпо за глоссой и Бартоломъ, то смыслъ права представлялся бы намъ яснѣе и чище, и исчезла бы добрая часть комментаріевъ, переполненныхъ заблужденіями. Такъ называемое „общее мнѣніе юристовъ“ (communis opinio doctorum) имѣетъ цѣну сомнительную. Часто оно покоится только на томъ, что ученые привыкли, вмѣсто самостоятельнаго изслѣдованія, слѣдовать слѣпо другъ за другомъ. Если оно основано на источникахъ, то имѣетъ цѣну потому, что вѣрно. Противорѣча имъ, оно лишено всякаго авторитета“ [1]).

Резюмируя все, что было говорено объ европейской юриспруденціи времени рецепціи римскаго права, мы можемъ сказать коротко, что эта юриспруденція была не столько продуктивна, сколько рецептивна. Она занимала чужое право, не останавливаясь на его особенностяхъ, часто не совмѣстимыхъ съ новыми условіями жизни. Правда, она отбрасывала институты, стоявшіе въ непримиримомъ противорѣчіи съ этими условіями, напр., рабство и множество институтовъ публичнаго права; но въ отношеніи къ заимствуемымъ институтамъ она довольствовалась чисто внѣшнимъ сходствомъ между ними и приспособляемыми къ нимъ условіями европейской жизни. Встрѣчаясь-же съ новыми явленіями, отсутствовавшими у римлянъ, она подводила со всевозможными натяжками эти явленія подъ тѣ же римскія опредѣленія. Говоря другими словами, центръ тяжести европейской юриспруденціи лежалъ, несмотря на ея практическія тенденціи, не въ наблюденіи жизни и формулированіи права на основаніи этого наблюденія, а въ простомъ заимствованіи римскихъ положеній, безъ изслѣдованія мотивовъ и цѣлей этихъ положеній, безъ исторической критики послѣднихъ, съ полной вѣрой въ ихъ абсолютное совершенство и пригодность для всѣхъ временъ и народовъ. Естественнымъ результатомъ такого направленія юриспруденціи былъ ея мертвящій формализмъ, связанный съ пренебреженіемъ къ живымъ факторамъ права и злоупотребленіемъ діалектической методой его обработки.

О наукѣ права въ смыслѣ примѣненія къ ея предмету научной методы и изслѣдованія развитія правовыхъ явленій здѣсь не было и помину, а потому мы не отступимъ отъ истины, если скажемъ, что условія рецепціи римскаго права въ Западной Европѣ были неблагопріятны для

[1]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, стр. 161—162.

научной постановки правовѣдѣнія. Эта послѣдняя должна была сдѣлаться продуктомъ иныхъ, постороннихъ факту рецепцій, вліяній, къ обозрѣнію которыхъ мы теперь и переходимъ.

3. Школа „естественнаго права“ и кодификаціонное движеніе.

А) Въ ряду факторовъ, содѣйствовавшихъ научной постановкѣ гражданскаго права, надо назвать прежде всего философское направленіе, извѣстное подъ именемъ „школы естественнаго права“. Эта школа была выраженіемъ въ области права того раціонализма, который господствовалъ въ Европѣ XVII—XVIII столѣтій и мнилъ дойти исключительно путемъ выводовъ изъ „разума“ до началъ, опредѣляющихъ всѣ стороны человѣческой жизни. Это было время, до такой степени проникнутое убѣжденіемъ во всемогуществѣ разума, что явленія нравственности, религіи, искусства, права, государства, языка строились раціонализмомъ прямо на разумѣ и выводились изъ него безъ ближайшаго отношенія къ свойствамъ этихъ явленій и ихъ изученію въ томъ видѣ, какъ они выступали въ дѣйствительной жизни. Въ области правовѣдѣнія считалось, напр., возможнымъ составленіе одного идеальнаго законодательства, основаннаго на разумѣ и пригоднаго для всѣхъ временъ и народовъ. Историческое прошлое лишено для этой школы всякаго значенія, такъ какъ настоящее принадлежитъ самому себѣ и имѣетъ миссіей освобожденіе живого отъ всего мертваго и устарѣлаго. Эта миссія исполняется законодателемъ, воля котораго всесильна и способна создать изъ себя, при свѣтѣ разума, такой кодексъ, который послужитъ къ счастью человѣчества. Но какъ создать этотъ кодексъ и составляющія его нормы? На этотъ вопросъ философы „естественнаго права“ отвѣчаютъ различно, и, сходясь въ признаніи разума единственнымъ источникомъ этого права, они расходятся въ первоначальныхъ посылкахъ, основанныхъ на томъ же разумѣ. Такими посылками, изъ которыхъ выводится все такъ наз. „естественное право“, общее всѣмъ людямъ, независимое отъ государства и предшествующее ему,—такими посылками служатъ, въ общемъ, либо то или другое качество человѣческой природы, обладающее наибольшей общностью, какъ, напр., эгоизмъ, алтруизмъ и т. д. (Гоббсъ, Гуго Гроцій), либо природа самого права (Руссо, Кантъ).

Изъ сказаннаго уже видно, что методологическая основа школы, заключающаяся въ признаніи индивидуальнаго разума—другого мы, къ сожалѣнію, не знаемъ,—своимъ единственнымъ источникомъ, носитъ несомнѣнную печать апріоризма. Эта основа лежитъ не въ опытѣ и наблюденіи, которыми опредѣляется научное знаніе, а въ выводахъ изъ такого чисто субъективнаго начала, какимъ нельзя не считать человѣческаго разума,

измѣняющагося не только отъ индивида къ индивиду и отъ одного времени къ другому, но и отъ различныхъ положеній и настроеній одного и того же индивида. На одномъ и томъ же разумѣ строятся, какъ на это уже не разъ указывалось, такія противоположныя и взаимно исключающія положенія, какъ, напр., подчиненіе церкви государству и независимость церкви отъ государства, признаніе и отрицаніе права на существованіе, на образованіе, на трудъ, или оправданіе и осужденіе то капиталистическаго, то соціалистическаго строя, и т. д. Что касается выводовъ изъ общихъ свойствъ „человѣческой природы", то довольно замѣтить, что изъ этой природы не осталось бы ничего, кромѣ общаго анатомическаго строенія и извѣстныхъ физіологическихъ функцій и склонностей, если бы мы брали ее безъ тѣхъ историческихъ особенностей, которыми люди отличаются другъ отъ друга. Внѣ этихъ историческихъ особенностей, условій воспитанія и вліянія окружающей среды, выводы изъ „человѣческой природы" не имѣютъ никакого значенія и могутъ въ лучшемъ случаѣ объяснить необходимость юридическаго регулированія, но никакъ не содержаніе этого регулированія. И выводы изъ „природы права" получили бы цѣнность лишь въ томъ случаѣ, если бы къ этой природѣ приходили путемъ индукціи и синтеза подлежащихъ изслѣдованію отношеній соціальной жизни: иначе эти выводы повторяли бы только то, что уже содержалось бы въ апріорномъ сужденіи о „природѣ права" [1]).

Отмѣченныя ошибки характерны для апріорной методы, отвергнутой теперь во всѣхъ отрасляхъ знанія, кромѣ метафизической философіи и формальной юриспруденціи. Но онѣ связаны такъ тѣсно съ ученіями школы „естественнаго права", что нѣкоторые писатели называютъ не безъ основанія эти ученія „апріорной теоріей права" [2]). Вотъ коренной недостатокъ всей школы, и не съ этой, конечно, чисто методологической стороны школа „естественнаго права" могла быть полезна научному правовѣдѣнію. Сила ея заключалась въ цѣляхъ, къ которымъ она стремилась, и которыя могутъ быть сведены, во-1), къ провозглашенію права личности, не производнаго отъ государства, а первоначальнаго и имѣющаго въ себѣ самомъ свое основаніе, и, во-2), къ противоположенію существующимъ, установленнымъ эмпирическимъ путемъ и поэтому уже измѣнчивымъ нормамъ положительнаго права—другихъ, абсолютныхъ и идеальныхъ нормъ, характеризуемыхъ вѣчнымъ и неизмѣннымъ содержаніемъ. „Естественное право" въ этомъ смыслѣ опять не вы-

[1]) Stammler. Systematische Rechtswissenschaft, стр. IV—V. Sternberg, Allgemeine Rechtslehre, 1904, стр. 181 и слѣд. Моя статья „Право въ его основныхъ моментахъ" въ Сборникѣ общихъ юридическихъ знаній 1899, стр. 79—80, и книга „Свобода и ея гарантіи", 1910, стр. 53 и слѣд.

[2]) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892. Neukamp, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts, 1895.

держиваетъ научной критики, такъ какъ, противорѣча общему закону развитія, оно опровергается и тѣмъ наблюденіемъ, которое показываетъ, что приписываемыя „естественному праву“ положенія не только не встрѣчаются у всѣхъ народовъ и во всѣ времена ихъ существованія, но что дѣйствительныя состоянія права различныхъ народовъ и въ различные періоды ихъ развитія представляютъ нормы, прямо противоположныя тѣмъ, которыя принимаются школой за „вѣчныя и всеобщія“. Если защитники такого вѣчнаго и повсемѣстнаго „естественнаго права“ могутъ сказать, что измѣнчивость права въ прошломъ не говоритъ à priori за необходимость этихъ измѣненій и въ будущемъ, и что разнообразіе индивидуальныхъ воззрѣній на идеальное право не исключаетъ возможности соглашенія этихъ воззрѣній и образованія единаго представленія объ идеальномъ правѣ, то подобная защита превѣчнаго „естественнаго права“ не достигаетъ своей цѣли. Мы не можемъ судить научно о будущемъ иначе, какъ на основаніи индукцій, выведенныхъ изъ прошлаго и настоящаго, и примиреніе противоположныхъ воззрѣній на идеальное право возможно только въ условіяхъ времени и пространства.

Кромѣ того, намъ извѣстно, что право въ самомъ своемъ понятіи служитъ только однимъ изъ регуляторовъ постоянно измѣняющихся условій общественной жизни, и что уже поэтому оно не можетъ не измѣняться вмѣстѣ съ этими послѣдними. Значитъ, ни врожденныхъ правъ личности, стоящихъ независимо отъ союза, которому принадлежитъ личность, ни вѣчныхъ и повсемѣстныхъ нормъ идеальнаго права—не существуетъ, и, „естественное право“, приписывающее своимъ положеніямъ свойства „вѣчности, неизмѣнности и всеобщности“, есть чистая иллюзія.

Но неправильность данной квалификаціи „естественнаго права“, обусловленная апріорной методой мышленія, не говоритъ ничего противъ „естественнаго права“ въ смыслѣ не регулированныхъ положительнымъ законодательствомъ самостоятельныхъ правъ личности и такъ же не формулированныхъ идеальныхъ нормъ—съ измѣнчивымъ содержаніемъ, наполняемымъ идеями каждой данной исторической эпохи. Такія индивидуальныя права и такое идеальное право съ измѣняющимся во времени и въ пространствѣ содержаніемъ не всегда даже противорѣчитъ положительному праву, которое часто не заключаетъ въ себѣ только соотвѣтствующихъ имъ нормъ, но или прямо разрѣшаетъ судьямъ руководствоваться „естественнымъ правомъ“ въ случаѣ пробѣловъ и антиномій положительнаго законодательства—какъ это дѣлаетъ, напр., ст. 7 австрійскаго гражданскаго уложенія,—или предполагаетъ такое руководство „естественнымъ правомъ“ въ своихъ распоряженіяхъ о рѣшеніи извѣстныхъ категорій дѣлъ на основаніи „усмотрѣнія судьи“, „природы вещей“, и т. д. Сюда можно было бы отнести и такъ назыв. „конвенціональныя нормы“, т.-е. такія, слѣдованіе которымъ обусловлено не установленіемъ государственной власти, а добровольнымъ подчиненіемъ всего общества

или его отдѣльныхъ классовъ, напр., нормы о дуэляхъ и другихъ видахъ нерегулированнаго, но необходимаго въ сознаніи даннаго общества самоуправства. Къ такому же „естественному праву“ можно было бы причислить и нормы, отсутствующія въ данномъ положительномъ законодательствѣ только потому, что онѣ отстаютъ отъ своего спеціальнаго источника и предполагаются дѣйствующими сами собой. Это послѣднее явленіе находитъ свое объясненіе въ извѣстномъ психическомъ процессѣ отвлеченія идеи отъ ея конкретнаго корня, и къ нормамъ, носящимъ такой характеръ, Дж. Ст. Милль, напр., сводитъ все содержаніе „естественнаго права“, считая послѣднее частью положительнаго: различіе между тѣмъ и другимъ онъ видитъ только въ томъ, что первое, благодаря процессу абстракціи, забываетъ объ источникѣ своего возникновенія, а второе удерживаетъ этотъ источникъ въ памяти. Не вступая въ разборъ этого интереснаго, но далеко не обнимающаго всѣхъ формъ „естественнаго права“ взгляда, мы должны имѣть въ виду не это „естественное право“, входящее составной частью въ положительное и поэтому уже не представляющее собой ничего самостоятельнаго, а то „естественное право“, которое прямо противополагается положительному и служитъ для послѣдняго идеальной цѣлью и мѣриломъ оцѣнки.

Если большинство современныхъ юристовъ утверждаетъ, что и такое „естественное право“ не заслуживаетъ названія права, то утвержденіе это сводится къ словесному спору, при которомъ „естественное право“ можетъ прекрасно продолжать свое существованіе. Что̀ заставляетъ насъ, въ самомъ дѣлѣ, ограничивать понятіе права такими лишь нормами, за которыми стоитъ принудительная санкція закона, обычая и другихъ формально дѣйствующихъ источниковъ права? Подобное ограниченіе понятія права заключало бы въ себѣ очевидную petitio principii, противъ которой всегда можно было бы возразить слѣдующимъ вопросомъ: почему не распространять понятія права и на нормы, связывающія законодательство поставленными передъ нимъ цѣлями, и связывающія, въ то же время, вопреки нормамъ формальныхъ источниковъ права, и общество въ силу его сознанія объ обязательности этихъ цѣлей? Нѣтъ сомнѣнія, что такое „естественное право“ различно отъ положительнаго, и общее мнѣніе учителей „естественнаго права“ было всегда таково, что оно ставитъ не столько нормы судьямъ, сколько цѣли законодателю. Поэтому вопросъ можетъ итти только о томъ, допустимо-ли рядомъ съ положительнымъ правомъ, снабженнымъ внѣшней принудительной санкціей, и другое, идеальное право, которое направляетъ первое, указываетъ ему на то, что̀ должно быть правомъ, и обладаетъ одновременно и внутренне-принудительной или нравственной санкціей?

Господствующее мнѣніе отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно, и однимъ изъ горячихъ противниковъ „естественнаго права“ въ современной юридической литературѣ, Бергбомомъ, предпринятъ противъ него

даже настоящій походъ. Въ ученой и объемистой книгѣ, озаглавленной „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“, этотъ писатель разсматриваетъ положительное и „естественное право“, какъ взаимно исключающія понятія и приходитъ къ слѣдующей дилеммѣ: или „естественное право“, и тогда не можетъ быть положительнаго, или положительное, и тогда нѣтъ мѣста „естественному праву“. Другой современный намъ и болѣе глубокій, чѣмъ Бергбомъ, юристъ Штаммлеръ, напечатавшій нѣсколько лѣтъ назадъ очень цѣнное сочиненіе подъ заглавіемъ „Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung“, возстаетъ справедливо противъ такого уничтожающаго приговора въ отношеніи къ „естественному праву“ и спрашиваетъ: почему положительное право нельзя ставить въ критическое сравненіе съ идеальнымъ и указывать на преимущества этого послѣдняго? Ни Бергбомъ, ни кто бы то ни было изъ приверженцевъ доктрины исключительнаго господства положительнаго права, не можетъ отрицать существованіе негодныхъ или отжившихъ свой вѣкъ законодательныхъ постановленій, располагающихъ только формальной силой и не примѣняемыхъ на дѣлѣ. Съ другой стороны, мы сравниваемъ постоянно системы права различныхъ народовъ и не только находимъ иногда наше право хуже чужого, но и заимствуемъ это послѣднее, что̀ имѣло мѣсто, какъ извѣстно, въ отношеніи къ римскому праву, принимавшемуся еще не такъ давно за „писанный разумъ“, къ англійскимъ политическимъ учрежденіямъ, и въ массѣ другихъ случаевъ. Если-же возможно такое прекращеніе дѣйствія формально-обязательныхъ нормъ и сравненіе этихъ послѣднихъ съ другими, лучшими нормами иностранныхъ законодательствъ, то возможно и возникновеніе новыхъ, не зависящихъ отъ государственнаго признанія нормъ, и сравненіе положительнаго права съ идеальнымъ—безъ малѣйшаго конфликта съ тѣмъ положеніемъ, которое Бергбомъ считаетъ несовмѣстимымъ съ признаніемъ „естественнаго права“, и которое гласитъ, что въ одномъ мѣстѣ и въ одно время не могутъ дѣйствовать двѣ исключающія другъ друга системы права. Это положеніе разумѣется само собой, но оно ни мало не опровергаетъ существованія рядомъ съ однимъ, дѣйствующимъ формально, и другого, коренящагося въ общественномъ сознаніи и добровольно осуществляемаго права, съ которымъ первое ставится въ критическое сравненіе, имъ направляется и имъ же совершенствуется.

Что здѣсь нѣтъ противорѣчія, это видно изъ того, что „естественное право“, служащее масштабомъ и идеальной цѣлью для законодателя, вовсе не нуждается въ томъ, чтобы быть въ то же время и въ томъ же мѣстѣ формально-дѣйствующимъ правомъ. Дѣйствіе его не стѣсняетъ формально дѣйствія положительнаго права, такъ какъ это дѣйствіе—*другого рода*, не имѣющее силы внѣшне-принудительной нормы ни для отдѣльныхъ лицъ, ни для исполнительныхъ органовъ государства. Это, слѣдовательно, не право, однородно дѣйствующее въ одно и то же время и въ одномъ

и томъ же мѣстѣ съ исторически развившимся положительнымъ правомъ, а право, освѣщающее законодателя и добровольно примѣняющееся въ силу сознанія общества объ его превосходствѣ надъ положительнымъ правомъ. Реальность такого „естественнаго права“ выступаетъ особенно наглядно при всякой реформѣ существующихъ юридическихъ состояній, и противъ него Бергбомъ и его единомышленники не привели никакихъ доказательствъ, которыя едва-ли и могли бы быть приведены относительно явленія, составляющаго несомнѣнный историческій фактъ и необходимую функцію права въ процессѣ его развитія. Не слѣдуетъ защищать только старое „естественное право“, запечатлѣнное разъ навсегда опредѣленнымъ содержаніемъ и служащее образцомъ для всякаго времени и всякаго мѣста. Подобное „естественное право“ представляетъ собою начало застоя и неподвижности въ правѣ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, логическій абсурдъ. Но „естественное право“, занимающее указанное сейчасъ мѣсто и не выходящее изъ предѣловъ измѣняющагося во времени и пространствѣ содержанія, мы должны признать какъ историческій фактъ, и понимать подъ нимъ тѣ нормы, которыя соблюдаются въ жизни независимо отъ государственной воли, на основаніи общественнаго сознанія объ ихъ обязательности въ данныхъ эмпирически установленныхъ условіяхъ. Эти нормы не обладаютъ еще, въ силу своей соціальной санкціи, дѣйствіемъ нормъ положительнаго права, но онѣ добровольно исполняются, примѣняются судами и обращаются къ производящимъ факторамъ положительнаго права съ требованіемъ о необходимыхъ измѣненіяхъ и преобразованіяхъ послѣдняго.

Такимъ образомъ, предложенная Бергбомомъ альтернатива—или вѣчное, неизмѣнное, идеальное „естественное“ право, или ничего, кромѣ исторически выработанныхъ нормъ положительнаго права — должна быть отвергнута, и вмѣсто нея слѣдуетъ признать два типа права: 1) нормы, выражающія то, что въ данныхъ измѣнчивыхъ условіяхъ соціальной жизни соотвѣтствуетъ этимъ условіямъ,—это будутъ нормы „естественнаго права“ въ разъясненномъ выше смыслѣ; 2) нормы исторически унаслѣдованнаго положительнаго права, которыми огромное большинство современныхъ юристовъ тщетно стремится ограничить и понятіе права, и интересъ къ этому послѣднему. Вотъ выводъ, вытекающій изъ изученія и критики старой школы „естественнаго права“, которой мы обязаны, поэтому, расширеніемъ нашего представленія о правѣ и указаніемъ на истинно-прогрессивные элементы въ его развитіи. А что „естественное право“, въ своемъ противоположеніи положительному и въ значеніи прогрессивнаго фактора исторіи права, составляетъ несомнѣнный историческій фактъ, это доказывается лучше всего тѣмъ, что противоположеніе его положительному праву начинается не только съ раціонализмомъ, но и съ первымъ пробужденіемъ человѣческой личности, достигающей сознанія своего индивидуальнаго права. Исторія этого противополо-

женія есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, исторія освобожденія личности отъ связывающихъ ее союзовъ, и, въ особенности, союза государственнаго, когда этотъ послѣдній вырождается въ абсолютизмъ и не желаетъ признавать за личностью другихъ правъ, кромѣ тѣхъ, которыя жалуются ей, будто бы, въ видѣ милости сувереномъ и поэтому уже подлежатъ во всякое время отмѣнѣ. Это объясняетъ, почему противоположеніе между „естественнымъ“ и положительнымъ правомъ, отсутствуя на Востокѣ, не знавшемъ свободной личности, ведетъ свое начало отъ древнихъ грековъ и проникаетъ во времена Цицерона въ римскую юриспруденцію, гдѣ оно содѣйствуетъ освобожденію рабовъ, женщины, дѣтей и всего римскаго права отъ его національной узкости (jus naturale, quod apud omnes gentes custoditur). Оно проходитъ, далѣе, черезъ всю средневѣковую литературу въ области какъ теологіи, такъ и права (каноническое право называетъ „естественное право“ jus divinum и считаетъ его выраженіемъ божественнаго откровенія), выливается затѣмъ въ особенно острыя формы въ XVI стол., ведя за собою всѣ передовыя и освободительныя движенія этой эпохи, достигаетъ кульминаціонной точки въ XVIII в., находитъ свое проктическое осуществленіе въ „декларацiяхъ правъ человѣка“ и въ переворотѣ 1789 г., и, наконецъ, не перестаетъ владѣть умами и въ политикѣ, и въ экономикѣ, и въ юриспруденціи, до нашихъ дней.

Правда, что послѣ французской революціи, обманувшей во многомъ возлагавшіяся на нее надежды, значеніе и кредитъ школы „естественнаго права“ сильно падаютъ сравнительно съ прежнимъ временемъ. Можно сказать болѣе, а именно, что, въ общемъ, всѣ философскія, политическія и юридическія теченія XIX вѣка идутъ противъ „естественнаго права“, или, по крайней мѣрѣ, противъ той освободительной по отношенію къ личности формы его, которая выступаетъ такъ ярко въ философскомъ и революціонномъ движеніи, особенно XVI, XVII и XVIII вв. Реакція противъ этого движенія происходитъ въ различныхъ формахъ и подъ различными флагами: то она, вмѣстѣ съ Бёрке и Савиньи, отстаиваетъ такъ назыв. „историческое право“ противъ абстрактныхъ построеній правъ личности; то, въ лицѣ Ж. де-Мѣтра, де-Бональда и др., проповѣдуетъ абсолютное подчиненіе личности во имя теократическихъ началъ; то, вмѣстѣ съ Гегелемъ и его школой, устраиваетъ настоящій апоѳеозъ государственному абсолютизму; то, наконецъ, въ различныхъ формахъ позитивизма, дарвинизма и соціализма, или стоитъ на научной почвѣ, или воскрешаетъ средневѣковый реализмъ, считая личность абстракціей, а общество реальнымъ организмомъ, безусловно подчиняющимъ себѣ личность. Въ основаніи этой реакціи лежитъ, несомнѣнно, болѣе вѣрная оцѣнка роли общества въ экономіи общественной жизни, чѣмъ та оцѣнка, которая давалась ей школой „естественнаго права“. Но за этимъ идетъ уже другая крайность: полное подчиненіе личности обществу, перемѣщеніе личности отъ центра къ периферіи и

смѣшеніе при оцѣнкѣ школы „естественнаго права“ вопросовъ методологіи и преслѣдуемыхъ цѣлей.

Враждебное отношеніе къ „естественному праву“ въ современной юриспруденціи объясняется другими и, кажется, менѣе уважительными причинами: оно обусловлено не научными направленіями позитивизма или дарвинизма, и не протестомъ противъ апріорнаго метода, который остается господствующимъ и въ современной юриспруденіи, а скорѣе реакціонно-абсолютическими тенденціями школъ Савиньи и Гегеля, съ которыми мы познакомимся ниже, и такъ же—связаннымъ съ этими школами культомъ положительнаго права, не желающимъ и слышать о какомъ бы то ни было „естественномъ законѣ“. Несмотря на эти неблагопріятныя вліянія, „естественное право“ продолжаетъ все-таки жить и въ настоящее время, находя многочисленныя выраженія какъ въ законодательствѣ, политикѣ, такъ и въ литературѣ, гдѣ мы уже отмѣтили крупное имя Штаммлера, рядомъ съ которымъ стоитъ и много другихъ. Тѣмъ не менѣе, это уже не то, что было въ прошломъ, когда установленный школой „естественнаго права“ дуализмъ въ правѣ, т.-е. признаніе рядомъ или надъ положительнымъ еще особаго „естествеенаго права“, служилъ выраженіемъ въ области права того общеосвободительнаго движенія отъ формъ средневѣковыхъ воззрѣній и отношеній, которое проникло со времени Возрожденія во всѣ сферы духовной и общественной жизни. Чѣмъ сильнѣе авторитетъ, принадлежавшій другой эпохѣ, давилъ мысль, и чѣмъ труднѣе выносились общественныя отношенія, унаслѣдованныя отъ среднихъ вѣковъ и санкціонированныя положительнымъ правомъ, тѣмъ рѣшительнѣе выступалъ раціонализмъ, руководимый практическимъ стремленіемъ исправить вліяніемъ своихъ идей существующія состоянія, на борьбу съ этими состояніями. Средствомъ борьбы служило все то же постоянно возвращавшееся противоположеніе положительнаго права, основаннаго на произволѣ, идеальному праву, которое, хотя и объявлялось основаннымъ на „разумѣ“, опиралось тѣмъ не менѣе на практическіе запросы и нерѣдко заимствовалось изъ Рима, Англіи и другихъ странъ, гдѣ тѣ или другія требованія „разума“ находили свое историческое выраженіе.

Вотъ гдѣ лежитъ та огромная польза, которую школа „естественнаго права“ принесла какъ обществамъ, возбужденнымъ ея горячей проповѣдью, такъ и научному направленію въ правовѣдѣніи. Ею создана доктрина индивидуальнаго права и свободы, ограничивающей государственный абсолютизмъ, и ей же въ значительной мѣрѣ новое время обязано уничтоженіемъ рабства, крѣпостничества, цехового устройства, пытокъ, уголовнаго преслѣдованія за такъ наз. религіозныя преступленія, и другихъ варварскихъ остатковъ средневѣковья. Правовѣдѣнію она оказала неоцѣненныя услуги тѣмъ, что порвала навсегда съ абсолютнымъ принципомъ авторитета, вызвала жажду знанія и фи-

лософскій интересъ къ праву, освятила свободные пріемы изслѣдованія и поставила въ ихъ центръ критическое отношеніе къ существующему. Все это несомнѣнно свидѣтельствовало о научномъ духѣ и вело школу „естественнаго права“ къ постановкѣ, если не къ разрѣшенію многихъ насущныхъ задачъ, надъ которыми работали послѣдующія поколѣнія. Правда, непосредственное вліяніе этой школы сказалось болѣе на обработкѣ государственнаго и международнаго права (это послѣднее ведетъ отъ нея, въ лицѣ Гуго Гроція, и свое начало), чѣмъ гражданскаго права, которое всегда отличалось особенной устойчивостью среди всѣхъ отраслей права и менѣе другихъ подвергалось вліянію новыхъ идей. Однако, идеи „естественнаго права“ отразились и въ гражданскомъ правѣ успѣхами обособленія его отъ публичнаго, систематической обработки того и другого, признаніемъ личности независимо отъ ея національности, вѣроисповѣданія и другихъ общественныхъ условій, и нашли, наконецъ, свое практическое выраженіе въ трехъ большихъ кодексахъ, а именно— прусскомъ, французскомъ и австрійскомъ, составленныхъ въ концѣ XVIII и началѣ XIX стол. подъ сильнымъ вліяніемъ философіи естественнаго права. Мы остановимся нѣсколько времени на этихъ кодексахъ, стоящихъ въ близкомъ отношеніи и къ нашему Своду законовъ гражданскихъ, занимающему 1 ч. X. т. нашего Свода законовъ. Объ этомъ свидѣтельствуетъ, по крайней мѣрѣ, гр. Сперанскій, выполняя свою не столько кодификаціонную, сколько сборную изъ различныхъ законовъ задачу.

Б) Указанные европейскіе кодексы были не такими сборниками существующихъ законовъ и обычаевъ, какихъ выходило много и въ предшествующую эпоху (это—такъ наз. Landrecht'ы въ Германіи и Coutumiers, т.-е. сборники coutumes'овъ, или мѣстныхъ обычаевъ во Франціи), а настоящими кодексами, въ смыслѣ законодательныхъ актовъ, отмѣняющихъ старое и вводящихъ въ данной области, если не по существу новое, то облеченное въ новыя формы, общее для этой области и приведенное въ единство, т.-е. связанное во всѣхъ своихъ частяхъ, право. Эти кодексы служатъ выраженіемъ, съ одной стороны, потребности въ извѣстности права и согласованіи его римскихъ источниковъ съ національными партикуляризмами, и съ другой—реакціи противъ односторонняго господства каждаго изъ этихъ источниковъ права въ отдѣльности. То и другое стремленіе поддержано школой „естественнаго права“, для которой разрывъ съ прошлымъ означаетъ въ данномъ случаѣ разрывъ какъ съ безконечнымъ разнообразіемъ мѣстныхъ правъ и обычаевъ, такъ и съ Юстиніановымъ законодательствомъ, изложеннымъ на чуждомъ языкѣ и не столько объясненномъ, сколько затемненномъ нескончаемыми контроверзами, наполняющими тогдашнюю юридическую литературу. Тотъ и другой источникъ права кажутся противными разуму, и имъ противополагаются основанныя на разумѣ априористическія конструкціи, прикрывающія, однако, идеи либо того же римскаго, либо своего національнаго права.

Сигналъ къ такой кодификаціи поданъ Пруссіей—имперское законодательство оказывается для нея слишкомъ слабымъ и заполненнымъ почти исключительно римскимъ правомъ. Прусскій король Фридрихъ Вильгельмъ I издаетъ уже въ 1713 г. кабинетный ордеръ, въ силу котораго римское право должно быть „отмѣнено", и на его мѣсто поставленъ „постоянный и вѣчный Landrecht". Исполненіе этого приказа замедляется почти на столѣтіе, и въ этотъ промежутокъ времени, а именно въ 1756 г.—выходитъ въ Баваріи первый въ Европѣ кодексъ гражданскаго права подъ названіемъ Codex Maximilianeus bavaricus civilis. Этотъ кодексъ трезвѣе своихъ преемниковъ: онъ не задается мыслью предусмотрѣть своими опредѣленіями все разнообразіе жизненныхъ отношеній и отмѣнить все предшествующее право. Напротивъ, онъ оставляетъ въ силѣ какъ многочисленные дѣйствующіе въ Баваріи мѣстные источники права, земскіе и городскіе, такъ и общее, или современное римское право, въ качествѣ субсидіарнаго къ нимъ источника—на случаи, не разрѣшаемые ни этими источниками, ни новымъ кодексомъ. Этотъ послѣдній какъ бы врѣзывается между мѣстными и римскими источниками права, и не для того, чтобы устранить тѣ и другіе, а для того, чтобы разрѣшить контроверзные вопросы и дать, вмѣсто чужого, изложеннаго по-латыни общаго права, свое, написанное по-нѣмецки и приспособленное къ баварскимъ условіямъ законодательство.

Гораздо дальше идутъ претензіи прусскаго кодекса, увидѣвшаго свѣтъ въ 1794 г. Это—кодексъ не только гражданскаго, но и всего остального права, матеріалы котораго расположены по системѣ субъективныхъ правъ, принадлежащей школѣ „естественнаго права" и утилизируемой здѣсь въ духѣ подчиненія всѣхъ и каждаго принципу государственнаго всемогущества. Поэтому кодексъ этотъ и носитъ на себѣ ярко выраженную печать такъ наз. „полицейскаго государства": онъ не знаетъ другихъ источниковъ права, кромѣ закона, хочетъ все предвидѣть и все предусмотрѣть, вводитъ всюду государственную регламентацію и государственное вмѣшательство, и не оставляетъ мѣста ни свободному толкованію, ни какому бы то ни было усмотрѣнію судьи, ни даже соображенію судебныхъ прецедентовъ. Римское право отмѣняется имъ для всей Пруссіи, и онъ рѣшительно желаетъ заступить его мѣсто, въ качествѣ „общаго" права. Но его цѣль и ограничивается тѣмъ, чтобы играть роль только субсидіарно-общаго права: безчисленныя мѣстныя права, по которымъ жило до того населеніе различныхъ частей Пруссіи, сохраняются въ силѣ и, лишь въ случаѣ своихъ пробѣловъ, дополняются кодексомъ, подобно тому, какъ они дополнялись прежде римскимъ правомъ.

Мысли объ единомъ прусскомъ правѣ, устраняющемъ всѣ мѣстныя различія, еще нѣтъ, какъ нѣтъ и мысли объ единствѣ Пруссіи, какъ государства. Кодексъ и называется не кодексомъ для прусскаго государства, а кодексомъ для „прусскихъ государствъ" (Allgemeines Lan-

drecht für die preussischen Staaten), и отсутствію государственнаго единства соотвѣтствуетъ такое же отсутствіе единства въ правѣ. Тѣмъ не менѣе, содержаніе кодекса въ значительной мѣрѣ прусское, а не римское, и многіе юристы говорятъ о немъ, какъ о первомъ изъ европейскихъ законодательствъ, ставшемъ въ сознательное противоположеніе съ римскимъ правомъ и отразившемъ на себѣ болѣе, чѣмъ какое-либо другое, идеи „естественнаго права“ въ одеждѣ германскихъ институтовъ.

То же приблизительно можно сказать и объ австрійскомъ гражданскомъ уложеніи 1811 г., хотя оно и не выходитъ за предѣлы гражданскаго права, и гораздо менѣе казуистично, чѣмъ прусскій кодексъ, заключая въ себѣ всего 1502 параграфа, и опираясь въ бо́льшей мѣрѣ, чѣмъ этотъ послѣдній, на римское пандектное право. Но рядомъ съ римскимъ правомъ соображаются и земскія права австрійскихъ провинцій, примиреніе которыхъ съ реципированнымъ правомъ на почвѣ ученій школы „естественнаго права“ составляетъ главную задачу этого уложенія. Еще отличіе его отъ прусскаго и другихъ нѣмецкихъ кодексовъ этого времени состоитъ въ томъ, что, слѣдуя импульсу французскаго Code civil, оно отмѣняетъ, за исключеніемъ имъ же указываемыхъ отношеній, напр. аграрныхъ, всѣ партикулярныя законодательства отдѣльныхъ австрійскихъ земель и создаетъ такимъ образомъ общее для всей Австріи (Цислейтаніи) право.

Несравненно выше въ смыслѣ какъ объединенія права, такъ и общности своихъ опредѣленій, чуждыхъ уже всякой казуистики и выраженныхъ въ классически простомъ, точномъ и лапидарномъ стилѣ, стоитъ французская кодификація гражданскаго права 1804 г., извѣстная подъ именемъ Code civil. Объединеніе права представляется во Франціи, какъ и повсюду, результатомъ объединенія народа, надъ которымъ работаетъ французская монархія, но которое завершается, въ смыслѣ единства права, законодательствомъ первой французской революціи. До него Франція дѣлится въ отношеніи къ своему праву теченіемъ рѣки Луары на двѣ полосы: сѣверную и южную. Первая называется pays du droit coutumier и управляется, на ряду съ королевскимъ законодательствомъ въ формѣ ордонансовъ, и мѣстными обычаями, кодифицированными въ XV и XVI стол. не для всей Франціи, а для ея отдѣльныхъ провинцій. Въ отношеніи къ этому кодифицированному обычному праву римское право играетъ роль не jus scriptum, но ratio scripta, т.-е. не общеобязательнаго въ силу своего внѣшняго авторитета писаннаго права, какъ это было въ Германіи, а обязательнаго лишь своимъ внутреннимъ авторитетомъ, вліяніемъ на убѣжденіе и всѣмъ тѣмъ, что называютъ „писаннымъ разумомъ“. Другая полоса Франціи называется pays du droit écrit и управляется сборниками римскихъ законовъ, унаслѣдованными отъ среднихъ вѣковъ и значительно видоизмѣненными тоже мѣстными обычаями. Эти римскіе законы, весьма отличные отъ Юстиніановой кодификаціи, исполняютъ здѣсь функцію уже не ratio scripta, а jus scriptum—однако, не въ

смыслѣ общаго права, дополнительнаго къ мѣстнымъ источникамъ, какъ это происходило въ Германіи, а въ смыслѣ только мѣстнаго права, подчиненнаго королевскому законодательству. Отсюда уже видно, что римское право не имѣло во Франціи того значенія обязательнаго источника общаго права, какое оно имѣло въ Германіи, и что задача кодификаціи 1804 г., если она хотѣла произвести единство французскаго права, состояла не въ томъ, чтобы поставить себя на мѣсто римскаго или слитаго съ нимъ обычнаго права, а въ томъ, чтобы устранить то и другое и создать своими опредѣленіями единое и общее для всей страны право.

Вотъ задача, разрѣшенная французскимъ кодексомъ, въ которомъ не слѣдуетъ видѣть ни безпочвеннаго и космополитическаго продукта революціи, ни созданія совершенно новаго права, какъ это приходится иногда слышать и читать. Это, напротивъ—чисто національный кодексъ исторически развившагося права, и содержаніе его состоитъ не въ чемъ иномъ, какъ въ комбинаціи общихъ началъ господствующей судебной практики и дѣйствующаго еще обычнаго права, — комбинаціи, приспособленной къ философской и политической доктринѣ знаменитой „декларацiи правъ человѣка и гражданина“ 1789 г. Эта доктрина, извѣстная подъ именемъ „индивидуализма“ и сводящая все право къ человѣческой личности, которой прерогативы предшествуютъ закону, стоятъ надъ нимъ и составляютъ основаніе и цѣль всего сущаго,—эта доктрина была такимъ же дѣтищемъ школы „естественнаго права“, какъ и положенная въ основу прусскаго Landrecht'а доктрина государственнаго всемогущества, и она объединяла въ XVIII в. всѣ культурные круги общества не только Франціи, но и другихъ европейскихъ странъ. Это объясняетъ и необыкновенную популярность французскаго гражданскаго кодекса, и сдѣланныя изъ него въ цѣломъ рядѣ странъ безчисленныя заимствованія, передѣлки и приспособленія, заслуживающія въ такой же мѣрѣ названіе рецепціи, какъ и предшествующія имъ подражанія римскому праву. А что французскій кодексъ былъ насквозь проникнутъ доктриной индивидуализма, это можно видѣть, не говоря о проводимыхъ имъ идеяхъ равенства, свободы и т. д., на редакціи многихъ статей вступительной книги (livre prélimiпaire) къ его окончательному проекту. Въ ст. 1 этой книги мы читаемъ: „Существуетъ всеобщее и неизмѣнное право, служащее источникомъ всѣхъ положительныхъ законовъ; это—естественный разумъ, насколько онъ управляетъ всѣми людьми“. Въ другой статьѣ говорилось: „Въ гражданскихъ дѣлахъ, при отсутствіи точныхъ указаній закона, судья становится органомъ справедливости. Справедливость есть возвратъ къ естественному закону или къ обычаямъ, устанавливающимся при молчаніи положительнаго закона“. Эти статьи, какъ и почти вся вступительная книга къ проекту Code civil, не вошли въ его окончательную редакцію по чисто теоретическимъ и вполнѣ

основательнымъ соображеніямъ о неудобствѣ вводить въ законодательный кодексъ философскія тезы, принадлежащія наукѣ, а не законодательству. Но признаніе приведенной тезы слѣдуетъ какъ изъ произнесенной при обсужденіи проекта рѣчи одного изъ главныхъ его составителей, Порталиса, гдѣ говорится: „когда нѣтъ ничего установленнаго и извѣстнаго, и дѣло идетъ о совершенно новыхъ фактахъ, надо восходить къ принципамъ естественнаго права“, такъ и изъ ряда вовсе не исключенныхъ изъ состава кодекса статей. Сюда можно отнести: опредѣленія собственности и права на вознагражденіе собственника, подвергающагося экспропріаціи въ ст. 544 и 545 Code civ.; опредѣленіе о почти неограниченной свободѣ вступленія въ договоры, которымъ присвоивается даже названіе закона (ст. 1134); освященіе этой же идеи въ отношеніи къ браку (ст. 1387), передачѣ собственности (ст. 1583 и 938) и правамъ третьихъ лицъ (ст. 1165); широкое признаніе правъ отца и матери надъ дѣтьми (ст. 371—373), и т. д. [1]).

Все послѣдующее кодификаціонное движеніе идетъ по слѣду и образцу французской кодификаціи. На лѣвомъ берегу Рейна Code civil остается дѣйствующимъ законодательствомъ и по прекращеніи французскаго владычества, устраняя собой какъ римское, такъ и мѣстныя права. Въ Баденѣ этотъ же кодексъ переводится на нѣмецкій языкъ и вступаетъ въ силу съ нѣкоторыми вставками,—преимущественно, по аграрному вопросу,—подъ именемъ Баденскаго Landrecht'а, такъ же устраняющаго какъ общее пандектное, такъ и всѣ партикулярныя права. То же съ небольшими варіаціями происходитъ въ Бельгіи, Голландіи, Италіи, нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи и многихъ другихъ странахъ. И только въ Германіи дальнѣйшее развитіе кодификаціи останавливается на время агитаціей, поднятой противъ нея Савиньи, главой исторической школы въ этой странѣ. Объ этой агитаціи и ея основаніяхъ мы будемъ говорить послѣ, при разборѣ ученія этой школы, и ограничимся здѣсь замѣчаніемъ, что возраженія противъ кодификаціи, сдѣланныя Савиньи и состоявшія, главнымъ образомъ, въ указаніи на научную неподготовленность къ ней Германіи его времени, не могли имѣть рѣшающаго значенія уже потому, что дѣло кодификаціи, всегда по необходимости несовершенное, опредѣляется не требованіями науки, а потребностями практики и политики. Единый народъ и единое государство не обходятся и безъ единаго права, и то, чего недоставало Германіи, когда Савиньи писалъ противъ изданія для нея единаго кодекса, было не призваніе къ законодательству, а существованіе политической организаціи, могущей взять въ свои руки созданіе такого законодательства. Съ учрежденіемъ Германской имперіи въ 1871 г.

---

[1]) Le Code civil, Livre du Centenaire, I, 1904. Статьи: Esmein, Originalité du Code civil; Boistel, Le Code civil et la philosophie du droit; Saleilles, Le Code civil et la méthode historique, и др.

единство ея права стало политической необходимостью, и если стремленіе къ такому единству овладѣло даже федеральной Швейцаріей, уже давно давшей себѣ объединенные кодексы обязательственнаго, вексельнаго, торговаго права, и получившей въ 1907 г. такъ же единый кодексъ и всего своего гражданскаго права, то ничего иного не могло быть и въ Германіи. Ея партикулярныя законодательства, въ томъ числѣ и запоздалое Саксонское гражданское уложеніе, изданное въ 1863 г.—не могли разрѣшить предстоящей задачи, такъ какъ это были кодификаціи партикулярнаго, а не общаго права, и они не устраняли противоположности между національнымъ и реципированнымъ чужимъ правомъ. Это послѣднее продолжало примѣняться еще на значительномъ пространствѣ нѣмецкихъ земель, и юриспруденція занималась преимущественно имъ, а не партикулярными законодательствами, которыя оставлялись въ пренебреженіи, будучи, между тѣмъ, дѣйствующимъ правомъ почти во всей восточной Германіи, отчасти и въ южной, и въ прирейнскихъ провинціяхъ. Отсюда—еще больше розни, чѣмъ это было прежде, между теоріей и практикой, ставшими спиной другъ къ другу и утратившими сознаніе о своей общности. Съ одной стороны, партикуляризмы въ правѣ, а съ другой—направленіе на чистое римское право, данное юриспруденціи исторической школой, все углубляли это противорѣчіе между теоріей и практикой, которое могло быть исправлено только общей для всей Германіи кодификаціей гражданскаго права, выполненной, наконецъ, новымъ гражданскимъ уложеніемъ 1900 г.

Этому уложенію предшествовало, хотя и въ порядкѣ партикулярнаго законодательства, но съ равнымъ для всей Германіи содержаніемъ, изданіе вексельнаго устава 1848 г. и торговаго уложенія 1861 г. Затѣмъ, Сѣверо-Германскій Союзъ былъ уполномоченъ своей конституціей къ изданію общаго кодекса обязательственнаго права, и передалъ это полномочіе основанной въ 1871 г. Германской Имперіи. Но уже имперскій законъ 1873 г. распространилъ то же полномочіе на „все гражданское право“, и въ 1874 г. была назначена первая комиссія для составленія единаго для всей Германіи гражданскаго кодекса. Труды этой комиссіи, подъ именемъ „перваго проекта гражданскаго уложенія“ были опубликованы, вмѣстѣ съ мотивами къ нему, въ 1888 г. и вызвали бурю противорѣчія. Проектъ укоряли болѣе всего въ доктринерствѣ, отчужденности отъ жизни и ея соціальныхъ стремленій, преувеличенной склонности къ римскому праву, невниманіи къ національнымъ институтамъ и т. д. Его называли даже „маленькимъ Виндшейдомъ“, т.-е. сокращеннымъ руководствомъ римскаго пандектнаго права. Этой критикой и было вызвано назначеніе второй комиссіи, изготовившей вскорѣ новый проектъ, значительно исправлявшій первый и, въ свою очередь, исправленный третьимъ проектомъ. Проголосованный въ рейхстагѣ и союзномъ совѣтѣ въ 1896 г., этотъ послѣдній проектъ и сталъ новымъ гражданскимъ уложеніемъ (BGB), вступившимъ въ силу съ 1-го января 1900 г.

Это уложеніе многіе нѣмецкіе юристы оцѣниваютъ, какъ побѣду національнаго германскаго права надъ реципированнымъ римскимъ, и находятъ въ его основаніи болѣе прусскаго и саксонскаго, чѣмъ римскаго права [1]). Но съ этимъ мнѣніемъ, отражающемъ на себѣ болѣе всего національное самолюбіе, нельзя согласиться уже потому, что римское право такъ срослось съ нѣмецкой юриспруденціей, что его не трудно открыть и тамъ, гдѣ эта юриспруденція желаетъ быть національной и выдвигаетъ впередъ институты германскаго права. Во всякомъ случаѣ, не подлежитъ сомнѣнію, что новое нѣмецкое уложеніе смѣшано изъ римскихъ и германскихъ элементовъ и разсчитано, главнымъ образомъ, на службу промышленнаго и торговаго классовъ. Оригинальность этого уложенія состоитъ именно въ энергіи, съ которой оно служитъ требованіямъ промышленнаго и торговаго оборота, выражая эти требованія въ формѣ статей закона. Отсюда и чрезвычайное покровительство всякому добросовѣстному пріобрѣтенію, составляющее Leitmotiv этого уложенія и проникающее даже въ семейное и наслѣдственное право. Добросовѣстное владѣніе всегда идетъ впереди титулованной собственности въ интересахъ обмѣна, и купеческій духъ такъ же характеренъ для новаго нѣмецкаго уложенія, какъ интересы землевладѣнія и земледѣлія— для средневѣкового права. Отсюда же и „либерализмъ“ этого уложенія, весьма отличный отъ „этатизма“ прусскаго кодекса 1794 г. и такъ же близкій „либерализму“ французскаго кодекса 1804 г. Онъ не знаетъ ни различій въ правоспособности, ни связанности и неотчуждаемости собственности, ни привилегій первородства или майората, ни стѣсненій договорнаго и наслѣдственнаго права. Въ вещномъ правѣ господствуетъ принципъ свободы собственности, въ обязательственномъ—свобода договоровъ, въ наслѣдственномъ—свобода завѣщательныхъ распоряженій. Соціальная идея права находитъ себѣ нѣсколько болѣе признанія, чѣмъ во французскомъ кодексѣ, но явно уступаетъ индивидуалистической тенденціи, опять связывающей этотъ кодексъ со школой „естественнаго права“.

4. „Историческая школа“ въ юриспруденціи.

Другимъ и еще болѣе благотворнымъ для научнаго правовѣдѣнія факторомъ было вліяніе „исторической школы“ въ юриспруденціи, основанной въ концѣ XVIII вѣка нѣмецкимъ юристомъ Гуго и особенно прославленной своимъ вождемъ, Фридрихомъ Карломъ Савиньи.

Главныя черты, характеризующія эту школу, не составляютъ ея исключительной особенности. Генезисъ исторической школы восходитъ, можно сказать, къ первымъ моментамъ пробужденія научнаго духа, направленнаго на

[1]) Sohm, ук. соч. въ Systematische Rechtswissenschaft, стр. 13.

проблемы нравственной и общественной жизни человѣка. Идея закономѣрности человѣческихъ дѣйствій, какъ индивидуальныхъ, такъ и коллективныхъ,—идея, положенная въ основаніе исторической школы,—не была чужда уже философамъ древней Греціи, не говоря о безчисленныхъ проявленіяхъ духа историческаго изслѣдованія въ философской, юридической и политической литературѣ XVI, XVII и XVIII вв. Особенно выдающееся мѣсто въ этой литературѣ принадлежитъ знаменитому итальянскому мыслителю Ж. Б. Вико, котораго считаютъ справедливо основателемъ научнаго направленія въ исторіи и можно считать также отцомъ исторіи права, такъ какъ никто не настаивалъ болѣе, чѣмъ Вико, на изученіи права въ связи съ его исторіей. Сдѣланный имъ анализъ исторіи римскаго права вызываетъ до сихъ поръ удивленіе, и нѣкоторые писатели утверждаютъ не безъ основанія, что въ немъ находится въ зародышѣ все, что было высказано еще на нашей памяти о фикціяхъ, договорахъ, завѣщаніяхъ и другихъ институтахъ древне-римскаго права въ извѣстной и имѣвшей такой заслуженный успѣхъ книгѣ Мэна о древнемъ правѣ. Кромѣ того, у Вико же встрѣчаются важныя указанія на зависимость различныхъ состояній институтовъ гражданскаго права отъ состояній публичнаго права, зависимость судебныхъ учрежденій отъ формъ правленія, — что впослѣдствіи было такъ подчеркнуто Монтескьё, — и много другихъ плодотворныхъ идей, вошедшихъ составной частью въ современное обществознаніе.

Другая основная идея исторической школы, идея развитія, предполагающая, съ одной стороны, исключеніе всякаго произвола, а съ другой — признаніе взаимной зависимости между всѣми производящими данное общественное состояніе факторами, была то же подготовлена предшествующимъ ей умственнымъ движеніемъ. Весь XVIII вѣкъ проникнутъ идеями просвѣщенія, гуманности и представленіемъ о прогрессѣ человѣчества. Сознаніе связи между всѣми членами человѣческаго рода замѣнило мрачный тезисъ Гоббса, выраженный въ словахъ: „homo homini lupus“, и обнаружилось съ особенной яркостью въ ученіи экономистовъ этого времени о солидарности и гармоніи всѣхъ интересовъ. Вѣра въ золотой вѣкъ первобытнаго человѣка была отброшена, и современный уровень науки и литературы поставленъ, вопреки убѣжденію вѣка Возрожденія, выше того уровня, на которомъ стояло знаніе въ античномъ мірѣ. Бэконъ говорилъ, что человѣчество вступило въ періодъ зрѣлости и далеко превзошло народы древности. Паскаль писалъ: „Человѣкъ постоянно учится и идетъ впередъ, пользуясь не только собственнымъ опытомъ, но и опытомъ своихъ предшественниковъ“. Тюрго, Кондорсэ и др. развиваютъ ту же мысль, называя науку руководящимъ двигателемъ исторіи, имѣющей своимъ закономъ общественный прогрессъ. Гердеръ находитъ въ устройствѣ даже отдѣльнаго человѣка элементы, которые постепенно измѣняются и обусловливаютъ собой историческое развитіе. Равнымъ образомъ и Монтескьё въ своемъ трудѣ

„Духъ законовъ“ пишетъ: „Законы въ такой степени подходятъ къ народу, для котораго ихъ создаютъ, что только въ рѣдкихъ случаяхъ законы одного народа могутъ оказаться пригодными для другого. Необходимо, чтобы они согласовались съ природой страны и принципами ея правительства. Они должны сообразоваться съ холоднымъ, теплымъ и умѣреннымъ климатомъ, съ качествомъ земли, ея положеніемъ, размѣромъ, образомъ жизни народа, котораго законы получаютъ тотъ или иной характеръ, смотря по тому, состоитъ ли онъ изъ земледѣльцевъ, пастуховъ или охотниковъ. Далѣе, законы должны считаться со степенью свободы, допускаемой конституціей данной страны, съ религіей ея жителей, ихъ склонностями, богатствомъ, числомъ, торговлей, правомъ, привычками. Наконецъ, законы стоятъ въ извѣстномъ соотношеніи другъ съ другомъ, своими источниками, предметомъ законодательства и порядкомъ вещей, для котораго они установлены. Ихъ нужно разсматривать со всѣхъ этихъ точекъ зрѣнія, совокупность которыхъ составляетъ то, что мы называемъ „духомъ законовъ“.

Всѣ эти воззрѣнія, выработанныя успѣхами общественнаго знанія, вели сами собой къ принципу развитія и предвосхищали историческую школу Савиньи, которая имѣла не мало точекъ соприкосновенія и съ „филологической школой“ эпохи Возрожденія, вмѣстѣ съ ея продолженіемъ въ лицѣ такъ наз., „элегантныхъ юристовъ“, и съ наиболѣе крупными работами по исторіи германскаго права Конринга, Юстуса Мозера, Пютера и др., и, наконецъ, съ тѣмъ реакціоннымъ противъ французской революціи движеніемъ, которое было представлено, главнымъ образомъ, извѣстнымъ англійскимъ ораторомъ Бёрке. Но если у „исторической школы“ такъ много антецендентовъ,—какъ это и не могло быть иначе, потому что въ мірѣ идей, какъ и въ остальныхъ частяхъ міра, ничего не пропадаетъ и послѣдующія теоріи строятся на основаніи предшествующихъ,—то не слѣдуетъ забывать, что, несмотря на ту высоту, которой достигли другія отрасли знанія, и на тотъ могучій духъ, который отразился особенно въ произведеніяхъ изящной литературы XVIII вѣка, одна юриспруденція продолжала коснѣть и въ это время въ прежнемъ „варварскомъ состояніи“. Густавъ Гуго, профессоръ римскаго права въ Геттингенскомъ университетѣ, произнесъ первый эти смѣлыя и оскорбительныя для своей науки слова, указавъ въ то же время на безконечныя недоразумѣнія, въ которыя она впадала вслѣдствіе недостатка историческихъ знаній. Но Гуго самъ не могъ поднять юриспруденцію на ту высоту, которую онъ только предчувствовалъ, и не далъ программы новаго историческаго направленія, которое выразилось вполнѣ опредѣленно лишь въ извѣстной брошюрѣ Савиньи, озаглавленной: „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“. (О призваніи нашего времени къ законодательству и наукѣ права).

Корни новаго направленія лежали, какъ мы это видѣли, въ далекомъ

прошломъ, но, въ смыслѣ комплекса идей, сведенныхъ въ систему, торжества этихъ идей въ общественномъ сознаніи и вліянія ихъ на научную работу, историческая школа въ юриспруденціи принадлежитъ XIX в. и возникаетъ съ выходомъ въ свѣтъ брошюры, названіе которой мы сейчасъ привели. Она была написана въ 1814 г. и направлена противъ другого славнаго нѣмецкаго юриста, Тибо, профессорствовавшаго въ Гейдельбергѣ и выставившаго, въ духѣ многихъ патріотовъ своего времени, требованіе о созданіи единаго германскаго законодательства.

Нѣтъ сомнѣнія, что это требованіе,—мотивированное несообразностью господства чужого права, вызываемымъ имъ противорѣчіемъ между теоріей и практикой и важностью объединенія національнаго права какъ для политическаго единства Германіи, такъ и для народнаго благополучія,—было преждевременно. Не говоря о формальной некомпетентности тогдашняго Германскаго Союза для такого законодательства, оно противорѣчило мелкой и себялюбивой политикѣ германскихъ государствъ, упоенныхъ успѣхомъ только-что оконченной борьбы съ Франціей и подвергавшихъ жестокому преслѣдованію все, что выступало подъ знаменемъ народнаго интереса и напоминало сблизи или издалека о побѣжденной революціи. Поэтому идеи Тибо, выраженныя въ помѣченной тѣмъ же 1814 г. брошюрѣ „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ (О необходимости одного общаго гражданскаго права для Германіи), и опередившія почти на столѣтіе возможность своего осуществленія, произвели въ свое время только литературную контроверзу, которая обратилась цѣликомъ въ пользу противоположнаго имъ теченія, представленнаго Савиньи. Этотъ послѣдній былъ, какъ-будто, противъ только своевременности для Германіи общей кодификаціи, ссылаясь на неудовлетворительность такой кодификаціи въ Австріи, Пруссіи, Франціи и при-рейнскихъ провинціяхъ. Но на дѣлѣ изъ посылокъ его ученія, изложеннаго въ названной выше брошюрѣ, слѣдовала безполезность и даже вредъ кодификаціи для всякого времени. „Каждый законодатель, говорилъ онъ, какимъ бы свободнымъ и могущественнымъ онъ себя ни чувствовалъ, стоитъ всегда подъ властью того, что существуетъ и что образовалось помимо него историческимъ путемъ. Онъ можетъ произвести частичныя измѣненія и улучшенія, но, въ общемъ, выразитъ только то, какъ онъ понимаетъ существующее помимо него право; даже вновь созданное имъ право будетъ въ прямой зависимости отъ того или другого пониманія имъ существующаго права. Поэтому всякое общее законодательство есть въ своемъ послѣднемъ основаніи не что иное, какъ осадокъ господствующихъ во время его составленія представленій о правѣ, и, какъ въ такомъ осадкѣ, въ немъ утверждаются и фиксируются неизбѣжно всѣ заблужденія и недостатки этого времени“. Отсюда и совѣтъ: вмѣсто созданія новаго права, изучать и примѣнить, по существу своему, превосходное римское право, восходя къ источникамъ классическаго періода римской юриспру-

денціи и очищая эти источники отъ внесенныхъ въ нихъ впослѣдствіи искаженій.

Преподанный совѣтъ, какъ-будто, подкрѣпляется, но въ дѣйствительности разрушается излагаемымъ далѣе взглядомъ на историческое возникновеніе и развитіе права изъ „духа“ народа, въ связи и во взаимодѣйствіи съ другими обнаруженіями того же „духа“ въ языкѣ, нравахъ, религіи, и т. д. „Das Recht ist und wird mit dem Volk“, говорилъ впослѣдствіи Виндшейдъ, и это—основной догматъ исторической школы, утверждающій органическую связь права съ характеромъ и національными чертами народа, изъ вѣрованій, убѣжденій и нравовъ котораго оно „выростаетъ“ и развивается само собой, и по тому же закону „внутренней необходимости“, исключающему всякій произволъ, по какому образуются его языкъ, религія и нравы. Право, какъ и всѣ другія отрасли народной жизни, растетъ вмѣстѣ съ народомъ и умираетъ, когда тотъ же народъ теряетъ свои особенности. „Только съ помощью исторіи права, по выраженію самого Савиньи, мертвая масса юридическихъ нормъ превращается въ живой организмъ“.

Народъ представляется этимъ ученіемъ мыслящимъ, одареннымъ душой, единымъ и живымъ организмомъ, служащимъ источникомъ какъ права, такъ и государства. Право, какъ выраженіе жизни народнаго организма, такъ же едино, какъ этотъ организмъ, и это само собой устраняетъ традиціонный дуализмъ между „естественнымъ“ и положительнымъ правомъ. Право и государство живутъ не каждое своей самостоятельной, а общей имъ обоимъ жизнью: они срощены, предназначены другъ для друга и взаимно обусловлены.

Вотъ въ общихъ чертахъ ученіе исторической школы о правѣ, дѣлающее огромный шагъ впередъ сравнительно съ предшествующими ей ученіями о механически-произвольномъ зарожденіи права, и слѣдующія чрезвычайно важныя завоеванія для научнаго направленія въ правовѣдѣніи. Во-1), снова отмѣтимъ установленіе принципа развитія для права, вмѣстѣ съ обоими моментами процесса развитія: его постоянствомъ или континуитетомъ (наслѣдственность), и видоизмѣненіемъ формъ или переходомъ отъ низшихъ къ высшимъ формамъ (приспособленіе). Но насколько правильно Савиньи и его школа примѣняли этотъ принципъ къ праву и его изслѣдованію, это—другой вопросъ, на который намъ придется ниже отвѣтить отрицательно. Тѣмъ не менѣе, признаніе принципа развитія и сведеніе къ нему всей исторіи и всего дѣйствующаго права составляютъ большія заслуги Савиньи, которыми обусловлены, можетъ быть, всѣ успѣхи современнаго правовѣдѣнія. Во-2), задача правовѣдѣнія установлена исторической школой въ смыслѣ изслѣдованія явленій дѣйствительной жизни, а не навязыванія ей извнѣ какой-бы то ни было мудрости. Правовѣдѣніе, по этому ученію, должно быть „позитивно“, т.-е. наравнѣ съ естественными науками, оно имѣетъ дѣло

только съ „дѣйствительностью“ (Пухта) и обращено къ прошлому, а не будущему, — къ тому, что было и есть, а не къ тому, что должно быть. Установленіе этого взгляда — съ поправкой, которую мы внесемъ въ него, — представляетъ большой успѣхъ въ нашей наукѣ, если не исключать изъ числа исторически-дѣйствующихъ силъ и критическаго интеллекта, преслѣдующаго идеальныя цѣли: безъ него нельзя было бы объяснить тѣ безчисленные перевороты и революціи, которые въ исторіи были пережиты правомъ и наукой права, наравнѣ съ другими общественными учрежденіями и общественными науками. Сила этого фактора была принижена школой Савиньи, но настаиваніе на важномъ значеніи исторіи права,—которая перестала, наконецъ, служить складомъ свѣдѣній, не связанныхъ между собой общей идеей и годныхъ лишь для справокъ,—вызвало небывалую и невиданную до того историческую литературу. Эта литература, вмѣстѣ съ идеей закономѣрнаго развитія права, составляетъ, можетъ быть, важнѣйшую заслугу исторической школы, сдѣлавшей впервые возможнымъ открытіе законовъ правовыхъ явленій посредствомъ изученія ихъ исторіи.

И, дѣйствительно, ученіе Савиньи пробудило юриспруденцію отъ долгаго сна. Завязалась новая и болѣе крѣпкая связь между нею, языковѣдѣніемъ, народнымъ эпосомъ и общей исторіей. Яковъ Гриммъ и Нибуръ признаютъ себя благодарными учениками Савиньи, работая въ смежныхъ съ правомъ областяхъ съ такимъ успѣхомъ, какого не знала до тѣхъ поръ ни одна отрасль обществовѣдѣнія. Начался новый періодъ открытій и въ области права, и теперь, какъ въ XV и XVI стол., во времена Цазія и другихъ, нѣмецкіе ученые стали переходить Альпы и находить въ итальянскихъ библіотекахъ сокровища, проливавшія новый свѣтъ на темные до того періоды исторіи права. Таково было открытіе институцій Гая и много другихъ находокъ. Такимъ образомъ, вѣкъ открытія повторился черезъ три столѣтія, и если, какъ говорятъ, никто еще не превзошелъ Куяція въ глубинѣ и объемѣ его знаній по римскому праву, то совокупность того, что сдѣлалось извѣстнымъ, и способы, которыми это извѣстное разрабатывалось, стали послѣ Савиньи неизмѣримо выше, чѣмъ въ XVI столѣтіи. Тутъ не только образовалась отсутствовавшая тогда историческая критика, но, что еще важнѣе, антикварное знаніе обратилось въ историческое, т.-е. такое, которое соединяло отдѣльные факты въ органическое цѣлое и старалось понять ихъ, какъ моменты одного живого и цѣльнаго процесса развитія. Въ этомъ направленіи стало разрабатываться какъ римское, такъ и германское право, которое до Эйхгорна, ближайшаго сотрудника Савиньи, не было вовсе предметомъ научнаго изслѣдованія, такъ что и настоящіе „германисты“, т.-е., спеціалисты по германскому праву и, въ особенности, его исторіи, родились, можно сказать, такъ же со школой Савиньи. Главнымъ органомъ этой школы сдѣлался журналъ: „Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft“, созданный

Савиньи, въ сотрудничествѣ съ Эйхгорномъ и Гешеномъ, и руководимый до 1850 года самимъ главой школы. Въ настоящее время этотъ же журналъ выходитъ подъ названіемъ „Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte“.

Но рядомъ съ достоинствомъ и значеніемъ, высоко поднимающими историческую школу надъ предшествующими ей направленіями и дѣлающими изъ нея, такъ сказать, мать современной науки права, необходимо указать и на ея ошибки, безъ которыхъ нельзя объяснить послѣдующихъ движеній въ исторіи правовѣдѣнія.

Мы не будемъ распространяться о политической сторонѣ ученія Савиньи, которой было сдѣлано много и, притомъ, самыхъ противоположныхъ упрековъ. Съ нею случилось то, что въ политикѣ случается со многими великими истинами, т.-е. ученіемъ Савиньи стали пользоваться различныя партіи для совершенно противоположныхъ цѣлей. Положеніе, что право есть естественный продуктъ народной жизни, имѣло, какъ-будто, демократическій оттѣнокъ и послужило для одного изъ собратій Савиньи, Генера, поводомъ къ обвиненію главы исторической школы въ демагогическихъ стремленіяхъ. И, наоборотъ, та простая и въ настоящее время кажущаяся аксіоматической мысль, что состояніе права въ настоящемъ условлено состояніемъ его въ прошедшемъ, сдѣлалось лозунгомъ для религіозной и политической реакціи, томившей Германію впродолженіи нѣсколькихъ десятилѣтій. Теорія Савиньи не отвѣтственна, конечно, за подобное употребленіе, сдѣланное изъ нея въ политикѣ, но она не свободна и въ политическомъ смыслѣ отъ слѣдующаго упрека.

Будучи реакціей противъ стремленій „вѣка просвѣщенія“ какъ въ теоретической, такъ и въ практической области, историческая школа упражняла, гдѣ могла, свое вліяніе въ духѣ консервативныхъ интересовъ. Возставая противъ разрыва съ прошлымъ, ведя борьбу съ революціей, защищая „историческое право“ и условленность настоящаго прошлымъ, историческая школа въ юриспруденціи играла въ руку политической реакціи и давала ей могучіе аргументы противъ стоявшихъ на очереди реформъ. Но не нужно забывать, что въ этомъ отношеніи историческая школа была сама историческимъ явленіемъ, сыгравшимъ уже свою политическую роль. Какъ скоро прошло теченіе, противъ котораго она возстала, ея характеръ измѣнился. Соединенные въ ней элементы получили самостоятельность и выступили въ новыхъ примѣненіяхъ и комбинаціяхъ. Съ этими элементами и отраженіями исторической школы мы встрѣчаемся теперь повсюду: въ работахъ по соціальной исторіи, языковѣдѣнію, этнологіи, первобытному праву, исторіи философіи, религіи и т. д. Поэтому, не взирая на свой консерватизмъ, историческая школа внесла въ общественныя науки элементъ движенія, которому не предвидится конца, и который противится всякому окостенѣнію, всякому догматизму и успокоенію на какой бы то ни было системѣ приведенныхъ между собой въ окончательную связь

понятій. Этотъ выводъ изъ посылокъ исторической школы не былъ извлеченъ ея первыми представителями, но, указанный уже болѣе 20 лѣтъ назадъ Меркелемъ въ его превосходной и уже цитированной нами статьѣ объ исторической школѣ, онъ не подлежитъ, по нашему мнѣнію, оспариванію и составляетъ самую сильную сторону разбираемаго нами направленія въ юриспруденціи. Переходимъ теперь къ настоящимъ возраженіямъ, которымъ это направленіе даетъ мѣсто.

а) Говоря, что право образуется изъ народа, что оно есть выраженіе общаго народнаго убѣжденія, писатели исторической школы, очевидно, преувеличиваютъ его народный характеръ, упуская изъ виду, что правообразованіе происходитъ не только въ народѣ, но и среди общественныхъ союзовъ, предшествующихъ сліянію ихъ въ одинъ народъ, какъ то: рода, общины и другихъ общественныхъ агрегацій. Съ другой стороны, историческая школа не принимаетъ во вниманіе того, что и рамки народной жизни, по мѣрѣ развитія права, дѣлаются для него тѣсными, такъ какъ сближеніе народовъ, сношеніе ихъ между собой, общія условія жизни и общая работа для одного и того же дѣла—вносятъ въ правообразованіе, кромѣ національнаго, и интернаціональный элементъ, придающій праву все болѣе и болѣе универсальный характеръ. Такимъ образомъ, эта школа ставитъ, съ одной стороны, рамки правообразованія слишкомъ широко, а съ другой—чрезмѣрно суживаетъ ихъ, не принимая во вниманіе международнаго элемента права.

б) Утверждая, далѣе, происхожденіе права изъ „духа“ народа, историческая школа впадаетъ въ мистицизмъ и принимаетъ идею какого-то инстинктивнаго, непроизвольнаго возникновенія и развитія права. Такое развитіе было бы лишено органа для преобразованія права и этимъ самымъ осуждено, вопреки своему собственному принципу, на неподвижность. Ссылка на науку права и доктрину не помогаетъ дѣлу, такъ какъ та и другая живутъ абстракціями, особенно непригодными служить органами правосозданія въ той роли, которая имъ предназначается ученіемъ Савиньи: углублять изученіе классическаго римскаго права. Право требуетъ постояннаго приспособленія къ ежедневно нарождающимся потребностямъ жизни и исполняетъ свое назначеніе только тогда, когда оно имѣетъ и постоянный органъ для такого приспособленія абстрактнаго къ конкретному.

Сюда можно присоединить и указаніе Іеринга на то, что созданіе и примѣненіе права не обходятся безъ активнаго участія человѣческаго сознанія и воли. Вотъ что говорится по этому поводу въ его сочиненіи „Духъ римскаго права“: „Исторія права началась желѣзнымъ періодомъ, тяжелой борьбой и работой человѣческаго разума; намѣреніе, рефлексія, сознаніе, разсчетъ дѣйствовали уже при возникновеніи права, — юридическое искусство существовало у колыбели его. Какъ теперь понятія не даются намъ сами собой, но должны пріобрѣтаться трудомъ и напряженіемъ всѣхъ силъ, такъ, а не иначе, было и въ ту историческую

эпоху, когда образовались основныя понятія права. Мнѣніе, утверждающее, что народы не нуждались во время своего дѣтства въ исканіи и выработкѣ понятій собственности, обязательства и пр., но нашли эти понятія готовыми, не лучше мнѣнія, по которому люди получили изъ рукъ природы, въ готовомъ видѣ, свои дома, плуги и проч. Какъ ради пріобрѣтенія этихъ понятій надо было думать, работать, допытываться впродолженіи столѣтій, точно такъ же и, притомъ, въ несравненно бо́льшей степени, приходилось дѣйствовать и относительно юридическихъ понятій. Всюду долженъ былъ пройти періодъ пробъ и исканій, колебаній и неопредѣленности, прежде чѣмъ эти понятія приняли опредѣленныя и твердыя формы, въ которыхъ они выступаютъ передъ нами въ доступный для насъ періодъ исторіи права".

Такимъ образомъ, правовыя понятія и опредѣленія не даются человѣчеству сами собой, но составляютъ продуктъ продолжительнаго умственнаго труда многихъ поколѣній, вотъ существенное содержаніе критики Іеринга, направленной противъ исторической школы. Савиньи могъ бы отвѣтить на эту критику, что онъ не отрицаетъ участія человѣка въ созданіи права, но мыслитъ это участіе какъ въ сознательной, такъ и безсознательной формѣ, и утверждаетъ лишь то, что въ обоихъ случаяхъ оно свободно отъ произвола и обусловлено средой, въ отношеніи которой прошлое есть та же среда, продолженная только до безконечности. Но если мы и согласимся съ тѣмъ, что сознательное развитіе права не исключено доктриной исторической школы, то не подлежитъ сомнѣнію, что безсознательное возникновеніе и развитіе права играетъ въ ней первенствующую роль, и что въ основаніи всей доктрины лежитъ чисто пантеистическое міровоззрѣніе, примѣненное къ праву.

Учрежденія и законы составляютъ, по ученію Савиньи, не намѣренное и свободное созданіе воли человѣка, но продуктъ времени и исторіи; они возникаютъ изъ инстинктивныхъ склонностей „народнаго духа" и развиваются подъ вліяніемъ скрывающихся въ немъ силъ; они не создаются, но „вырастаютъ". Поэтому и обычай, въ представленіи Савиньи и, особенно, его виднѣйшаго послѣдователя, Пухты, не случайно посвятившаго ему свою важнѣйшую работу, оказывается совершеннѣйшей формой права и единственно раціональной; она одна самопроизвольна, ничѣмъ не вынуждена; это—право, удовлетворяющее само себя, постоянно живущее, безконечно прогрессирующее. Вмѣшательство законодателя въ формѣ кодификаціи составляетъ, напротивъ, притѣсненіе, становящееся поперекъ естественному развитію. Кромѣ того, оно останавливаетъ науку и ея успѣхи, препятствуя изслѣдованію переступать границы текстовъ. „Кодексы, говоритъ Савиньи, фиксируютъ право въ томъ состояніи, въ какомъ они застаютъ его въ моментъ кодификаціи; они дѣлаютъ это состояніе неподвижнымъ и лишаютъ законодательство тѣхъ послѣдовательныхъ и необходимыхъ улучшеній, къ которымъ его привели бы

естественно время и наука". Поэтому, чѣмъ ограниченнѣе дѣйствіе закона, чѣмъ болѣе простора предоставлено обычаю, тѣмъ обезпеченнѣе прогрессъ права. Въ противоположность школѣ „естественнаго права", которая искала и находила право въ личности человѣка, оно принимается Савиньи въ чисто объективномъ смыслѣ, какъ нѣчто реальное и существующее независимо отъ воли, какъ индивидуальной, такъ и коллективной. Право заключено въ народномъ убѣжденіи, отражаемомъ преданіемъ; это—сокровенная сила, обнаруживаемая накопленнымъ опытомъ многихъ поколѣній; это—„внутренне-упорядоченный продуктъ исторіи", скажетъ черезъ 50 лѣтъ Іерингъ, возставшій, однако, противъ преувеличеннаго объективизма исторической школы, въ которомъ нельзя не признать метафизики и противорѣчія съ явленіями дѣйствительной жизни.

То же слѣдуетъ сказать объ отождествленіи государства съ народомъ или „духомъ" народа и о надѣленіи того и другого качествами живого организма. Успѣхи обществовѣдѣнія сдѣлали теперь несомнѣннымъ какъ существованіе многочисленныхъ формъ общежитія, предшествующихъ образованію государства, такъ и необходимость различать народъ отъ государства и послѣ образованія этого послѣдняго. Государство есть только одно изъ выраженій народной жизни, далеко не покрывающее собой всей суммы явленій, обнимаемыхъ понятіемъ этой жизни. Такъ же недопустимо и представленіе о государствѣ и народѣ, какъ живыхъ и стоящихъ внѣ насъ организмахъ, и недопустимо въ силу одинаково характеризующихъ это представленіе и одинаково осуждаемыхъ современнымъ научнымъ знаніемъ признаковъ философскаго реализма и трансцендентности. Оно исходитъ изъ предположенія, что существуютъ реальные, самостоятельные и живые организмы, недоступные по своей природѣ для чувственнаго воспріятія иначе, какъ въ своемъ воздѣйствіи на внѣшній міръ. Но если такіе организмы существуютъ, то они существуютъ только за предѣлами опытнаго знанія и могутъ быть предметомъ вѣры, а не науки, которая не знаетъ живыхъ организмовъ, извлеченныхъ изъ пространства и недоступныхъ для чувственнаго воспріятія. Воздѣйствіе права и государства на внѣшній міръ исходитъ отъ наблюдаемыхъ нами живыхъ индивидовъ и имѣетъ своей причиной акты воли этихъ индивидовъ, а не какого-то отличнаго отъ нихъ и такъ же живого, но непостижимаго организма.

Что касается, наконецъ, вопроса о кодификаціи, то теперь онъ, можно сказать, рѣшенъ, и рѣшенъ даже въ Германіи противъ Савиньи. Съ одной стороны, если кодификація понимается правильно, т.-е. если она не задается мыслью все предвидѣть и все регулировать, а ограничивается формулированіемъ общихъ положеній и принциповъ, изъ которыхъ могутъ быть выведены заключенія на отдѣльные случаи—такъ, по крайней мѣрѣ, понимаются и выполняются кодификаціи новаго времени,—то не можетъ быть сомнѣнія, что кодификація въ этомъ смыслѣ есть неоцѣненное

благо: записанныя и строго установленныя правила устраняютъ произволъ, обезпечиваютъ жизненные интересы и удовлетворяютъ неоспоримой потребности всѣхъ свободныхъ народовъ въ извѣстности и установленности ихъ права. Съ другой стороны, такъ же несомнѣнно, что кодификація не только не затрудняетъ науки, но, напротивъ, ставитъ ее въ лучшія условія. Работа права никогда не заканчивается, лучше сказать—всегда возобновляется, и ни одинъ законъ не остановитъ ея движенія. Судьба человѣчества лежитъ въ движеніи и постоянномъ развитіи: Прогрессъ идей, потребности практики, внушенія различныхъ интересовъ рождаютъ каждый день новыя представленія и новыя комбинаціи, неизвѣстныя еще наканунѣ; созданіе права возобновляется немедленно по формулированіи пріобрѣтенныхъ результатовъ. Поэтому кодификація, фиксируя въ ясномъ, простомъ и сжатомъ языкѣ тѣ идеи права, справедливость и полезность которыхъ уже признана, и, предоставляя свободному обсужденію тѣ идеи, справедливость и полезность которыхъ еще оспаривается, не только не убиваетъ науки, чего опасался Савиньи, а приготовляетъ, напротивъ, болѣе благопріятныя условія для ея развитія, обезпечивая одновременно и въ правильной мѣрѣ—какъ устойчивость, такъ и прогрессъ права. Во всякомъ случаѣ, судебной практикѣ легче имѣть дѣло съ кодифицированными законами и живыми научными доктринами, способными эволюировать и внушать новыя идеи, нежели съ мертвой массой обычаевъ, трудно распознаваемыхъ и вовсе не поддающихся или мало поддающихся развитію.

Такимъ образомъ, существенный недостатокъ исторической школы въ формѣ, данной ей Савиньи и Пухтой, состоитъ въ томъ, что она принимаетъ въ основаніи развитія права какой-то загадочный психическій процессъ, совершающійся въ нѣдрахъ народнаго организма и не поддающійся опытной провѣркѣ. Реагируя противъ свободы, приписываемой прежними ученіями волѣ законодателя въ процессѣ образованія и развитія права, она не ставитъ на мѣсто этой свободы ничего, кромѣ своего чисто субъективнаго воззрѣнія на то, что всякое новообразованіе въ области права должно быть сведено къ дѣятельности такъ назыв. „народнаго духа“, не подлежащаго научному изслѣдованію ни въ своемъ существѣ, ни въ своихъ источникахъ.

в). Указаныя черты доктрины Савиньи сближаютъ эту послѣднюю съ худшими традиціями школы „естественнаго права“ и ставятъ ее въ непосредственную связь съ апріорной методой изслѣдованія, усвоенной Савиньи и его послѣдователями не только въ ихъ догматическихъ построеніяхъ, но и въ такихъ чисто историческихъ вопросахъ, какими нельзя, напр., не считать вопросовъ о правообразованіи и источникахъ права. Въ этомъ отношеніи историческая школа Савиньи и Пухты представляетъ полное сходство со школой „естественнаго права“ и такое же различіе съ современной исторической наукой, не имѣющей ничего общаго съ апріорной методой и допускающей только индукціи и дедукціи, съ ихъ возможными сочета-

ніями. Поэтому надо строго отличать историческую школу, покоющуюся на апріорной методѣ, отъ исторической методы, не заключающей въ себѣ ничего субъективнаго и слѣдующей чисто научнымъ пріемамъ. А что метода, которой шли Савиньи и его школа, была апріорная и осуждала впередъ добытые съ ея помощью результаты, это видно уже изъ предшествующаго изложенія и признано давно лучшими критиками исторической школы—Мейеромъ, Цительманомъ, Бергбомомъ и др.

Что̀ такое, въ самомъ дѣлѣ, „духъ“ народа или народное сознаніе, на которомъ основана вся такъ назыв. „историческая теорія правообразованія“, какъ не совершенно апріорное построеніе отъ разума, не только ничѣмъ не доказанное, но и прямо опровергаемое тѣмъ, что намъ дѣйствительно извѣстно о происхожденіи и развитіи права? По поводу этой теоріи нельзя не вспомнить опять интересныхъ замѣчаній Іеринга въ его посмертномъ сочиненіи: „Entwicklungsgeschichte des römichen Rechts“. Теорія правообразованія исторической школы, окрещиваемая Іерингомъ названіемъ „Emanationstheorie“, равносильна, по его мнѣнію, „отреченію отъ всѣхъ вопросовъ причинности. На всѣ вопросы такого рода она даетъ одинъ и тотъ же отвѣтъ: народная душа, національное чувство права, такъ смотритъ на дѣло народъ и т. д. Этимъ рѣшается все, это—фатумъ въ исторіи, и историку нѣчего дѣлать, какъ только сложить руки“. Такое банкротство исторической науки, узаконяемое исторической же школой, есть прямое послѣдствіе апріорной методы. Если эта послѣдняя съ извѣстными ограниченіями можетъ быть допущена въ догматическихъ работахъ, вслѣдствіе отчасти формальнаго характера подобныхъ работъ, то, въ примѣненіи къ историческимъ изслѣдованіямъ, она ведетъ къ смертному приговору надъ этими изслѣдованіями.

г). Въ тѣсной связи съ основнымъ методологическимъ порокомъ исторической школы стоитъ и ея отношеніе къ принципу развитія, въ его практическихъ послѣдствіяхъ. Несмотря на ясно выраженную въ программѣ Савиньи формулу развитія, несмотря на объявленіе войны школѣ „естественнаго права“, — которая освящала въ своихъ теоретическихъ построеніяхъ начало неподвижности и застоя въ правѣ, представляя въ этомъ отношеніи полнѣйшій антиподъ принципу развитія исторической школы,—Савиньи и его послѣдователи продолжали, тѣмъ не менѣе, идти по слѣдамъ своихъ противниковъ и то и дѣло становились въ противорѣчіе съ ими же провозглашеннымъ принципомъ развитія. Судьба этого послѣдняго въ правовѣдѣніи была та же, что̀ и судьба многихъ новыхъ истинъ. Сила инерціи и упорство въ существующихъ вѣрованіяхъ и воззрѣніяхъ до такой степени мѣшали обнаруженію и пониманію новой истины, что основатели исторической школы не могли вывести изъ своихъ собственныхъ исходныхъ положеній необходимо слѣдующія изъ нихъ заключенія. Это сказалось особенно въ ученіи исторической школы объ источникахъ права и въ ея отношеніи къ вопросу о преобразованіяхъ въ правѣ.

Въ своей „Системѣ римскаго права“ (т. I, гл. 2), Савиньи даетъ изложеніе „общей природы источниковъ права“, и какъ изъ заголовка, такъ изъ содержанія этого изложенія видно, что Савиньи придаетъ настоящему ученію обще-обязательное значеніе для всѣхъ народовъ и временъ. Если бы тутъ возможно было какое-нибудь сомнѣніе, то оно было бы устранено вступленіемъ въ третью главу того же тома „Системы“, гдѣ мы читаемъ, что въ этой главѣ будетъ примѣнено къ современному римскому праву то, что̀ излагалось въ предшествующей главѣ объ юридической природѣ источниковъ права вообще. То же представленіе о неизмѣнной природѣ источниковъ права поддерживается силой поразительной традиціи почти во всѣхъ печатающихся до сихъ поръ учебникахъ не только пандектнаго, но и германскаго, и даже русскаго права. Между тѣмъ, это представленіе принадлежитъ, несомнѣнно, „естественному праву“, отъ котораго оно перешло и въ школу Савиньи, и въ современную юриспруденцію, несмотря на свое видимое противорѣчіе какъ съ принципомъ развитія, такъ и съ признаваемыми всюду различіями въ состояніи источниковъ права по различію времени и мѣста.

Такое же противорѣчіе съ принципомъ развитія составляетъ и теперь господствующее, ведущее свое начало отъ школы Савиньи — ученіе объ исключеніи изъ области правовѣдѣнія всѣхъ вопросовъ о дальнѣйшемъ развитіи и преобразованіи права. По этому поводу мы уже высказывались въ самомъ началѣ курса и можемъ поэтому поставить теперь въ упрекъ „исторической школѣ“ то, что она не возводитъ, съ одной стороны, принципа развитія до источниковъ права, и не распространяетъ его, съ другой стороны, на новыя правообразованія. Въ обоихъ случаяхъ она вступаетъ въ очевидное противорѣчіе со своей собственной программой и сближается — такъ же, какъ и въ своихъ методологическихъ пріемахъ — со школой „естественнаго права“ [1]).

Но указанныя выше сильныя стороны исторической школы значительно превысили ея недочеты, исправленные, притомъ, послѣдующимъ развитіемъ историческаго знанія, которое сдѣлало исторію, бывшую до того, по выраженію одного изъ современныхъ намъ писателей, служанкой многихъ господъ: богословія, философіи, юриспруденціи и т. д., госпожей надъ своими прежними господами, и, затѣмъ — обратило всѣ отрасли знанія въ провинціи всемірной исторіи. Тѣмъ не менѣе, отрицательныя стороны исторической школы вызвали противъ нея реакцію, въ видѣ новыхъ направленій философской и юридической мысли, которыя, въ свою очередь, содѣйствовали дальнѣйшему развитію научнаго правовѣдѣнія. Между этими направленіями слѣдуетъ отмѣтить, прежде всего,

---

[1]) Въ нашей литературѣ на связь между обѣими школами обращено вниманіе въ сочиненіи П. Новгородцева: Историческая школа юристовъ, 1896 г.

стоящее въ отношеніи непосредственнаго преемства и взаимодѣйствія съ исторической школой вліяніе философіи Гегеля.

5. „Гегеліанизмъ“ въ юриспруденціи.

Не останавливаясь на изложеніи философіи Гегеля, ни ея критической оцѣнкѣ, мы скажемъ лишь, что она не представляетъ собой научной философіи, опираясь на ту же субъективную методу и отличаясь такимъ же апріорнымъ характеромъ своихъ построеній, какъ и школа „естественнаго права“. Въ этомъ отношеніи вліяніе „гегеліанизма“ могло быть только отрицательное, такъ какъ имъ именно, его сведеніемъ всего прошлаго, настоящаго и будущаго къ неизмѣннымъ логическимъ категоріямъ, его такъ наз. „діалектической методой“ — если не создано, то поддержано какъ-разъ то безплодное направленіе, которое прозвано „юриспруденціей понятій“ и было уже охарактеризовано нами при обзорѣ теорій о задачахъ правовѣдѣнія. Этого вліянія не избѣгли не только представители исторической школы, — которымъ тоже подобало бы видѣть въ правѣ скорѣе ирраціональный продуктъ множества постоянно измѣняющихся факторовъ, чѣмъ какую-то необходимую форму мысли, — но и такіе несравненно ближе стоявшіе къ научному правовѣдѣнію юристы, какимъ былъ, напр., Іерингъ, отставшій отъ такъ окрещенной имъ же „юриспруденціи понятій“ лишь въ позднюю пору своей научной дѣятельности. Но объ Іерингѣ можно, по крайней мѣрѣ, сказать, что и подчинившись вліянію „гегеліанизма“, онъ не терялъ никогда сознанія о связи права съ жизнью и всегда настаивалъ на важности соображенія его телеологическаго момента. Напротивъ, крупнѣйшіе представители исторической школы юристовъ: Савиньи, Пухта, Брунсъ, Виндшейдъ и др. оставались всю свою жизнь, какъ это ни кажется страннымъ, и представителями „юриспруденціи понятій“, и гораздо болѣе раціоналистами, чѣмъ историками. Въ свою очередь, ни Гегель, ни его послѣдователи не избѣгли вліянія исторической школы, заимствовавъ у нея идею развитія. Эта идея была только испорчена ими отождествленіемъ съ „діалектическимъ развитіемъ“, но, съ другой стороны — и исправлена распространеніемъ ея отъ національной на міровую жизнь и установленіемъ связи между развитіемъ права и процессомъ мірового развитія. Къ этому пункту ученія Гегеля мы еще вернемся и укажемъ сейчасъ на положительныя стороны его вліянія, сказавшіяся независимо и даже вопреки исторической школѣ.

Во-1), въ юриспруденціи пробудился снова интересъ къ философскому изученію права, заброшенный исторической школой. Гегель и, въ особенности, его ученикъ Гансъ справедливо упрекали историческую школу въ философскомъ индиферентизмѣ; они указывали на то, что она видѣла въ правѣ одно сцѣпленіе фактовъ и обычаевъ, смѣшивала право

съ закономъ, изгоняла изъ него всякіе принципы и стремленія, не принимала во вниманіе свободы человѣка и разрушала этимъ волю, какъ источникъ прогресса. Этотъ приговоръ надъ исторической школой былъ произнесенъ безапелляціонно, и доктрина Савиньи и его учениковъ „романтиковъ", какъ называлъ ихъ Блунчли, была уже съ этого времени осуждена наукой. Вотъ какъ судилъ ее, напр., Іерингъ: „Ложная, но безопасная въ теоріи, она содержитъ въ себѣ съ общественной точки зрѣнія самую большую ересь, какую можно себѣ представить. Въ области, гдѣ человѣкъ долженъ дѣйствовать съ полнымъ и яснымъ сознаніемъ цѣли, прилагая къ своей дѣятельности всѣ свои силы,—въ этой области она вводитъ его въ заблужденіе, заставляя думать, что все устроится само-собой, что онъ не можетъ сдѣлать ничего лучше, какъ сложить руки и ждать съ полнымъ довѣріемъ того, что будетъ произведено мало-по-малу мнимо-первоначальнымъ источникомъ права: народнымъ сознаніемъ".

Во-2), подъ вліяніемъ „гегеліанизма" въ юриспруденціи были сдѣланы первыя попытки сравнительной исторіи права, такъ какъ изъ самаго существа этой философіи слѣдовало, что, разсматривая исторію какъ выраженіе „абсолютнаго" или „мірового духа", нельзя ограничиваться изученіемъ одного народа, а необходимо изучать все человѣчество, какъ одно цѣлое. Отсюда уже видно, что гегелевская философія была, по существу своему, и историческая, отличаясь, однако, отъ исторической школы Савиньи слѣдующей важной чертой: она не была привязана къ одному мѣсту, какъ эта послѣдняя,и, вмѣсто того, чтобы искать основанія права въ институтахъ національнаго происхожденія, исторія, такъ сказать, универсализировалась и указывала на основаніе права въ непрерывномъ развитіи „мірового духа". Безсознательному происхожденію права въ условіяхъ національной жизни ученіе Гегеля противополагало развитіе его въ условіяхъ всемірной жизни; обычаю, развивающемуся изъ самаго себя подъ вліяніемъ національнаго инстинкта, противопоставлялось живое стремленіе къ осуществленію конечной цѣли. Вотъ почему философія Гегеля, запечатлѣнная въ равной степени фантазіей и національнымъ самообольщеніемъ, вызвала, тѣмъ не менѣе, въ юридической литературѣ выдающіеся труды по сравнительному правовѣдѣнію, напр., Ганса „Наслѣдственное право въ его всемірно-историческомъ развитіи", Унгера „Бракъ въ его историческомъ развитіи", и нѣкоторые другіе.

Въ-3), вліяніе „гегеліанизма" на юриспруденцію обнаружилось и въ томъ, что заставило ее обратить вниманіе на психическую сторону правовыхъ явленій и ввести этотъ психическій элементъ въ юридическое изслѣдованіе. Подъ этимъ вліяніемъ, не говоря о самыхъ опредѣленіяхъ объективнаго и субъективнаго права, какъ „общей" и „индивидуальной воли", возникло и нѣсколько спеціальныхъ ученій гражданскаго права чисто психологическаго характера, каковы, напр., ученія о волѣ, какъ

основномъ содержаніи гражданскихъ правоотношеній, о владѣніи, какъ непосредственномъ выраженіи воли, и проч.

6. Экономическое направленіе въ юриспруденціи.

Это направленіе, возникшее въ 50-хъ годахъ прошлаго столѣтія и оказавшее большія услуги правовѣдѣнію, указывало на зависимость права отъ экономическихъ отношеній и настаивало на изученіи правовыхъ явленій въ связи съ экономическими. Среди юристовъ этого направленія можно назвать Данкварта, Арнольда, Риве и др. Въ новѣйшее время экономическую подкладку права выдвигаютъ особенно юристы такъ назыв. соціальнаго направленія, къ которому примыкаютъ Менгеръ („Das Recht auf den vollen Arbeitertrag“ и „Das bürgerliche Gesetzbuch und die arbeitslose Klasse“), Оффнеръ („Studien sozialer Jurisprudenz“) и др. Сюда же принадлежитъ и чрезвычайно популярное ученіе, извѣстное подъ именемъ „экономическаго матеріализма“. Это ученіе имѣетъ своимъ родоначальникомъ К. Маркса, хотя несомнѣнно многіе и изъ болѣе раннихъ писателей указывали не только на главенствующую, но и опредѣляющую роль экономическихъ условій въ процессѣ образованія и развитія права. Но „экономическій матеріализмъ“ не ограничивается такимъ указаніемъ. Онъ претендуетъ и на особое значеніе единственно-правильной методы изслѣдованія общественныхъ явленій, подчиняя эти послѣднія закономѣрности исключительно экономическихъ отношеній, какъ единаго основанія всей соціальной жизни. Поэтому для „экономическихъ матеріалистовъ“ дѣло идетъ не о томъ, что право зависитъ, между различными факторами, и отъ хозяйства, а о томъ, что все общественное бытіе и всѣ отдѣльныя проявленія этого бытія, какъ напр., право и государство, условливаются и опредѣляются въ послѣдней инстанціи только движеніемъ хозяйственныхъ отношеній. Противъ этого, равно какъ и другихъ оттѣнковъ чисто экономическаго направленія, господствующее въ современной юриспруденціи мнѣніе возражаетъ обыкновенно тѣмъ, что указываетъ на преувеличеніе этимъ направленіемъ значенія экономическаго фактора въ дѣлѣ развитія права, которое нельзя ставить въ отношеніе зависимости и подчиненія отъ экономическихъ условій, на дѣлѣ не существующее. Юридическія явленія, говорятъ намъ, никогда не вытекаютъ прямо и непосредственно изъ законовъ экономическаго міра, но всегда представляютъ собою сложныя явленія, образующіяся путемъ вліянія какъ экономическихъ, такъ и другихъ, вовсе уже не экономическихъ факторовъ жизни. Различныя физическія вліянія, психическія свойства человѣка, господствующія въ данномъ мѣстѣ и въ данное время представленія о справедливости, нравственности, религіи и проч., дѣйствуютъ на право рядомъ съ экономическими двигателями и имѣютъ значеніе само-

стоятельныхъ стимуловъ. Поэтому, въ большинствѣ случаевъ, юридическія явленія стоятъ рядомъ съ экономическими и вмѣстѣ съ ними вытекаютъ или изъ общихъ имъ всѣмъ причинъ: природы человѣка, общества и другихъ вліяній какъ неорганической, такъ и органической среды, составляющей необходимую обстановку всѣхъ общественныхъ явленій, — или изъ какой-нибудь группы соціальныхъ причинъ, не имѣющихъ часто ничего общаго съ хозяйственнымъ міромъ. Если въ однихъ случаяхъ юридическія явленія обусловливаются дѣйствительно экономическими причинами, по преимуществу, то въ другихъ, напротивъ, экономическія явленія сами становятся въ прямую зависимость отъ правовыхъ и измѣняются вмѣстѣ съ послѣдними. Такимъ образомъ, между правомъ и экономіей слѣдуетъ признать, вмѣсто отношенія подчиненности, отношеніе взаимозависимости и солидарности, которое теперь и освящается господствующими какъ въ новой юриспруденціи, такъ и въ новой политической экономіи ученіями.

Не отрицая значенія сдѣланныхъ сейчасъ указаній на односторонность базированія права на почвѣ исключительно экономическихъ отношеній, мы приведемъ еще мнѣніе Штаммлера въ цитированномъ уже выше его сочиненіи „Recht und Wirtschaft“, которымъ устраняется и односторонность чисто экономическаго теченія въ юриспруденціи, и смѣшеніе понятій хозяйства и права, лежащее въ основаніи господствующаго воззрѣнія на настоящій вопросъ. Недостаточно говорить, что „право и хозяйство стоятъ въ родствѣ“, что „они связаны между собой, какъ двѣ различныя области одной и той же культурной жизни“, или что „они находятся въ отношеніи взаимодѣйствія другъ къ другу“. Всѣ эти постоянно повторяемыя теперь формулы оставляютъ отношеніе между правомъ и хозяйствомъ весьма неопредѣленнымъ и позволяютъ думать, что право и хозяйство составляютъ, какъ-будто, два разныхъ предмета, существующіе независимо другъ отъ друга. Въ дѣйствительности, мы можемъ говорить только о соціальной жизни, разсматриваемой съ двухъ сторонъ: условливающей ее формы и условливаемаго этой формой содержанія, нормы и нормируемой жизни. Право есть форма, хозяйство — содержаніе соціальной жизни, слагающееся изъ всей совокупности человѣческихъ дѣйствій, направленныхъ на удовлетвореніе человѣческихъ же потребностей, подъ которыми нельзя разумѣть однѣхъ экономическихъ потребностей, ни отдѣлять эти послѣднія отъ прочихъ. Отсюда вытекаетъ монизмъ соціальной жизни, значительно исправляющій марксовскій монизмъ экономическихъ отношеній. Поэтому же невѣрно разсматривать отношеніе между правомъ и хозяйствомъ съ точки зрѣнія причинности, считая одно причиной, а другое слѣдствіемъ. Подобное отношеніе предполагало бы опять представленіе о различіи права и хозяйства, какъ двухъ самостоятельныхъ предметовъ, а не двухъ необходимо связанныхъ между собой элементовъ одного и того же предмета. Такимъ образомъ,

право и хозяйство суть, по Штаммлеру, не раздѣльныя величины, но двѣ нераздѣльныя стороны—форма и содержаніе—одной и той же вещи; они неотдѣлимы другъ отъ друга. Объ экономическихъ законахъ не можетъ быть рѣчи внѣ регулируемой правомъ соціальной жизни; экономическія понятія не имѣютъ самостоятельности и всегда связаны опредѣленными и впередъ предполагаемыми ими правовыми формами. Точно такъ же и право не есть что-либо существующее само-по-себѣ и различное отъ соціальной жизни; напротивъ, каждое право есть только регулированіе соціальной жизни, и нѣтъ такого права, которое не заключало бы въ себѣ того или другого соціальнаго содержанія.

Эти замѣчанія прекрасно дополняютъ все, что есть вѣрнаго какъ въ экономическомъ направленіи, такъ и въ принятомъ теперь воззрѣніи на право и хозяйство. Взаимное отношеніе этихъ понятій условливается различіемъ не въ ихъ предметѣ, а въ точкѣ зрѣнія на этотъ предметъ, и отсюда вытекаетъ признаніе какъ правовѣдѣнія, такъ и экономики различными отдѣлами одной и той же соціальной науки. Этотъ выводъ есть результатъ современной постановки соціальной науки, о которой мы будемъ говорить нѣсколько ниже, замѣтивъ здѣсь, что имъ не ослабляется, а, напротивъ, оттѣняется главная заслуга экономическаго направленія, состоящая въ прочномъ утвержденіи связи права съ другими общественными явленіями. Это уничтожаетъ, наконецъ, невозможную изолированность права и дѣлаетъ необходимымъ изученіе его вмѣстѣ со всей человѣческой культурой, часть которой оно составляетъ.

7. „Критико-созидающая“ догма права.

Слѣдующимъ въ ряду занимающихъ насъ вліяній на развитіе научнаго правовѣдѣнія было вліяніе на него новаго направленія въ самой практической юриспруденціи, которое образовалось благодаря предшествовавшимъ ему вліяніямъ, но, разъ образовавшись и поставивъ себѣ цѣлью удовлетвореніе практическимъ потребностямъ жизни, стало двигать впередъ и теоретическое правовѣдѣніе. Своего безспорнаго вожака, неутомимаго борца и самаго талантливаго и разносторонняго выразителя своихъ стремленій, это направленіе имѣетъ, несомнѣнно, въ лицѣ не такъ давно умершаго (1892 г.) профессора римскаго права въ Геттингенѣ и крупнѣйшаго юриста нашего времени—Рудольфа Іеринга.

Его выступленіе въ защиту практической постановки права относится къ концу 50-хъ годовъ прошлаго вѣка и совпадаетъ какъ съ разочарованіемъ въ спекулятивной философіи, такъ и поворотомъ отъ нея къ научному строю мысли. Выраженіемъ этого поворота въ Германіи является извѣстная брошюра Кирхгофа, озаглавленная „Программа чистаго наблюденія“. Въ ней спекуляція противополагается научному

знанію, и это послѣднее опредѣляется какъ описательный отчетъ въ эмпирической дѣйствительности [1]). И то, что Кирхгофомъ сдѣлано для естественно-научнаго знанія, выполнено Іерингомъ для юриспруденціи, превращающейся въ его рукахъ изъ „юриспруденціи понятій“ въ „юриспруденцію дѣйствительности“. Она отдѣляется отъ спекуляціи, и задача ея ставится практически, въ смыслѣ удовлетворенія потребностямъ соціальной жизни отысканіемъ и примѣненіемъ соотвѣтствующихъ имъ юридическихъ нормъ. Этимъ самымъ юриспруденціи указывается путь здороваго реализма, который такъ цѣненъ для всѣхъ наукъ и, особенно, практическихъ. Постоянное соприкосновеніе съ жизнью, соотвѣтственное ей формулированіе и нахожденіе права—вотъ настоящая цѣль юриспруденціи. И если она сводитъ найденныя юридическія нормы въ систему юридическихъ понятій, несомнѣнно необходимую для научной обработки и примѣненія права, то практическое значеніе этой системы ограничено каждымъ даннымъ историческимъ моментомъ и обусловлено соотвѣтствіемъ ея дѣйствующимъ въ жизни юридическимъ нормамъ. Отдѣлять юридическія понятія отъ юридическихъ нормъ значитъ допускать чудовищную нелѣпость: послѣднія обусловливаютъ первыя, и если между тѣми и другими возникаетъ разногласіе, то перевѣсъ оказывается естественно на сторонѣ обусловливающей нормы, а не обусловливаемаго ею понятія.

Иначе нельзя было бы понять, почему положенія, которыя принимались еще не очень давно за выраженіе логически-необходимыхъ истинъ въ правѣ, — какъ, напр., положенія о непереносимости обязательствъ, о недопустимости въ нихъ прямого представительства, о несовмѣстимости законнаго наслѣдованія съ завѣщательнымъ и т. п.,—почему всѣ эти положенія не только выброшены изъ большинства современныхъ законодательствъ, но и замѣнены прямо имъ противоположными. Поэтому Іерингъ и относится одинаково враждебно какъ къ исторической школѣ, отдавшей всѣ свои силы римской классической юриспруденціи, такъ и къ формально-логическимъ пріемамъ изученія права, характеризующимъ до сихъ поръ, несмотря на уроки прошлаго, господствующую юриспруденцію. Не отрицая заслугъ исторической школы, Іерингъ не могъ не возстать противъ нея уже потому, что она смѣшала задачи исторіи права съ задачами практическаго правовѣдѣнія и, перейдя въ квіетизмъ, сдѣлалась столпомъ „юриспруденціи понятій“. Эта послѣдняя вызвала, въ свою очередь, его протесты своей отчужденностью отъ жизни и своимъ формализмомъ. Онъ хотѣлъ устранить то и другое перенесеніемъ центра тяжести юридическаго изслѣдованія отъ формальнаго или логическаго момента права, т.-е. его опредѣленій, получаемыхъ отсюда понятій и заключеній изъ нихъ, на несравненно болѣе существенный для пониманія права матеріальный моментъ, лежащій въ мотивахъ и цѣляхъ гражданской жизни. Вотъ почему

[1]) Dilthey, Einleitung in die Geisteswissenschaften, 1883.

логическій моментъ права и отступаетъ у Іеринга на задній планъ, не опредѣляя, а, напротивъ, опредѣляясь потребностями жизни и интересами общества.

Въ отличіе отъ господствующей формально-логической догмы,—которая оперируетъ готовыми опредѣленіями, не заботясь объ ихъ отношеніи къ жизни, и замыкается въ строго-логическую систему общихъ правовыхъ началъ и ихъ консеквенцій, не выходя никогда за предѣлы даннаго ей круга идей,—догма Іеринга требуетъ, прежде всего, практическаго отношенія ко всѣмъ опредѣленіямъ права, оцѣнки ихъ мотивовъ, цѣлей и степени соотвѣтствія съ удовлетворяемыми ими потребностями жизни. Въ случаяхъ, представляющихъ собой наличность какой-либо потребности, но отсутствіе соотвѣтствующаго опредѣленія права, Іерингъ настаиваетъ на свободномъ творчествѣ, находящемъ реальную опору въ судебной практикѣ, обязанной отыскать норму, хотя бы ея и не было вовсе въ законахъ. Поэтому судья долженъ быть, по мысли Іеринга, не машиной, подгоняющей однообразно всѣ конкретныя отношенія подъ однѣ и тѣ же формулы закона, а мыслящимъ юристомъ, разсматривающимъ спорный случай соотвѣтственно его особенностямъ и индивидуализирующимъ каждое отдѣльное отношеніе. Такая дѣятельность юриспруденціи и судьи предполагаетъ изученіе жизни во всѣхъ ея условіяхъ и со всѣхъ сторонъ; она предполагаетъ также то, чтобы каждое положеніе права разсматривалось, какъ живое явленіе въ процессѣ развитія даннаго общества, а не какъ продуктъ логическихъ конструкцій.

Вотъ въ общихъ чертахъ новая догма права, которую самъ Іерингъ назвалъ „творческой“ или „критико-созидающей“, но не сразу далъ ей тотъ образъ, въ которомъ мы ее представили. Первоначальная формулировка, сдѣланная Іерингомъ въ программной статьѣ „Unsere Aufgabe“ („Наша задача“) — открывшей собой еще въ 1857 г. дѣятельность основаннаго имъ журнала: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts, — не свободна отъ слѣдовъ той самой „юриспруденціи понятій“, борьба съ которой составляетъ одинъ изъ главныхъ титуловъ славы Іеринга [1]). Но другими статьями и монографіями, помѣщенными въ этомъ же журналѣ, а затѣмъ и позднѣйшими сочиненіями, онъ показалъ лучше, чѣмъ своей программой, какъ важно и плодотворно защищаемое имъ направленіе не только въ практическомъ, но и въ научномъ смыслѣ. Оно привело его постепенно къ дополненію своей программы тремя моментами: психологическимъ, телеологическимъ и сравнительно-историческимъ. Первый выступалъ ясно уже въ главномъ произведеніи его жизни: „Духъ римскаго права“; второй—въ другомъ капитальномъ сочиненіи: „Цѣль въ

[1]) Эта статья переведена на русскій языкъ А. Г. Гусаковымъ и помѣщена въ покойномъ „Юридическомъ Вѣстникѣ“.

правѣ", и третій—въ томъ же первомъ произведеніи и, особенно, въ двухъ опубликованныхъ послѣ его смерти работахъ: „Die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts" („Исторія развитія римскаго права") и „Vorgeschichte der Indoeuropäer" („До-исторія индо-европейскихъ народовъ"). Исторія римскаго права, которой онъ занимается въ первомъ изъ этихъ сочиненій, для него немыслима безъ изслѣдованія духа этого права на различныхъ ступеняхъ его развитія, а познать „духъ", въ которомъ развивается право какого бы то ни было народа, нельзя иначе, какъ психологически. Но право есть не только чувство, а такъ же воля съ цѣлями, которыя она ставитъ себѣ. Особенностями этихъ цѣлей опредѣляется и индивидуализируется каждое право, такъ что безъ пониманія ихъ невозможно пониманіе и „духа" права. Поэтому исторія права, если она хочетъ быть психологической, должна быть, въ то же время, и телеологичной, и Іерингъ, не оканчивая своего „Духа римскаго права", переходитъ къ „Цѣли въ правѣ", ставя девизомъ этого сочиненія слѣдующія слова: „цѣль создаетъ все право". Въ результатѣ оказывается, что и „юриспруденція дѣйствительности", будучи психологической, должна быть телеологична, и, будучи телеологичной, должна быть психологична, а соединяя въ себѣ то и другое качество, она не можетъ не быть и сравнительно-исторической. Этотъ послѣдній выводъ сдѣланъ въ посмертныхъ сочиненіяхъ Іеринга и мотивированъ тѣмъ, что, какъ психическія свойства отдѣльнаго лица нельзя познать иначе, какъ сравнивая ихъ съ психическими свойствами другого лица, такъ и „духъ" каждаго народа можно постичь только въ его противоположеніи духу другихъ народовъ [1]).

Не входя въ разборъ приведенныхъ мыслей, который завелъ бы насъ слишкомъ далеко, мы отмѣтимъ еще разъ главное и безспорное достоинство догмы Іеринга, заключающееся въ томъ, что она порываетъ въ юриспруденціи съ метафизикой и возвращаетъ право къ его естественной связи съ жизнью, указывая, притомъ, на наблюденіе послѣдней и изученіе мотивовъ и цѣлей правовыхъ опредѣленій, какъ на существеннѣйшіе моменты всякаго юридическаго изслѣдованія. Это—большія заслуги, имѣющія значеніе цѣннаго вклада въ зачинающуюся науку права. Недостатки, которые мы можемъ поставить въ пассивъ „критико-созидающаго" направленія Іеринга, состоятъ въ слѣдующемъ. Во-первыхъ, мотивы и цѣли опредѣленій права изслѣдуются здѣсь, главнымъ образомъ, для того, чтобы исправить недостатки дѣйствующихъ нормъ и поставить на ихъ мѣсто новыя опредѣленія, которыя соотвѣтствовали бы болѣе прежнихъ новымъ потребностямъ общества. Вслѣдствіе такого стремленія къ исправленію права вопросы о томъ, что̀ должно быть, путаются часто съ вопросами о томъ, что̀ было и что̀ есть, и цѣли науки смѣши-

[1]) Sternberg, Allgemeine Rechtslehre, I, 1904, стр. 188—194.

ваются съ цѣлями законодательной политики. Во-вторыхъ, такъ какъ центръ тяжести „критико-созидающей догмы“ составляетъ критика существующихъ опредѣленій права и приведеніе ихъ въ согласіе съ современными требованіями жизни, то эта критика и преобладаетъ въ ней до такой степени, что ею оставляется въ тѣни даже изученіе жизни въ ея разнообразныхъ проявленіяхъ. Поэтому-то мы и видимъ, что приверженцы „критико-созидающаго направленія“, выходя изъ вѣрнаго положенія, что право предназначено служить жизни, а не какой-либо отвлеченной идеѣ, не всегда изслѣдуютъ эту жизнь и почти не занимаются взаимной зависимостью, связывающей ея явленія въ одно цѣлое. Они сосредоточиваютъ свое вниманіе на разборѣ и критикѣ отдѣльныхъ положеній права, и, хотя изслѣдуютъ ихъ въ связи съ жизнію, но все-таки не рѣшаютъ въ большинствѣ случаевъ вопросовъ о томъ, почему и какъ образовались эти положенія, почему они смѣнились другими, и на чемъ основаны ихъ функціи въ жизни цѣлаго. Неразрѣшеніе этихъ вопросовъ объясняется тѣмъ, что „критико-созидающая догма“ не обращаетъ достаточно вниманія, за преслѣдованіемъ цѣли права, на его причины и процессъ развитія. Но это изслѣдованіе входитъ въ его программу, и оно постепенно выполняется, такъ какъ наблюденіе мотивовъ и цѣлей должно необходимо вести и отчасти уже ведетъ къ тому, что это наблюденіе распространяется отъ настоящаго и на прошлое, и гражданско-правовой порядокъ изучается не изолированно отъ другихъ общественныхъ явленій, а въ связи съ ними и въ своемъ историческомъ развитіи. На этомъ новомъ и многообѣщающемъ пути юристами призываются уже на помощь исторія, психологія, политическая экономія и другія отрасли обществовѣдѣнія.

8. Вліяніе соціологіи.

Послѣднее вліяніе, подъ дѣйствіемъ котораго начинаетъ уже складываться научное правовѣдѣніе, есть вліяніе новой науки объ обществѣ, называемой соціологіей и установленной впервые Ог. Контомъ, основателемъ „положительной философіи“, или „позитивизма“ во Франціи.

Въ основаніе этой науки легла мысль о законахъ, управляющихъ жизнью человѣческихъ обществъ, наравнѣ со всѣми другими явленіями органическаго и неорганическаго міра, и съ этой стороны „положительная философія“ Конта была не какимъ-нибудь открытіемъ, сдѣланнымъ внезапно, а продолженіемъ или завершеніемъ мыслей, высказанныхъ еще Вико, Гердеромъ, Монтескьё, Кондорсэ, Сенъ-Симономъ и многими другими писателями XVIII и XIX вѣковъ. Но до Конта эти мысли не были приведены въ систему, и имъ недоставало признанія единой соціальной науки, изучающей законы общественныхъ явленій въ ихъ совокупности, въ отличіе отъ отдѣльныхъ общественныхъ наукъ—правовѣдѣнія, поли-

тической экономіи, исторіи религій и т. д. — имѣющихъ дѣло только съ отдѣльными сторонами или отдѣльными группами этихъ явленій, и стоящихъ съ единой и абстрактной соціальной наукой въ такой же связи, въ какой, напр., біологія стоитъ съ зоологіей, ботаникой и прочими конкретными науками о животныхъ и растительныхъ организмахъ. Выдѣленіе соціологіи изъ ряда другихъ отраслей обществознанія, приложеніе къ изученію ея всѣхъ пріемовъ научнаго изслѣдованія, точное установленіе ея задачи съ опредѣленнымъ заранѣе предметомъ, методомъ изслѣдованія и даже главнѣйшимъ подраздѣленіемъ (статика и динамика),— вотъ что составляетъ исключительную заслугу Конта въ исторіи европейской мысли и обезпечиваетъ за нимъ до сихъ поръ такое значительное вліяніе на нее, что лучшія историческія, историко-юридическія и вообще соціологическія работы, появляющіяся не только во Франціи, Англіи, но и у насъ, отражаютъ на себѣ очевидные слѣды Контовскихъ идей. Исходная точка этихъ идей заключается въ признаніи относительности человѣческаго знанія,—признаніи, которое направляетъ нашу мысль отъ изслѣдованія конечныхъ цѣлей и конечныхъ причинъ, составляющихъ область метафизики, на изслѣдованіе естественной причинности, или постоянства отношеній между явленіями, этого единственнаго объекта научнаго изученія. Подчиненность человѣка, наравнѣ со всѣмъ тѣмъ, что существуетъ въ мірѣ, дѣйствію извѣстныхъ законовъ, называютъ обыкновенно детерминизмомъ, одно изъ послѣдствій котораго гласитъ, что разъ даны условія какого-нибудь явленія, то дано и само явленіе. Отсюда— возможность измѣнять явленія, измѣняя предшествующія имъ условія, возможность предвидѣть будущее и сознательно вліять на него, безъ всякаго фатализма à priori, съ которымъ законы развитія человѣческаго общества не имѣютъ ничего общаго. Открытіе этихъ законовъ есть задача соціологіи, изучающей общественныя явленія или въ условіяхъ покоя, въ основномъ строеніи ихъ элементовъ, — тогда у насъ будетъ соціальная статика,—или въ условіяхъ движенія и функціонированія, — въ этомъ случаѣ мы будемъ имѣть дѣло съ соціальной динамикой. Способъ изученія состоитъ въ соединеніи двухъ основныхъ методовъ мышленія: индукціи и дедукціи, видоизмѣняемыхъ сообразно съ тѣми особенностями и трудностями, которыя представляются изслѣдованіемъ той или другой группы соціальныхъ явленій [1]).

Право, въ ряду этихъ группъ явленій, не обращало на себя особаго вниманія Конта, который не былъ юристомъ и, подчиняя безусловно индивидъ обществу (индивидъ, по его словамъ, есть абстракція: реально только человѣчество), приходилъ къ тому заключенію, что индивидъ можетъ имѣть только обязанности, а не права. Преувеличенность этого

---

[1]) Д. Ст. Милль, „Система логики“, т. II, стр. 381—507. М. Ковалевскій, „Современные соціологи“ 1905; его же—Соціологія, 1910.

заключенія не умаляетъ, однако, заслуги Конта и въ отношеніи къ правовѣдѣнію, которое, благодаря его философіи, ставится теперь въ тѣсную связь съ общей соціальной наукой и, въ то же время, отчетливо размежевывается съ ней. Правовѣдѣніе ограничиваетъ свою компетенцію одной стороной соціальной жизни и свой предметъ одной группой соціальныхъ явленій, характеризуемыхъ какъ явленія права. Но, будучи не закономъ, а явленіемъ соціальной жизни, связаннымъ солидарностью со всѣми другими общественными явленіями, право, какъ предметъ спеціальной общественной науки, не можетъ быть понято безъ помощи какъ другихъ общественныхъ наукъ, такъ и общей науки объ обществѣ, или соціологіи, представляющей собой синтезъ всего общественнаго знанія. Своими заключительными выводами правовѣдѣніе входитъ составной частью въ этотъ синтезъ, подобно тому, какъ въ него входятъ и другія общественныя науки, образуя въ своей абстракціи то единое цѣлое, которымъ занимается соціологія, и которое дѣлаетъ изъ этой послѣдней, какъ бы, философію всѣхъ общественныхъ наукъ [1]).

Метода работы въ правовѣдѣніи та же, что и въ другихъ общественныхъ наукахъ, опредѣляясь, въ общемъ, современной научной методологіей. Но въ виду особенныхъ услугъ, оказываемыхъ правовѣдѣнію сравнительно исторической методой, мы дополнимъ сказанное выше объ этой методѣ еще нѣсколькими замѣчаніями. Безъ нея нельзя придти къ цѣннымъ обобщеніямъ въ области права уже потому, что, какъ ни интересно и поучительно въ практическомъ отношеніи можетъ быть изслѣдованіе нашего собственнаго права или права народовъ, стоящихъ въ ближайшемъ соприкосновеніи съ нами, такое изслѣдованіе возможно только на ограниченномъ пространствѣ времени. За нимъ наступаетъ мракъ, полное отсутствіе памятниковъ и какихъ бы то ни было свидѣтельствъ о состояніи права какъ-разъ въ интереснѣйшій періодъ, когда оно начинаетъ слагаться. Достигнувъ этой границы, отдѣляющей извѣстное отъ неизвѣстнаго, изслѣдователю остается на выборъ: или перешагнуть границу и вступить въ область фантазіи, которая такъ же безпредѣльна, какъ и безплодна, или приняться искать въ другомъ мѣстѣ указаній на тотъ первоначальный періодъ развитія, который не оставилъ явныхъ слѣдовъ въ исторіи права изслѣдуемаго народа. Пришла же, напр., геологія къ открытію доисторическихъ періодовъ состоянія земной коры, изслѣдуя эту кору въ различныхъ пунктахъ земного шара и дополняя констатированные въ одномъ мѣстѣ пласты открытіями, сдѣланными въ другомъ мѣстѣ. Тому же пріему слѣдуетъ и сравнительное правовѣдѣніе. Тѣ періоды развитія, о которыхъ римское или германское право въ доступное для нашихъ изслѣ-

---

[1]) Такъ, по крайней мѣрѣ, понимается соціологія Лакомбомъ въ его книгѣ „L'histoire considérée comme science“, 1894, и это пониманіе кажется намъ наиболѣе правильнымъ.

лователей время сохранило лишь самыя слабыя реминисценціи, проходятся многими народами только въ настоящее время; нѣкоторые изъ этихъ народовъ находятся еще теперь на той ступени развитія, на которой стояло современное намъ культурное человѣчество, когда оно только-что вступало въ исторію. Поэтому мы наблюдаемъ и сейчасъ въ полной чистотѣ такія учрежденія и институты, которые или совсѣмъ исчезли изъ жизни культурныхъ народовъ или сохранились у нихъ въ такихъ искаженныхъ, уродливыхъ и странныхъ формахъ, что ни одинъ историкъ не могъ бы никогда объяснить себѣ этихъ слѣдовъ давно пережитой эпохи,—слѣдовъ, окрещенныхъ съ легкой руки Тейлора названіемъ „переживаній“,—если бы онъ не обратился къ изслѣдованію быта тѣхъ племенъ, у которыхъ эти самыя „переживанія“ находятся еще въ состояніи вполнѣ живыхъ и дѣйствующихъ понынѣ институтовъ права. Не ясно ли, что лишь этимъ путемъ, восходя отъ сложнѣйшихъ къ простѣйшимъ стадіямъ развитія и отъ одного народа къ другому, смотря по проходимой каждымъ изъ нихъ стадіи развитія, мы можемъ придти къ самой колыбели идеи права и отыскать зародыши ея тамъ, куда прежніе историки никогда не проникали. Этотъ способъ изслѣдованія правовыхъ явленій, обязанный своей научной постановкой успѣхамъ соціологіи, принято называть „сравнительнымъ“, но мы, слѣдуя М. Ковалевскому, напечатавшему еще въ 70-хъ годахъ брошюру подъ заглавіемъ „Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи“, предпочитаемъ общепринятому названію предложенный имъ терминъ „историко-сравнительнаго“ или лучше — сравнительно-историческаго метода.

Дѣло въ томъ, что названіе „сравнительный методъ“ предполагаетъ лишь параллельное изученіе двухъ или нѣсколькихъ законодательствъ, съ выдѣленіемъ ихъ чертъ сходства и различія,—вотъ представленіе, возникающее въ умѣ каждаго, кто слышитъ или читаетъ о сравнительномъ методѣ въ примѣненіи къ юриспруденціи. Въ этомъ же смыслѣ говорятъ о немъ и примѣняютъ его къ юридическимъ изслѣдованіямъ еще многіе ученые. Но подобнаго рода сравненія двухъ или нѣсколькихъ законодательствъ, какъ бы они любопытны ни были, носятъ характеръ только подготовки къ настоящему сравненію и лишены сами по себѣ научнаго значенія. „Какую важность—справедливо замѣчаетъ Ковалевскій—можетъ имѣть, напримѣръ, выводъ, который получится изъ сравненія кастоваго устройства древней Индіи и отсутствія кастъ въ Соединенныхъ Штатахъ, или какія научныя соображенія можно связать съ констатированіемъ одновременнаго существованія института жандармеріи въ республиканской Франціи и самодержавной Россіи“? Безполезность подобныхъ сравненій и неправильность извлекаемыхъ изъ нихъ заключеній будутъ обусловливаться несоизмѣримостью общественныхъ состояній сравниваемыхъ народовъ, если они стоятъ на различныхъ ступеняхъ развитія. При „историко-сравнительномъ“ методѣ различныя законодательства сравниваются между собой не внѣшнимъ

образомъ, не случайно, а лишь въ томъ предположеніи, что народы, выработавшіе эти законодательства, либо происходятъ отъ одного общаго корня и выносятъ изъ общей родины общія юридическія воззрѣнія и институты, либо, не имѣя такого общаго происхожденія и такого состоянія общихъ обычаевъ, нравовъ и учрежденій, они одинаково дорастаютъ до нихъ, иначе говоря — достигаютъ однѣхъ и тѣхъ же или, по крайней мѣрѣ, сходныхъ ступеней общественнаго развитія. Въ первомъ смыслѣ, т.-е. въ смыслѣ ограниченія области сравненія группами родственныхъ народовъ, связанныхъ единствомъ происхожденія, сравнительная метода практиковалась и практикуется въ Германіи — Вайтцемъ, Пешелемъ, Лейстомъ и др.; въ Англіи — Фриманомъ, Мэномъ, во Франціи — Фюстель-де-Куланжомъ и др.; во-второмъ, т.-е. въ смыслѣ распространенія сравненія на всѣ народы, проходящіе однѣ и тѣ же стадіи развитія, этотъ методъ нашелъ себѣ примѣненіе въ трудахъ Макъ-Ленана, Моргана, Бастіана, Поста, Даргуна, Летурно, М. Ковалевскаго и мн. др.

Ограниченіе области сравненія народами, происходящими отъ одного общаго корня, кажется и намъ не выдерживающимъ критики, такъ какъ „въ человѣческой природѣ — какъ говоритъ Постъ — существуютъ извѣстныя формы организаціи этнической жизни, не привязанныя ни къ какой опредѣленной народности. Отправленія размноженія, питанія и сношеній между людьми общи и одинаково свойственны всѣмъ имъ, какъ различнымъ экземплярамъ одной и той же человѣческой расы, составляя, такимъ образомъ, органическія функціи этнической жизни. Всѣ племена и народы слагаются изъ однихъ и тѣхъ же размножающихся, нуждающихся въ пищѣ и одаренныхъ, по существу, однимъ и тѣмъ же интеллектомъ людей“. Поэтому само собой разумѣется, что у различныхъ народовъ должна существовать и масса обычаевъ и воззрѣній въ одинаковой или сходной формѣ. Насколько вѣрно то, что каждое племя или народъ имѣетъ свои характеристическія особенности, настолько же вѣрно и то, что всѣ племена и народы состоятъ изъ индивидовъ человѣческой расы, и изъ этой принадлежности всѣхъ людей къ одной расѣ слѣдуетъ уже à priori неизбѣжная повторяемость извѣстныхъ фактовъ и учрежденій у всѣхъ народовъ земного шара. Этотъ апріорный выводъ подтверждается и наблюденіемъ, указывающимъ на множество однородныхъ этническихъ фактовъ у народовъ, между которыми не можетъ быть признано никакой исторической связи, никакой исторической преемственности. Кровная месть, система композицій, похищеніе и покупка невѣстъ, родство по женской линіи, взаимная круговая отвѣтственность и т. д. встрѣчаются у различныхъ и разноплеменныхъ народовъ. Кромѣ того, мы знаемъ, что ни одинъ народъ не образуетъ своей гражданственности однѣми своими силами. Въ развитіи всякого народа принимаютъ участіе различныя племена, различныя расы, и, поэтому относить тѣ или другія явленія общественной жизни на счетъ одного общаго происхожденія этихъ народовъ было бы, по меньшей мѣрѣ, произвольно.

На основаніи приведенныхъ соображеній, развитіе которыхъ можно найти къ цитированной выше книжкѣ Ковалевскаго, мы должны согласиться съ полной возможностью пользоваться сравнительно-исторической методой и за предѣлами народовъ, происходящихъ отъ общаго ствола. Но достовѣрность результатовъ будетъ здѣсь зависѣть, конечно, отъ правильности предположенія объ единствѣ человѣческаго рода, единствѣ его физической и духовной организаціи, обусловливающей такое же единство и въ правообразованіи, несмотря на возможное различіе расъ и другихъ внѣшнихъ отношеній. Это предположеніе объ единствѣ человѣческаго рода оправдывается, къ счастью, такой массой этнографическихъ фактовъ, что въ правильности его едва-ли возможно сомнѣніе. Одно уже то обстоятельство, что столь разнообразные и на первый взглядъ необъяснимые обычаи, какъ, напр., такъ называемая „couvade“, состоящая въ симуляціи мужемъ послѣродового состоянія жены, встрѣчаются у различныхъ и совершенно чуждыхъ другъ другу народовъ; что такія учрежденія, какъ сельская и родовая общины, кровная месть, система композицій, ордаліи и т. д., выступаютъ у множества народовъ безъ того, чтобы они заимствовали ихъ другъ у друга, и, притомъ, съ такой правильностью, которая исключаетъ всякое предположеніе о случайности,— все это ручается вполнѣ за основное единство въ первоначальномъ развитіи человѣчества, дифференціаціи котораго могли явиться лишь на позднѣйшихъ ступеняхъ развитія.

Изъ сказаннаго видно, какъ существенно отличается сравнительно-историческая метода и отъ методы чисто-исторической. Послѣдняя ищетъ причинъ явленій права въ фактахъ, не выходящихъ за предѣлы жизни изслѣдуемаго народа. Сравнительно-историческая метода приходитъ, напротивъ, къ пониманію явленій права даннаго народа на основаніи не только фактовъ жизни этого народа, но и однородныхъ и сходныхъ явленій всюду, гдѣ бы они не встрѣтились на земномъ шарѣ, и отъ нихъ дѣлаетъ заключенія объ однородныхъ или сходныхъ причинахъ. Такимъ образомъ, сравнительно-историческая метода разрываетъ, какъ-будто, то, что въ глазахъ историка является связаннымъ, и сводитъ разрозненное въ такія сопоставленія, которыя съ чисто исторической точки зрѣнія могутъ казаться произвольными и выдуманными. Но, въ дѣйствительности эти сопоставленія не произвольны, такъ какъ, если они и объединяютъ факты, взятые изъ жизни различныхъ народовъ, раздѣленныхъ другъ отъ друга географическими, хронологическими и политическими границами, то общее происхожденіе, однородныя стадіи развитія, единство человѣческой природы, нѣкоторыя общія условія примѣненія права и несомнѣнный универсализмъ, лежащій въ самомъ понятіи и развитіи права, оправдываютъ въ извѣстныхъ условіяхъ выводы отъ извѣстнаго къ неизвѣстному и проливаютъ яркій свѣтъ на явленія, казавшіяся до того необъяснимыми. Въ этомъ направленіи сравнительно-историческая метода можетъ приносить

неоцѣненныя услуги наукѣ права, и мы теперь уже имѣемъ возможность отмѣтить много и вовсе не неудачныхъ попытокъ его примѣненія. Мэнъ въ своемъ сочиненіи „Древнее право“, которое переведено и на русскій языкъ, разсматриваетъ римскіе институты въ связи съ современными; въ другомъ сочиненіи „Древнѣйшія учрежденія“ онъ проводитъ параллели между ирландскими, римскими и индійскими учрежденіями, а въ книгѣ подъ заглавіемъ „Сельская община“ изслѣдуетъ по той же методѣ и общинное землевладѣніе. Во французской литературѣ отмѣтимъ работу Ш. Жиро о поземельной собственности у древнихъ римлянъ и прекрасное сочиненіе П. Жида, соображающее не только древнее, но и средневѣковое и новое право, и переведенное на русскій языкъ подъ заглавіемъ „Гражданское положеніе женщины“. Ученые не-юристы стали такъ же заниматься институтами права въ ихъ первобытномъ состояніи, опираясь на сравнительное изученіе этихъ институтовъ. Сюда слѣдуетъ отнести преимущественно англійскихъ и французскихъ ученыхъ, каковы, напр., Тейлоръ, Леббокъ, Макъ Ленанъ, Морганъ, Жиро-Телонъ и много другихъ. На нѣмецкой почвѣ эти идеи нашли сравнительно слабые отголоски въ сочиненіяхъ Баховена, Поста, Мейера, Бастіана, Андре, Штейнметца и нѣкоторыхъ другихъ писателей, смѣшивающихъ еще требованія позитивизма со старыми пріемами нѣмецкой метафизики. Среди живущихъ теперь нѣмецкихъ юристовъ, примыкающихъ всецѣло къ сравнительно-историческому направленію въ юриспруденціи, слѣдуетъ назвать особенно Kohler'a и Bernhöft'a, издающихъ и спеціальный журналъ, посвященный предпринимаемымъ въ этомъ направленіи работамъ: „Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft“. Въ Россіи нельзя опять не указать на М. Ковалевскаго, примѣняющаго съ большимъ талантомъ и знаніемъ дѣла требованія сравнительно-историческаго метода къ своимъ историко-юридическимъ и другимъ изслѣдованіямъ; назовемъ, въ частности, его „Древній законъ и современный обычай“ и „Законъ и обычай на Кавказѣ“. Чтеніе названныхъ авторовъ можно особенно рекомендовать, такъ какъ оно даетъ болѣе умственной пищи и лучшее пониманіе задачъ права, чѣмъ вся догматическая юриспруденція, вмѣстѣ взятая.

9. Итоги.

Мы кончили нашъ историческій очеркъ, изъ котораго видно, что длинный историческій процессъ движенія идей гражданскаго правовѣдѣнія,—процессъ, развитіе котораго прослѣжено нами во всѣхъ его важнѣйшихъ фазисахъ, — достигаетъ теперь своего поворотнаго пункта. Состояніе исключительно прикладного знанія для юриспруденціи оканчивается; начинается состояніе науки, проникающее и прикладное знаніе. Правильно поставленная задача, раздѣляющая теоретическое и практическое

правовѣдѣніе, утвержденіе связи между тѣмъ и другимъ какъ съ отдѣльными конкретными общественными науками, такъ и съ общей абстрактной наукой объ обществѣ, и, наконецъ, широкое примѣненіе сравнительно-историческаго метода—составляютъ залогъ успѣха. Необходимыя средства для установленія теоретическаго гражданскаго правовѣдѣнія постепенно накопляются. Они доставляются, главнымъ образомъ, исторіей права, распространяемой отъ немногихъ достаточно обслѣдованныхъ системъ его на все бо́льшее и бо́льшее число народовъ, системы права которыхъ дополняютъ другъ друга и даютъ богатый запасъ фактовъ, на которомъ зданіе науки гражданскаго права, если еще и не воздвигнуто, то обѣщаетъ быть воздвигнутымъ уже въ недалекомъ будущемъ. Знакомство съ этой наукой, даже въ ея не вполнѣ сложившемся видѣ, съ ея задачами, методами и результатами, рѣшительно необходимо для всякаго юриста. Оно необходимо для юриста-теоретика, принимающагося за какое-либо юридическое изслѣдованіе, которое нельзя вести научными способами, не выясняя предварительно вопросовъ о задачѣ, методѣ и добытыхъ уже результатахъ въ той отрасли знанія, которой принадлежитъ предпринимаемое изслѣдованіе. Оно необходимо и для практика-юриста, такъ какъ ни систематическое изученіе, ни примѣненіе дѣйствующаго права не можетъ быть оторвано, съ одной стороны, отъ его общихъ принциповъ, или философіи, и съ другой—отъ его исторіи. Философія права, какъ это превосходно показано Меркелемъ въ одной изъ его лучшихъ статей, уже цитированной нами [1]), не противополагается дѣйствующему, или положительному праву, а сливается съ нимъ въ одно цѣлое. Право, дѣйствующее только въ данномъ мѣстѣ и въ данное время и разсматриваемое внѣ непрерывно продолжающагося процесса развитія, не можетъ быть предметомъ ни особой дисциплины знанія, ни вообще научнаго разсмотрѣнія. Это убѣжденіе было не чуждо и господствующей юриспруденціи, которая еще со времени исторической школы признала объектомъ научнаго изученія права не современное его состояніе, а его историческое развитіе. И какъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ дѣло идетъ не о внѣшнемъ сопоставленіи различныхъ фактовъ и состояній, а объ ихъ причинной связи, такъ и при изученіи дѣйствующаго права мы должны не изолировать и не сопоставлять только внѣшнимъ образомъ различныя опредѣленія права, а искать ихъ внутреннюю связь, ихъ причины, послѣдствія, отношеніе къ цѣлому,—другъ къ другу и къ будущему. Это само собой исключаетъ возможность отдѣленія и догматическаго изученія права какъ отъ историческаго, такъ и отъ философскаго: внѣ связи съ прошлымъ было-бы непонятно и настоящее, а безъ общихъ основаній или принциповъ права мы были-бы не въ состояніи представить

---

[1]) Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft.

себѣ научнымъ образомъ содержаніе ни одного изъ дѣйствующихъ и въ данный моментъ положеній права. Всѣ юридическія нормы связаны между собой и могутъ быть поняты только въ своей внутренней связи. Лежащія въ ихъ основаніи идеи часто не формулированы или недостаточно выражены въ наличныхъ источникахъ права, но онѣ не перестаютъ отъ этого быть правомъ и входить составной частью въ дѣйствующій правопорядокъ, оказывая особенно цѣнныя услуги при пополненіи пробѣловъ въ спеціальныхъ опредѣленіяхъ законовъ. Отвлекаться отъ этихъ идей и довольствоваться изученіемъ частностей дѣйствующаго правопорядка — значитъ не приближаться къ его пониманію, а удаляться отъ него. Сама практика требуетъ доктрины, способной оріентировать ее и дать общее пониманіе права, представляющаго собой не сумму изолированныхъ другъ отъ друга приказовъ и запретовъ, а одно цѣлое, состоящее изъ связанныхъ между собой опредѣленій и нормъ. Пониманіе внутренней связи между юридическими нормами имѣетъ большое значеніе и для однообразнаго, свободнаго отъ противорѣчій, примѣненія права, и это дало поводъ одному нѣмецкому юристу (Л. Шмитъ) сказать: „чѣмъ болѣе правовѣдѣніе будетъ философскимъ, тѣмъ болѣе оно будетъ и практическимъ“.

Такимъ образомъ, если основной задачей догматики права является изученіе дѣйствующаго права съ цѣлью облегчить и усовершенствовать его примѣненіе, то это дѣйствующее право служитъ не всѣмъ ея объектомъ, а только частью этого объекта. Настоящій объектъ догматическаго правовѣдѣнія составляетъ вся совокупность права, разсматриваемаго какъ въ его настоящемъ, такъ и въ связи этого настоящаго съ прошлымъ и будущимъ, какъ въ его практическихъ, такъ и идеальныхъ функціяхъ, какъ въ его отдѣльныхъ нормахъ, такъ и общихъ принципахъ. Слѣдовательно, догма права связана тѣснѣйшимъ образомъ не только съ исторіей и философіей, но и съ политикой права, состоящей въ указаніяхъ на отношеніе настоящаго права къ будущему, въ критикѣ дѣйствующаго и созданіи новаго права. Если господствующій взглядъ исключаетъ такую политику изъ области юриспруденціи, то о неправильности этого исключенія и о принадлежности вопроса о дальнѣйшемъ развитіи права къ области именно прикладного, или догматическаго, а не историческаго правовѣдѣнія, мы уже достаточно говорили какъ въ самомъ началѣ нашего курса, такъ и при изложеніи теоріи исторической школы, для того, чтобы не возвращаться болѣе къ этому вопросу. Укажемъ снова лишь на капитальное различіе между догмой гражданскаго права, которой будетъ посвященъ нашъ курсъ, и сравнительной исторіей права, на которую догма можетъ только опираться, не смѣшиваясь съ ней.

Отличительная черта догматическаго курса заключается въ его задачѣ, совпадающей въ конечномъ результатѣ съ задачей сравнительной исторіи права, но и рѣзко расходящейся съ ней какъ въ средствахъ полученія этого результата, такъ и въ соотвѣтствующей ему постановкѣ

своей цѣли. Различіе обусловливается общимъ отношеніемъ между теоретическимъ и практическимъ знаніемъ. То и другое служитъ одинаково удовлетворенію человѣческихъ потребностей и внѣ этого служенія не имѣетъ значенія. Но практика предшествуетъ теоріи и стоитъ, такъ сказать, у ея колыбели; теорія, въ свою очередь, продолжаетъ практику и ее же имѣетъ своей цѣлью. Для достиженія этой цѣли теорія и отдѣляется отъ практики, отыскивая истинунезависимо отъ вопроса объ ея непосредственномъ примѣненіи и оцѣнкѣ: этотъ способъ отыскиванія истины приводитъ лучше всего къ цѣли. Слѣдов., теорія отдѣляется отъ практики лишь временно и лишь для того, чтобы, въ концѣ концовъ, слиться съ ней. Что касается практики, то она отправляется отъ теоріи, если эта послѣдняя уже сложилась, но служитъ непосредственно удовлетворенію тѣхъ или другихъ практическихъ потребностей. И именно такой постановкой своей задачи она отличается отъ теоріи, которая отрѣшается отъ практики ради самой практики и этимъ самымъ устраняетъ въ корнѣ вопросъ о противорѣчіи съ ней.

Перенося приведенное разсужденіе на отношеніе между догматическимъ и теоретическимъ, или сравнительно-историческимъ правовѣдѣніемъ, мы можемъ сказать, что, если это послѣднее направлено на изслѣдованіе законовъ развитія права, дѣйствующихъ на всемъ пространствѣ исторіи и во всей безконечности времени, независимо отъ желательности или нежелательности того или другого права, то задача догматики права, съ одной стороны, тѣснѣе а съ другой—шире. Она состоитъ въ систематическомъ изученіи права одного лишь народа и въ одинъ періодъ его исторической жизни—съ цѣлью, во-1-хъ, облегчить посредствомъ такого изученія возможность примѣненія даннаго права на практикѣ, во-2-хъ, удовлетворить путемъ усовершенствованія существующихъ и формулированія новыхъ положеній права постоянно измѣняющимся и возникающимъ вновь потребностямъ жизни. Второй частью своей задачи, обращенной къ тому, что̀ должно быть, догматическое направленіе захватываетъ политику права и выходитъ далеко за предѣлы историческаго правовѣдѣнія, имѣющаго дѣло только съ тѣмъ, что̀ было, а не съ тѣмъ, что̀ будетъ и должно быть [1]).

[1]) Въ нашей юридической литературѣ имѣется интересная брошюра С. А Муромцева, озаглавленная „Что такое догма права?“ Въ этой брошюрѣ догма права противополагается наукѣ права и опредѣляется какъ искусство, имѣющее дѣло только съ примѣненіемъ права или съ той практической дѣятельностью человѣка, которая обнимается понятіемъ права, тогда какъ наукой права авторъ брошюры считаетъ исключительно раскрытіе законовъ или постоянства отношеній правовыхъ явленій. Такое противоположеніе догматическаго правовѣдѣнія научному исходитъ отчасти изъ установленнаго позитивизмомъ и пользующагося теперь достаточнымъ признаніемъ различія между теоретическимъ и прикладнымъ знаніемъ, и насколько оно исходитъ изъ этого различія, настолько его можно считать правильнымъ. Но противъ формы, данной этому различію въ брошюрѣ

Изъ этого различія въ задачахъ историческаго и догматическаго изученія права не слѣдуетъ, однако, чтобы послѣднее могло быть

Муромцева, подымаются слѣдующія возраженія.—Во-1-хъ), если вѣрно, что право есть предметъ не только знанія, но и примѣненія, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы изученіе дѣйствующаго права, составляющее предметъ догматическаго правовѣдѣнія, имѣло дѣло только съ примѣненіемъ и практикой, и чтобы уже поэтому оно представляло собой искусство. Догматическое правовѣдѣніе учитъ праву, а не примѣняетъ его, подобно тому, какъ патологія учитъ медицинѣ, а не лечитъ больныхъ. Искусствомъ леченія можно называть только практику врача, а не лежащее въ основаніи этой практики знаніе. Точно также и догма права есть не примѣненіе, и даже не школа примѣненія права, а только изученіе дѣйствующаго права, которое если и имѣетъ задачей примѣненіе его на практикѣ, то находитъ свою характеристику въ познавательной, а не практической дѣятельности. Поэтому уже нельзя признать удачной и квалификацію догмы права словомъ „искусство", несмотря на то, что эту квалификацію даетъ ей не только Муромцевъ, но и много другихъ юристовъ, какъ, напр., Schlossmann, List и другіе. Не говоря о противорѣчіи этого слова въ примѣненіи къ праву съ обычнымъ словоупотребленіемъ, которому неизвѣстны названія „искусство права" и „артистовъ" въ этой области, мы укажемъ, что понятіемъ искусства выражается, какъ это замѣчено еще Миллемъ, „поэтическая сторона вещей, въ противоположность научной сторонѣ", и предполагается ловкость, умѣніе и навыки, воплощенные въ дѣло,— все такія черты, которыя вовсе не характеризуютъ собой догматическаго правовѣдѣнія. Это послѣднее оперируетъ источниками права и логическимъ мышленіемъ, къ которому до сихъ поръ, по крайней мѣрѣ, не примѣнялось названіе искусства. Единственно подходящая для догмы права квалификація есть квалификація ея понятіемъ прикладного знанія, стоящаго къ историческому правовѣдѣнію въ такомъ же отношеніи, въ какомъ, напр., агрономическая или технологическая химія стоитъ къ чистой химіи, машиновѣдѣніе къ механикѣ и т. д. Во-2-хъ), противъ проводимаго въ брошюрѣ Муромцева разграниченія научнаго и догматическаго правовѣдѣнія слѣдуетъ еще сказать, что оно основано на слишкомъ тѣсномъ представленіи о наукѣ, ограничивающемъ ея задачи изслѣдованіемъ законовъ явленій и исключающемъ на этомъ основаніи научный характеръ догмы права. Общепризнанное понятіе науки заключаетъ въ себѣ только сведенное въ единство знаніе изучаемаго предмета, совокупность однородныхъ и расположенныхъ систематически, на основаніи избранной точки зрѣнія, знаній о данномъ предметѣ или данной группѣ предметовъ. При такомъ пониманіи науки, которое можно считать не менѣе правильнымъ, чѣмъ болѣе тѣсное опредѣленіе ея философіей позитивизма, нельзя оспаривать характера науки и за систематическимъ изложеніемъ дѣйствующаго права, составляющемъ предметъ догматическаго правовѣдѣнія. Это послѣднее не исчерпывается, какъ намъ извѣстно, однимъ толкованіемъ дѣйствующаго права и находится въ связи со всѣмъ общественнымъ знаніемъ. Соединяя вмѣстѣ то, что логически связано, разъединяя различное, вырабатывая юридическія понятія на почвѣ существующихъ соціальныхъ отношеній, догматическое правовѣдѣніе исполняетъ чисто научныя функціи, не только содѣйствуя усвоенію изучаемаго матеріала, но и облегчая пониманіе существа какъ всего права, такъ и его отдѣльныхъ институтовъ.

Вотъ почему мы не видимъ основанія отрицать значеніе научной дисциплины и за догмой права, которая должна быть отличена отъ такъ назыв. „научнаго правовѣдѣнія" не тѣмъ, что она ненаучна или менѣе научна, чѣмъ эта послѣдняя, и такъ же не предметомъ изученія, которымъ въ обѣихъ

вполнѣ отрѣшено отъ перваго и достигать своихъ цѣлей независимо отъ средствъ и результатовъ историческаго правовѣдѣнія. Такое отрѣшеніе догмы отъ сравнительной исторіи права практиковалось и практикуется до сихъ поръ формально-логическимъ направленіемъ въ юриспруденціи, и въ немъ лежитъ, какъ мы это видѣли, объясненіе того печальнаго въ научномъ и практическимъ смыслѣ положенія, въ которомъ юриспруденція находится еще въ наши дни. И могла-ли она двигаться впередъ, когда вся литература гражданскаго права не заключала въ себѣ до послѣдняго времени и слѣда той борьбы, которая ведется въ цѣломъ мірѣ, съ самаго установленія человѣческихъ обществъ, за основныя учрежденія гражданскаго права? Могла-ли преуспѣвать догма, когда юристы не касались ея отношенія къ жизни, не разсуждали ни объ основаніи, ни о функціяхъ, ни о цѣли учрежденій гражданскаго права, ни объ ихъ соотношеніи между собою и съ другими общественными учрежденіями, а ограничивались передачей мертваго матеріала римскихъ правоположеній, располагаемыхъ ими въ извѣстную систему, которая въ рукахъ мастеровъ, какимъ былъ, напр., Пухта, получала прекрасную форму, удовлетворяла эстетическому чувству, но оставалась все неподвижной и мертвой формой, измѣняющей свой внѣшній образъ, но не принимающей и не выдѣляющей изъ себя ничего новаго? Понятно, что въ такихъ условіяхъ

дисциплинахъ служатъ одни и тѣ-же явленія права, а только задачей въ разъясненномъ выше смыслѣ. Научный характеръ не составляетъ ни отличительнаго признака, ни монополіи теоретическаго правовѣдѣнія, которое и слѣдуетъ поэтому называть не „научнымъ", а сравнительно-историческимъ, или „исторіей развитія права", какъ это и дѣлаетъ, въ своемъ посмертномъ произведеніи — „Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts" — Іерингъ, за которымъ слѣдуетъ въ этомъ отношеніи и Neukamp, выпустившій уже лѣтъ 15 тому назадъ не получающее до сихъ поръ продолженія сочиненіе подъ заглавіемъ „Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts". Задачу „исторіи развитія права" составляетъ, по мнѣнію приведенныхъ сейчасъ авторовъ, изученіе права въ причинной связи его явленій и раскрытіе законовъ этой причинной связи. Такой задачей „исторія развитія права" отличается какъ отъ догматическаго правовѣдѣнія, изучающаго право только въ логической связи его понятій, такъ и отъ исторіи права каждаго отдѣльнаго народа, имѣющей въ виду не причинную связь явленій права вообще, а лишь преемственную смѣну ихъ въ жизни даннаго народа, почему такая исторія права и представляетъ собой, по мѣткому замѣчанію Іеринга, скорѣе „преемственную догматику" (successive Dogmatik), чѣмъ исторію. Отсюда, т.-е. изъ указаннаго различія въ задачахъ, понятно само-собою и болѣе позднее появленіе научной „исторіи развитія права" сравнительно съ его догмой, которая, какъ и всякое прикладное знаніе, предшествуетъ теоретическому, и, идя на встрѣчу насущнымъ потребностямъ жизни, складывается въ особую науку задолго до самой постановки вопроса объ историческомъ правовѣдѣніи. Постановка этого вопроса сдѣлалась возможной, какъ мы это видѣли, лишь въ половинѣ XIX столѣтія, съ утвержденіемъ мысли о законахъ, управляющихъ жизнью человѣческихъ обществъ, и признаніемъ особой науки объ обществѣ, или соціологіи, изучающей эти законы.

юриспруденція была осуждена на застой и начала возрождаться лишь послѣ того, какъ ея стали касаться освѣжающія вліянія философскаго, историческаго и соціологическаго направленій. Эти вліянія были вліяніями научнаго характера и дали въ результатѣ „критико-созидающую“ догму, которая, преслѣдуя практическія цѣли, опирается тѣмъ не менѣе на результаты научныхъ изысканій и слѣдуетъ строго научнымъ пріемамъ, поддерживая такимъ образомъ постоянную связь какъ съ историческимъ правовѣдѣніемъ, такъ и съ другими общественными науками. Мы будемъ держаться въ нашемъ курсѣ этого самаго направленія и обратимся теперь, въ заключеніе общаго введенія въ курсъ, къ вопросу о системѣ, которая будетъ положена въ его основаніе.

VI.

Система гражданскаго права.

Система, т.-е. сведеніе разрозненнаго къ единому и разнообразія къ возможному однообразію, имѣетъ особенное значеніе для изученія права. Это послѣднее слагается изъ такого множества отношеній и регулирующихъ ихъ нормъ, являющихся, въ свою очередь, результатомъ такого множества вліяній, что внесеніе порядка и организаціи въ дѣло пріобрѣтенія знаній по всякому и, особенно, по гражданскому праву получаетъ больше значенія, чѣмъ самая масса этихъ знаній, и дѣлается условіемъ ихъ усвоенія.

На первоначальныхъ стадіяхъ развитія матеріалы гражданскаго права не представляютъ такой сложности и не вызываютъ поэтому потребности въ классификаціи. Гражданскія отношенія отличаются здѣсь крайней простотой, соціальная жизнь слабо развита, потребности ограничены, средства къ ихъ удовлетворенію добываются личнымъ и семейнымъ трудомъ. Нормированіе отношеній происходитъ посредствомъ немногихъ опредѣленій, складывающихся путемъ обычая; нормы характеризуются при этомъ типичностью и строгимъ формализмомъ. Кромѣ того, умственное развитіе въ раннюю пору исторической жизни слишкомъ слабо, чтобы совладать съ классификаціонной работой, требующей серьезнаго анализа и большой отвлеченности мысли. Поэтому въ древнѣйшихъ памятникахъ матеріалы права записываются казуистически, безъ системы, какъ это можно видѣть на примѣрахъ законодательства XII таблицъ, различныхъ древнихъ правдъ и т. п.

На высшихъ ступеняхъ общественнаго развитія все измѣняется: потребности растутъ, гражданскій оборотъ усложняется, обычай не поспѣваетъ за жизнью и уступаетъ главное значеніе закону, опредѣле-

нія котораго постоянно разнообразятся и умножаются. Масса правоопредѣленій увеличивается, наконецъ, до такой степени, что является рѣшительная необходимость разобраться въ томъ огромномъ юридическомъ матеріалѣ, который накопляется въ продолженіи всей предшествующей жизни народа. Отсюда и попытки къ систематизаціи содержанія гражданскаго права. Первый серьезный опытъ такой систематизаціи сдѣланъ римскими юристами въ ихъ извѣстной системѣ „институцій". Сущность этой системы заключается, какъ извѣстно въ томъ, что весь матеріалъ гражданскаго права сведенъ въ ней къ тремъ рубрикамъ, обнимающимъ ученія о лицахъ, вещахъ и искахъ (de personis, de rebus, de actionibus). Эта система, положенная въ основаніе извѣстныхъ институцій Гая, Юстиніана и многихъ изъ современныхъ европейскихъ кодексовъ, представляетъ собой значительный шагъ впередъ и большой успѣхъ абстракціи мысли сравнительно съ принятымъ до нея порядкомъ изученія гражданскаго права,—порядкомъ, который называется „легальнымъ" вслѣдствіе того, что онъ слѣдуетъ рабски порядку изложенія изучаемыхъ памятниковъ права.

Преимущество такъ назыв. „институціонной" системы передъ „легальнымъ" порядкомъ изложенія, — который есть въ большинствѣ случаевъ не порядокъ, а безпорядокъ, характеризующій всѣ древнѣйшіе сборники обычнаго права и законодательства, — состоитъ въ томъ, что институціонная система опирается на дѣйствительное обобщеніе явленій права. Лицо, вещь и искъ, или защита, составляютъ необходимые элементы всякаго права, и римскимъ юристамъ принадлежитъ, несомнѣнно, честь этого открытія въ области правовѣдѣнія. Но именно потому, что мы не наблюдаемъ внѣ этихъ элементовъ ни одного права, намъ нельзя и дѣлить изученіе его на эти элементы. Въ самомъ дѣлѣ, если мы будемъ изучать подъ рубрикой „лицо" все что касается лица, то сюда войдетъ все право, какъ гражданское, такъ и публичное, потому что нѣтъ такого права, которое существовало бы не для лица и независимо отъ лица. То-же самое можно сказать и о двухъ остальныхъ рубрикахъ институціонной системы, и именно потому, что каждая изъ нихъ такъ же способна поглотить обѣ другія. О другомъ, столь же существенномъ—по крайней мѣрѣ, для настоящаго времени—недостаткѣ римской институціонной системы, состоящемъ въ ея чисто-судебной точкѣ зрѣнія, мы уже упоминали и прибавимъ къ сказанному только слѣдующее. Система, построенная безъ отношенія къ праву, существующему помимо суда и основанному на той или другой абстрактной санкціи, не можетъ быть пригодна для современнаго правовѣдѣнія уже потому, что въ основаніи этого послѣдняго лежитъ именно то представленіе о правѣ, которое обособляетъ его отъ суда, выдвигая на первый планъ абстрактную санкцію [1]).

[1]) Maine, Early Law and Custom, стр. 387—392.

Европейская юриспруденція обмѣняла „легальный порядокъ“ на „институціонный“ не ранѣе XVIII стол. и стала разсматривать этотъ послѣдній нѣкоторое время такъ, какъ бы онъ былъ выраженіемъ абсолютной истины. Объяснить это можно все той же апріорной методой и крайней надобностью въ систематизаціи огромнаго юридическаго матеріала. Притомъ, всѣ предшествующія попытки систематизаціи, — между которыми, сверхъ сводокъ глоссаторовъ, извѣстныхъ подъ именемъ Summa, можно упомянуть еще о предложеніи извѣстнаго французскаго юриста Домà подвести все право подъ двѣ заповѣди Матфеева Евангелія: любви къ Богу и любви къ ближнему, — были слишкомъ неудовлетворительны для того, чтобы превосходство передъ ними системы римскихъ институцій не бросалось въ глаза. Вотъ почему въ концѣ XVIII и въ началѣ XIX в. эта система играла господствующую роль, и съ ея господствомъ совпало какъ разъ время оживленной кодификаціонной работы. Поэтому уже большая часть и современныхъ намъ кодексовъ построена на институціонной системѣ. Сюда относятся, главнымъ образомъ, французскій „Code civil“, кодексы Голландіи, Бельгіи, Италіи, Австріи, нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ и Соединенныхъ Штатовъ, многихъ южно-американскихъ государствъ, а также нашъ „Сводъ гражданскихъ законовъ“. Правда, судебное представленіе о правѣ проводится въ этихъ кодексахъ уже не такъ исключительно, какъ въ римскомъ правѣ, и процессуальная сторона права выдѣляется часто даже въ особые кодексы. Но рубрики „лица“ и „вещи“ выступаютъ въ нихъ съ такой же рѣшительностью, какъ и въ римскихъ институціяхъ, и если къ нимъ присоединяется третья и самая обширная по содержанію рубрика о „способахъ пріобрѣтенія собственности“, то это обстоятельство только ухудшаетъ римскую систему, перенося центръ тяжести гражданскаго права на одни имущественные акты.

Указанные недостатки римской системы повели уже съ конца XVIII стол. къ попыткамъ построить новую систему гражданскаго права на болѣе раціональныхъ началахъ, чѣмъ тѣ, которыя положены въ основаніе системы институцій. Одна изъ важнѣйшихъ попытокъ въ этомъ направленіи была сдѣлана нѣмецкимъ юристомъ Гуго въ его учебникѣ римскаго права; дальнѣйшее развитіе набросокъ его системы получилъ отъ другого нѣмецкаго юриста Гейзе; наконецъ, Савиньи въ своемъ извѣстномъ сочиненіи — „System des heutigen römischen Rechts“ далъ окончательную форму новой системѣ, которую самъ же развилъ въ указанномъ сочиненіи; и съ этого времени система Гуго и Гейзе получила въ Германіи господствующее значеніе. Ее принято теперь называть „германской“ или „пандектной“, въ отличіе отъ институціонной или римско-французской системы. Она принимается обыкновенно въ основаніе университетскаго преподаванія и римскаго, и гражданскаго права какъ въ Германіи, такъ и у насъ; ей же слѣдуетъ теперь не только большинство новыхъ юристовъ, но и лучшіе законодательные кодексы,

какъ, напр., Саксонское гражданское уложеніе, изданное въ 1863 году, нѣкоторые кодексы Швейцаріи и новое обще-германское гражданское уложеніе; нашъ проектъ гражданскаго уложенія составленъ по той же системѣ.

Сущность пандектной системы состоитъ въ слѣдующемъ. Исходя изъ усматриваемаго въ юридическихъ отношеніяхъ различія по ихъ предмету, эта система группируетъ весь матеріалъ гражданскаго права по четыремъ основнымъ институтамъ: вещнаго, обязательственаго, семейнаго и наслѣдственнаго права, предпосылая изложенію этихъ институтовъ такъ наз. „общую часть“, заключающую въ себѣ ученіе о правѣ и его защитѣ. Такимъ образомъ пандектная система есть система институтовъ, которые складываются изъ сведенныхъ въ единство юридическихъ отношеній и регулирующихъ эти отношенія юридическихъ нормъ. Каждый институтъ объединяетъ какимъ-либо общимъ принципомъ всю пестроту составляющихъ его отношеній и нормъ, отливаясь въ типъ, опредѣляющій всѣ эти отношенія и нормы. Въ такомъ смыслѣ мы говоримъ, напр., объ институтахъ собственности, владѣнія, брака, завѣщанія и т. д. Институты, въ свою очередь, связываются между собой какой-либо общей имъ чертой и представляются въ одно и то-же время какъ цѣлымъ, такъ и частью того высшаго единства, которое называется системой. Въ предшествующей изученію отдѣльныхъ институтовъ „общей части“ группируются общіе признаки и общія понятія, повторяющіеся съ бо̀льшими или меньшими видоизмѣненіями въ отдѣльныхъ институтахъ. Поэтому „общая часть“ и характеризуется, главнымъ образомъ, тѣмъ, что въ ней излагаются ученія, примѣнимыя ко всѣмъ юридическимъ отношеніямъ и всѣмъ институтамъ гражданскаго права, или, по крайней мѣрѣ, подавляющему большинству этихъ отношеній и институтовъ, а не къ какому-нибудь изъ нихъ въ частности, какъ это можетъ быть сказано относительно ученій объ отдѣльныхъ институтахъ, составляющихъ содержаніе такъ наз. „спеціальной части“. Къ такимъ построеніямъ „общей части“ относятъ обыкновенно ученія: 1) о правѣ въ объективномъ смыслѣ, или объ источникахъ права, 2) объ юридическихъ отношеніяхъ, или о правѣ въ субъективномъ смыслѣ, 3) о лицѣ, или субъектѣ права, 4) объ объектѣ права, или о вещахъ, 5) о возникновеніи, видоизмѣненіи и прекращеніи юридическихъ отношеній, и 6) объ ихъ защитѣ. Значеніе этой „общей части“ заключается въ томъ, что она служитъ, по выраженію Пухты, повторенному Унгеромъ, „духовной атмосферой, въ которой совершается движеніе всѣхъ отдѣльныхъ отношеній и институтовъ“ [1]); она позволяетъ при изложеніи послѣднихъ избѣгать повторенія общихъ имъ свойствъ, уясняетъ лучше всего общій характеръ правовыхъ отношеній и подготовляетъ этимъ самымъ пониманіе ихъ особенностей, изучаемыхъ въ „спеціальной части“.

---

[1]) Puchta, Institutionen, II, § 189. Unger, System des österreich'schen Privatrechts, I, стр. 228.

Таково содержаніе германской, или пандектной системы гражданскаго права, представляющей, по крайней мѣрѣ, одно несомнѣнное преимущество передъ римско-французской системой. Преимущество это заключается въ томъ, что пандектная система не предполагаетъ всегда процессуальнаго состоянія права, какъ это дѣлаетъ римско-французская система: она старается опредѣлить каждое право во всей совокупности его признаковъ, а не только тѣхъ, которые выступаютъ на судѣ. Поэтому, въ пандектной системѣ и выдѣляются рѣзко различные виды правъ, соотвѣтственно различію ихъ объектовъ и функцій въ жизни, тогда какъ въ римской системѣ эти различія, если и сознаются, то не формулируются и схватываются, во всякомъ случаѣ, съ процессуальной, или формальной, а не матеріальной стороны.

Рядомъ съ указаннымъ достоинствомъ пандектной системы необходимо отмѣтить и ея существенный недостатокъ, заключающійся въ томъ, что она отправляется такъ же, какъ и предшествующія ей системы, отъ наблюденія надъ матеріаломъ одного римскаго права, и, притомъ, главнымъ образомъ, Юстиніановой эпохи. Поэтому, считаясь даже съ присущими каждой системѣ несовершенствами въ дѣлѣ обобщенія такого множества и разнообразія явленій жизни, какое представляется матеріалами гражданскаго права, пандектная система, при ея испытанныхъ преимуществахъ сравнительно съ другими системами гражданскаго права, можетъ приниматься въ основаніе его изложенія не иначе, какъ съ сознаніемъ ея недостатковъ и исправленіемъ, гдѣ это оказывается нужнымъ, ея неизбѣжной неполноты. При появленіи въ жизни новыхъ отношеній и новыхъ формъ права, не подводимыхъ или подводимыхъ лишь съ натяжками подъ установленныя въ системѣ рубрики, эти послѣднія должны быть расширены или восполнены новыми рубриками. Такъ, въ систему гражданскаго права входятъ теперь новые институты, отсутствовавшіе или не получившіе развитія ни въ римскомъ правѣ, ни въ построенной на немъ пандектной системѣ: напр., права личности, общественное пользованіе, бумаги на предъявителя и т. д. Точно такъ же, въ виду исключительныхъ особенностей объекта и другихъ соображеній цѣлесообразности, изъ общей системы гражданскаго права выдѣляются и дѣлаются предметомъ особаго изученія такія дисциплины, какъ, напр., торговое, вексельное, морское, промышленное, горное, водное, лѣсное право и т. п. Исчерпывающей и объединяющей всѣ институты гражданскаго права системы нѣтъ и быть не можетъ уже вслѣдствіе постояннаго вымиранія старыхъ и нарожденія новыхъ институтовъ, не говоря о вынуждающихъ спеціальную регламентацію особенностяхъ нѣкоторыхъ изъ этихъ институтовъ. По тѣмъ же соображеніямъ не можетъ быть сдѣлано исчерпывающаго указанія, какъ мы это уже видѣли, и на область обнимаемыхъ гражданскимъ правомъ юридическихъ отношеній. Со сдѣланной оговоркой, мы примемъ пандектную систему въ основаніе порядка изложенія нашего курса и укажемъ здѣсь же на важнѣйшія къ нему литературныя пособія.

Многовѣковая литература гражданскаго права чрезвычайно обширна во всѣхъ своихъ отрасляхъ, кромѣ сравнительно-историческаго правовѣдѣнія, которое возникло еще слишкомъ недавно, чтобы имѣть обширную литературу.

Ограничиваясь указаніями на современную и, преимущественно, учебную литературу, можно назвать: по догмѣ и отчасти исторіи институтовъ гражданскаго права въ Германіи—Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts; Gerber, Beseler, Gierke и др.—курсы по тому же предмету; по прусскому праву—Dernburg, Lehrbuch des Privatrechts für die preussische Staate; Förster (въ переработкѣ Eccius), Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussicher Privatrechts; баварскому—Roth; вюртембергскому—Wächter; австрійскому—Unger, Pfaff und Hofmann; новому общегерманскому гражданскому уложенію—курсы Endemann'a, Dernburg'a, Eck'a, Cozak'a, Kuhlenbeck'a, Plank'a, Crome и др.; французскому праву—Zachariae, во французской переработкѣ Aubry et Rau, въ нѣмецкой—Crome; курсы—Baudry de Lacantinnerie, Planiol, Beudant, Huc и др.; англійскому—Stefens; нашему праву—курсы Мейера, Побѣдоносцева, Анненкова и, особенно, Дювернуа. По исторіи германскаго права вообще—Brunner, Schröder, A. Heusler, Ficker и др.; французскаго—Viollet, Esmein, Glasson, Brissaud; изъ умершихъ особенно—Klimrath и Ch. Giraud; англійскаго—Maitland and Pollock; нашего — Неволинъ, Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ. По сравнительно-историческому правовѣдѣнію слѣдуетъ указать, главнымъ образомъ, на журналы—Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenchaft, Revue и Bulletin de la Société de législation comparée; также — труды Мэна, Моргана, Даргуна, Мейли, П. Жида, Жиро-Телона, Дареста, Тейлора, Бахофена, Поста, Колера, Штейнметца, М. Ковалевскаго. По политикѣ гражданскаго права выдаются работы А. Менгера, Петражицкаго, Офнера, Ламбера и друг.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

I.

Право въ объективномъ смыслѣ.

А. Опредѣленіе и соотношеніе источниковъ права между собой.

1. Правомъ мы называемъ одинаково какъ совокупность дѣйствующихъ въ данное время и въ данномъ мѣстѣ юридическихъ нормъ, такъ и совокупность соотвѣтствующихъ имъ юридическихъ отношеній, вмѣстѣ съ вытекающими изъ этихъ послѣднихъ субъективными правомочіями и обязанностями. Въ первомъ случаѣ мы говоримъ о правѣ въ объективномъ, во второмъ—о правѣ въ субъективномъ смыслѣ.

То и другое право суть, какъ мы увидимъ это ниже, двѣ стороны одного и того же понятія права, и ни одно субъективное право не существуетъ иначе, какъ въ соотвѣтствіи съ объективнымъ правомъ. Поэтому и теорія субъективныхъ правъ, составляющая главное содержаніе гражданскаго права, не можетъ быть понята безъ ученія объ объективномъ правѣ: его существѣ, возникновеніи, прекращеніи, видахъ и примѣненіи. Правда, это ученіе, какъ и ученіе о субъективномъ правѣ, отвлеченномъ отъ его отдѣльныхъ видовъ, принадлежитъ не столько общей части гражданскаго права, сколько общей теоріи права, и изложеніе его среди ученій гражданскаго права получаетъ по необходимости одностороннее освѣщеніе, опираясь преимущественно на явленія, входящія только въ эту область права. Но съ этимъ неудобствомъ надо мириться, такъ какъ неустановленность и недостаточная разработанность общей теоріи права вынуждаетъ и такія спеціальныя дисциплины, какъ гражданское право, заниматься ученіями, выходящими за ихъ естественные предѣлы. Во всякомъ случаѣ, мы не можемъ обойтись безъ ученія о правѣ въ объективномъ смыслѣ, но изложимъ его по возможности кратко, предполагая понятіе права съ его основными признаками уже извѣстнымъ изъ курса энциклопедіи, и останавливая наше вниманіе лишь на тѣхъ

вопросахъ настоящаго ученія, которые стоятъ въ ближайшемъ отношеніи къ гражданскому праву.

2. Центральное положеніе въ ученіи объ объективномъ правѣ занимаетъ понятіе „источниковъ права“. Это выраженіе употребляется, однако, въ различныхъ смыслахъ, и мы, прежде всего, должны установить его технически-юридическое значеніе, отличное отъ разговорнаго словоупотребленія.

Обыкновенно подъ источниками права разумѣютъ, съ одной стороны, все, что оказываетъ рѣшающее вліяніе на образованіе и развитіе права— характеръ народа, его нравы, общественный строй, климатическія условія, потребности жизни,—словомъ, все то, что историческая школа юристовъ олицетворяетъ въ такъ наз. „духѣ“ народа. Въ этомъ смыслѣ источники права совпадаютъ съ его факторами, и ими называютъ, напр., народное правосознаніе, общую или государственную волю, человѣческій разумъ и т. д. Съ другой стороны, источниками права считаютъ также всевозможные свидѣтельства, документы и другіе памятники, освѣдомляющіе насъ о содержаніи того или другого права, равно какъ и тѣ факты, съ которыми связывается пріобрѣтеніе различныхъ субъективныхъ правъ, напр., рожденіе, смерть, изъявленіе воли и т. п.

Источники права въ технически-юридическомъ смыслѣ даютъ иное, болѣе опредѣленное и точное понятіе: это — органы только существующаго права, основанія или причины (causa efficiens) только дѣйствующихъ юридическихъ нормъ, другими словами—то, откуда всякій, кто ищетъ права, и, главнымъ образомъ, судья извлекаетъ нормы для разрѣшенія каждаго представляющагося ему конкретнаго случая. Это — формы, въ которыхъ возникаютъ и дѣйствуютъ всевозможныя велѣнія права [1]).

Если бы для распознанія и оцѣнки источниковъ права въ указанномъ сейчасъ смыслѣ приходилось руководствоваться исключительно нашимъ чувствомъ права или разумомъ съ его только спекулятивными выкладками, то объ осуществленіи практическихъ задачъ правовѣдѣнія нельзя было бы и думать. Къ счастью, наше сужденіе можетъ опираться здѣсь на твердую почву фактовъ и соціальной дѣйствительности. Такихъ фактовъ не даютъ намъ источники права ни въ смыслѣ историческихъ памятниковъ, утратившихъ свое обязательное дѣйствіе, ни въ смыслѣ народнаго правосознанія, общей воли и т. п. психическихъ состояній, не заключающихъ въ себѣ никакихъ признаковъ права—по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока эти состоянія не отливаются во внѣшнія формы обычая, закона и другихъ источниковъ права въ техническомъ смыслѣ этого понятія. Факты, на которые можно твердо опереться, представляются

---

[1]) Adickes, Zur Lehre von den Reehtsquellen, 1872, стр. 21 и слѣд. Gareis, Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 1887, стр. 40 и слѣд. Biermann, Bürgerliches Rechts, 1908, стр. 15.

только этими техническими источниками права, насколько ими выражается во внѣ вся совокупность условій образованія, примѣненія и цѣли установленія тѣхъ или другихъ положеній и институтовъ права.

Изъ сказаннаго уже видно, какъ важно отличать источники права въ техническомъ смыслѣ не только отъ понятія факторовъ права, но и отъ источниковъ отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, или субъективныхъ правъ, равно какъ и отъ такъ назыв. историческихъ источниковъ права. Смѣшивая источники права въ техническомъ смыслѣ съ источниками субъективныхъ правъ, многіе юристы доходили до того, что ставили, напр., производящій субъективное право договоръ на одну доску съ закономъ, какъ однородный съ нимъ источникъ права. Но во-1), изъ договора вытекаютъ только конкретныя нормы, опредѣляющія такія же конкретныя отношенія между данными лицами, тогда какъ законъ заключаетъ въ себѣ абстрактныя положенія права, т.-е. правила для юридическихъ отношеній in abstracto, независимо отъ того или другого конкретнаго отношенія и тѣхъ или другихъ лицъ, вступающихъ въ это отношеніе; во-2), сама правозарождающаяся сила договора происходитъ отъ закона или иной юридической нормы, и уже поэтому не можетъ имѣть значенія самостоятельнаго источника права. Возьмемъ для сравненія права и обязанности, возникающія изъ такъ назыв. деликтовъ, или недозволенныхъ дѣйствій. Эти права и обязанности чрезвычайно разнообразны и играютъ большую роль въ гражданскомъ правѣ, но какъ недозволенныя дѣйствія не представляютъ собою формъ, или источниковъ права въ техническомъ смыслѣ этого понятія, такъ же мало могутъ быть признаны ими и договоры гражданскаго права. Еще рѣзче отличаются отъ источниковъ права въ томъ же смыслѣ и историческіе источники, или юридическіе памятники прошедшихъ временъ, какъ, напр., сборники законовъ, вышедшихъ изъ употребленія, такіе же сборники обычаевъ, судебныхъ рѣшеній и проч. Подобные памятники служатъ источниками не права, а правовѣдѣнія, такъ какъ, не располагая обязательной силой, они заключаютъ въ себѣ цѣнный матеріалъ для научной разработки права, но вовсе не источникъ права въ догматическомъ смыслѣ.

3. Если источниками права называются только дѣйствующія въ данное время и въ данномъ мѣстѣ формы его проявленія, то такихъ источниковъ какъ въ современномъ, такъ и въ прошломъ правѣ европейскихъ народовъ было всегда болѣе, чѣмъ одинъ, несмотря на многочисленныя и остающіяся до сихъ поръ безплодными попытки свести ихъ къ какому-либо одному, общему всѣмъ, корню. Что народы и всѣ болѣе или менѣе длящіяся человѣческія общежитія управляются юридическими нормами, имѣющими цѣлью установленіе и поддержаніе порядка взаимныхъ отношеній людей другъ къ другу и къ связывающему ихъ общественному союзу,—это явленіе не вызываетъ сомнѣнія. Но когда на вопросъ, откуда возникли эти нормы и гдѣ ихъ основаніе, отвѣчаютъ, что онѣ имѣютъ

своимъ источникомъ законодательную власть, то такой отвѣтъ нельзя считать правильнымъ. Не говоря о томъ, что подобный отвѣтъ наводитъ на другой вопросъ, а именно, что̀ такое сама законодательная власть, не есть-ли и она учрежденіе права, и гдѣ тогда лежитъ ея источникъ и основаніе, мы вездѣ находимъ въ силѣ многочисленныя положенія права, не бывшія никогда созданіемъ законодателя и не доходившія часто даже до его сознанія. Встрѣчая всюду, рядомъ съ законами, и другія, отличныя отъ него юридическія нормы, мы должны признать, что эти послѣднія имѣютъ не одинъ источникъ своего возникновенія, и что всякая попытка найти для всѣхъ источниковъ права единый и общій имъ корень должна быть впередъ осуждена на неудачу.

Взглядъ, сводившій всѣ юридическія нормы къ закону, господствовалъ особенно—подъ вліяніемъ то абсолютистическихъ воззрѣній, то недовольства существующими обычаями—въ XVIII столѣтіи и нашелъ отголоски также у нѣкоторыхъ новыхъ юристовъ [1]). Этотъ взглядъ опирается, между прочимъ, и на обычное словоупотребленіе, называющее нерѣдко закономъ всякую норму права, независимо отъ способа ея возникновенія. Но мы увидимъ ниже, когда перейдемъ къ теоріи закона, что это словоупотребленіе не точно, и что законъ въ юридическомъ смыслѣ есть только такая юридическая норма, которая отправляется отъ сознательнаго и сдѣланнаго въ извѣстной формѣ распоряженія государственной власти. Этими признаками законъ отличается отъ „автономіи“,—представляющей собою такъ же сознательный актъ воли, но не воли государственной власти,—и другихъ источниковъ права, не имѣющихъ уже ничего общаго ни съ государственной властью, ни съ какими бы то ни было опредѣленными актами воли. Однимъ изъ такихъ источниковъ служитъ, напр., обычное право, котораго объективное существованіе и примѣненіе въ судахъ, наряду съ закономъ, безспорно, хотя и не зависитъ ни отъ закона, ни отъ какихъ бы то ни было опредѣленныхъ актовъ воли. Чтобы объяснить этотъ феноменъ, теорія, сводящая всѣ юридическія нормы къ закону, прибѣгаетъ къ фикціи послѣдующаго одобренія законодателемъ уже существующихъ обычаевъ. Но не говоря о безполезности фикцій, какъ юридическихъ вымысловъ, для объясненія какихъ бы то ни было явленій, мы замѣтимъ, что приведенная фикція ведетъ къ предположенію о какомъ-то молчаливомъ законодательствѣ, не допустимомъ въ самомъ своемъ понятіи. Всякое законодательство предполагаетъ выраженную явно и въ опредѣленной формѣ волю законодателя, а обычное право примѣняется во множествѣ случаевъ безъ того, чтобы законодатель могъ выразить въ какой бы то

---

[1]) См. напр. Binding, Handbuch des Strafrechts, I, стр. 197. Laband, Deutsches Staatsrecht, 1. стр. 95, 508, прим. 1. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht въ Jahrbücher f. Dogmatik, B. XXVII, стр. 193, 209, 216.

ни было формѣ свое признаніе или согласіе на его примѣненіе. Остается поэтому признать молчаливое законодательство, котораго не было и не могло быть никогда; его нѣтъ, по крайней мѣрѣ, въ настоящее время. Затѣмъ, всякое одобреніе предполагаетъ необходимо и актъ воли, а этотъ послѣдній—сознаніе о томъ, что составляетъ его предметъ. Въ примѣненіи же къ обычному праву нельзя допустить и, во всякомъ случаѣ, доказать, чтобы законодатель былъ освѣдомленъ о всякомъ существующемъ независимо отъ него, напр., мѣстномъ обычномъ правѣ. Не будучи освѣдомленъ объ этомъ правѣ, онъ не могъ бы, очевидно, и одобрить его.

Другая попытка объединить всѣ юридическія нормы въ одномъ общемъ имъ источникѣ принадлежитъ исторической школѣ въ юриспруденціи и имѣетъ до сихъ поръ многочисленныхъ сторонниковъ въ литературѣ какъ гражданскаго, такъ и публичнаго права. Эта теорія сводитъ, какъ извѣстно, все образованіе права къ народному правосознанію и считаетъ, что обычное право, законодательство и юриспруденція суть только внѣшнія формы выраженія права, вырабатывающагося въ „невидимыхъ мастерскихъ народнаго духа“. О неправильности этой теоріи мы уже говорили и будемъ говорить еще въ ученіи объ обычномъ правѣ. Теперь же, имѣя въ виду общій очеркъ источниковъ права, за которымъ послѣдуетъ спеціальное изложеніе двухъ основныхъ его источниковъ—закона и обычая,—мы ограничимся слѣдующимъ замѣчаніемъ.

Ходячія теоріи источниковъ права навлекаютъ на себя болѣе всего тотъ упрекъ, что онѣ строятся апріорно и мало считаются съ историческими условіями возникновенія и дѣйствія этихъ источниковъ. Временное состояніе этихъ послѣднихъ принимается за постоянное и ставится въ центрѣ теоріи. Когда понятіе источниковъ права отождествляютъ съ понятіемъ закона, то исходятъ изъ представленія о всемогуществѣ государства, которое одинаково характеризуетъ какъ единоличный абсолютизмъ Юстиніана, Людовика XIV, Фридриха II и всѣхъ другихъ деспотовъ, выдающихъ свою волю за высшее выраженіе права, такъ и абсолютизмъ Руссо, Гегеля и прочихъ фанатиковъ такъ наз. государственнаго суверенитета, опредѣляющихъ законъ, какъ „общую волю“. Различіе въ количественномъ составѣ государственной власти не измѣняетъ ничего въ общности принципа и ведетъ въ обоихъ случаяхъ къ одному и тому же результату: объявленію закона единственнымъ источникомъ права и изгнанію, либо абсолютному подчиненію закону какъ обычнаго права, такъ и всѣхъ другихъ формъ правообразованія. Въ свою очередь, и ученіе нѣмецкой исторической школы объ обычномъ правѣ, какъ „единомъ и основномъ источникѣ права“, имѣющемъ свой корень въ „духѣ“ народа, обязано своимъ происхожденіемъ, несмотря на всѣ протесты противъ школы „естественнаго права“, съ одной стороны, тому же обоснованію закона на „общей волѣ“, и съ другой—господствующему въ Германіи

начала XIX в. во многихъ сферахъ обществознанія теченію, которое называютъ романтизмомъ, и которое идеализируетъ и хочетъ воскресить средневѣковые порядки [1]).

Вмѣсто объективнаго изслѣдованія и сравнительной оцѣнки всѣхъ дѣйствующихъ въ данномъ мѣстѣ и въ данное время источниковъ права, обѣ названныя школы провозглашаютъ для всякаго времени и мѣста, если не единоличное господство, то опредѣляющее значеніе либо закона, либо обычнаго права. При этомъ забываютъ, что, если законъ и обычай дѣйствительно господствуютъ,—первый при преувеличенныхъ представленіяхъ о роли государства и его дѣятельности, а второй при недостаточномъ развитіи государственнаго законодательства,—то съ этимъ господствомъ совмѣщается существованіе дѣйствія, хотя и съ различной степенью силы, и другихъ источниковъ права, которые надлежитъ изслѣдовать особо при всѣхъ переживаемыхъ тѣмъ или другимъ народомъ состояніяхъ. Возьмемъ примѣрно уже упомянутую выше „автономію“, подъ которой разумѣютъ законы или, точнѣе, нормы, издаваемыя не государствомъ, а стоящими подъ нимъ и болѣе мелкими общественными союзами, какъ, напр., церковью, органами мѣстнаго самоуправленія, признанными корпораціями и т. д. Эта автономія понимается въ настоящее время какъ источникъ не столько объективнаго права, сколько отдѣльныхъ субъективныхъ правъ, но мы увидимъ впослѣдствіи, что, въ извѣстныхъ границахъ, ей и теперь не чужды черты объективнаго права. Однако, въ прежнее время, когда государственное законодательство работало слабо, та же автономія играла несравненно болѣе важную роль, стояла гораздо независимѣе отъ государства и содержала въ себѣ не менѣе обильный источникъ права, чѣмъ государственное законодательство. Поэтому мы должны признать одинаково неправильнымъ какъ часто встрѣчающееся у юристовъ-государственниковъ отрицаніе за автономіей всякаго значенія источника права, такъ и приписываніе ей нѣкоторыми юристами исторической школы, напр., Гирке, такого широкаго поля дѣйствія, которое соотвѣтствуетъ положенію ея въ средніе вѣка, но не въ настоящее время.

Остановимся нѣсколько минутъ еще на двухъ источникахъ права: правѣ юристовъ, или юриспруденціи, и международныхъ и государственныхъ договорахъ. Указаніе на значеніе и самостоятельность и этихъ источниковъ послужитъ кстати новымъ аргументомъ противъ подведенія къ одному знаменателю всѣхъ источниковъ права вообще.

4. Ничто съ перваго взгляда не кажется болѣе недопустимымъ, какъ причисленіе права юристовъ, или „юриспруденціи“, къ источникамъ права въ догматическомъ смыслѣ этого понятія. Юристъ, работая какъ

---

[1]) См. Oertmann, Volksrecht und Gesetzrecht, 1898, стр. 8 и слѣд. Stier-Somlo, Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle, 1900, стр. 3, 17 и слѣд.

въ теоретической, такъ и въ практической области, долженъ, казалось бы, имѣть дѣло только съ существующимъ уже объективно правомъ: въ первомъ случаѣ онъ излагаетъ его, во второмъ—примѣняетъ, и въ обоихъ—только служитъ праву, а не творитъ его. Прежде, когда юристы имѣли передъ собою лишь Corpus juris, не освященный законодательной санкціей, и неписанное обычное право, они могли пользоваться извѣстнымъ просторомъ въ примѣненіи и творчествѣ права. Но такое привилегированное положеніе юриспруденціи представляется теперь достояніемъ исторіи. Съ появленіемъ строгаго раздѣленія законодательныхъ и судебныхъ функцій государственной власти, и, особенно, со времени кодификаціи гражданскаго права, органы судебной власти должны, повидимому, только примѣнять нормы, находящіяся въ законѣ и обычномъ правѣ, а доктрина или наука права—извлекать изъ нихъ и на нихъ же строить свои общія категоріи и понятія. Поэтому юриспруденція, въ смыслѣ обязательныхъ нормъ, кажется теперь немыслимой: дѣятельность юристовъ, какъ и всякая умственная работа, должна обладать одной внутренней силой, соразмѣряемой съ ея достоинствомъ. Чтобы перейти въ юридически-обязательныя правила, выводы юриспруденціи, въ ея обоихъ видахъ: научной доктрины и судебной практики—должны получить предварительно санкцію закона или обычая, сводясь въ результатѣ къ этимъ же первоисточникамъ права.

Таковъ господствующій нынѣ взглядъ на юриспруденцію, при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывающійся неправильнымъ. Возьмемъ для нагляднаго представленія вопроса конкретный примѣръ. По германскому имперскому закону 24-го мая 1880 г. о ростовщичествѣ, послужившему образцомъ для соотвѣтственныхъ статей и новаго нѣмецкаго уложенія, и нашего закона по тому же предмету, въ ростовщичествѣ признается виновнымъ тотъ, „кто, пользуясь состояніемъ крайней нужды, легкомыслiемъ или неопытностью другого, выговариваетъ себѣ посредствомъ займа или его отсрочки, въ свою пользу или въ пользу третьяго лица, такія имущественныя выгоды, которыя перевѣшиваютъ обычную норму процентовъ настолько, что дѣлаютъ при обстановкѣ даннаго дѣла несомнѣннымъ несоотвѣтствіе между получаемой выгодой и оказываемой услугой“. Несмотря на кажущуюся полноту и строгость этого опредѣленія, оно, какъ и всякое другое законодательное опредѣленіе, не разрѣшаетъ множества вопросовъ, возбуждаемыхъ примѣненіемъ ростовщичества на практикѣ. Что такое, напр., „состояніе крайней нужды“, о которомъ говоритъ нѣмецкій законъ? Есть-ли это состояніе, вызываемое однимъ опасеніемъ голода, или такъ же нравственными мотивами, напр., желаніемъ должника спасти свое доброе имя, честь и т. д.? Можно-ли признать сдѣлку ростовщической, если высота процента не превышаетъ той, какой заимодавецъ пользуется при веденіи дѣлъ своей профессіи? Нужно-ли для состава ростовщической сдѣлки обращеніе къ угрозамъ и обману,

или достоточно займа, выданнаго въ опредѣленныхъ закономъ о ростовщичествѣ условіяхъ? На эти и другіе вопросы, вызываемые практикой ростовщичества въ жизни, приведенный законъ не даетъ отвѣта, который долженъ быть, однако, найденъ и дѣйствительно находится какъ судьей по поводу каждаго разрѣшаемаго имъ случая, такъ и научной доктриной, восполняющей законъ своими нормами на случаи, непредвидѣнные закономъ или намѣренно обойденные имъ молчаніемъ, въ виду предоставленія суду и доктринѣ возможно большаго простора для индивидуализаціи рѣшеній отдѣльныхъ случаевъ.

Если мы обратимъ, далѣе, вниманіе на вновь возникающія отношенія жизни, которыя не сдѣлались еще предметомъ законодательной регламентаціи, не успѣвши такъ же вызвать и соотвѣтствующей практики обычнаго права (таковы теперь, напр., телефонное дѣло, пересылка денегъ черезъ почтовые переводы (mandat de poste) и т. д.), или вспомнимъ еще о такихъ отдѣлахъ права, гдѣ законодательство можетъ пока дѣйствовать только въ весьма несовершенныхъ формахъ (такова, напр., область частнаго международнаго права, о которой намъ придется говорить впослѣдствіи),—то мы должны признать, что значительная часть нашего сокровища юридическихъ нормъ имѣетъ своимъ источникомъ дѣятельность юриспруденціи. О важномъ различіи, которое должно быть проведено въ этомъ отношеніи между юриспруденціей, въ смыслѣ науки права, и юриспруденціей, въ смыслѣ судебной практики, мы будемъ говорить послѣ.

Но уже приведенными соображеніями устраняются обычныя возраженія противъ творческой дѣятельности юриспруденціи. Таковы, напр., прямо противорѣчащія дѣйствительности утвержденія, что юриспруденція можетъ только открывать уже существующее право, а не производить новое, что созданіе новыхъ нормъ по соображеніямъ пользы и цѣлесообразности стоитъ внѣ ея компетенціи, и что она можетъ предлагать лишь взгляды, а не нормы. Писатели, настаивающіе на этихъ возраженіяхъ, не обращаютъ вниманія на то, что всякое законодательство, какимъ бы всесильнымъ оно себя не признавало, должно неизбѣжно считаться съ юриспруденціей, развивающей не взгляды, никого и ни къ чему не обязывающіе, а нормы, примѣняемыя судьей, и что законодательство, вмѣстѣ съ юриспруденціей, черпаетъ свои силы изъ одной и той же почвы: потребностей гражданской жизни, соображеній цѣлесообразности и, наконецъ, того, что называютъ „природой вещей“, „чувствомъ права“ и т. д. Ближайшую характеристику и другія доказательства въ пользу творческой дѣятельности юриспруденціи мы отлагаемъ до ученія о толкованіи законовъ, гдѣ мы снова встрѣтимся съ этою дѣятельностью и опишемъ ее полнѣе, чѣмъ это можетъ быть сдѣлано въ общемъ очеркѣ источниковъ права.

5. Въ области международнаго и государственнаго права мы часто встрѣчаемся съ договоромъ, который, служа обыкновенно источникомъ

конкретныхъ юридическихъ отношеній или субъективныхъ правъ, выступаетъ здѣсь несомнѣнно источникомъ и юридическихъ нормъ. Вспомнимъ о заключаемыхъ между различными государствами трактатахъ (Парижскій договоръ 1856 года, Женевская конвенція и т. д.), постоянно обогащающихъ юридическія нормы международнаго права. То же самое мы видимъ и въ области государственнаго права, гдѣ путемъ договоровъ устанавливаются союзы государствъ и союзныя государства (Германскій союзъ 1815 г., Германская имперія 1871 г.). Параллельное этому явленіе мы находимъ и въ гражданскомъ правѣ, гдѣ тѣмъ же договоромъ опредѣляются во многихъ случаяхъ юридическія отношенія свободно возникающихъ корпорацій, семейныя и наслѣдственныя права какъ правящихъ династій, такъ и медіатизированныхъ сувереновъ, нѣкоторыхъ привилегированныхъ дворянскихъ родовъ и т. д. Кромѣ того, гражданскія права могутъ имѣть своимъ источникомъ и международные договоры, среди которыхъ довольно назвать Бернскую конвенцію 30 сент. 1887 г. о международной защитѣ авторскаго права. Но, по общему правилу, договоры гражданскаго права нуждаются для своей обязательности въ особомъ основаніи, которое они и находятъ въ извѣстномъ положеніи: pacta sunt servanda. Этимъ положеніемъ выражается принципъ свободнаго заключенія договоровъ гражданскаго права, опирающихся на законодательство каждаго отдѣльнаго государства, тогда какъ договоры международнаго права опираются на признаніе ихъ обязательности со стороны всѣхъ государствъ, состоящихъ между собою въ мирномъ общеніи.

6. Подводя итогъ всему сказанному объ источникахъ права, мы можемъ сказать, что обязательная сила юридическихъ нормъ имѣетъ различныя основанія, опредѣляющіяся совокупностью данныхъ историческихъ условій: законодательство, образованія обычнаго права, юриспруденцію, договоръ (въ ограниченномъ объемѣ); единаго источника для всѣхъ нормъ—не существуетъ.

Отсюда мы перейдемъ къ спеціальному изложенію теорій обычнаго права, закона и права юристовъ, или юриспруденціи, исключая изъ нашего изложенія теорію договора, которая, въ смыслѣ источника права, принадлежитъ скорѣе дисциплинамъ публичнаго, чѣмъ гражданскаго права.

Б. Обычное право.

1. Понятіе и основные моменты обычнаго права.

Нелегко установить точное опредѣленіе для такого подвижного, многообразнаго и состоящаго изъ разнородныхъ элементовъ соціальнаго феномена, какимъ представляется обычное право. Казалось бы просто опредѣлять его, какъ право, которое не есть писанный законъ, или какъ право, которое возникаетъ помимо и независимо отъ закона. Но такое

опредѣленіе было бы слишкомъ общо и только отрицательно: оно не давало бы никакого положительнаго признака и вводило бы въ обычное право, не раздѣляя другъ отъ друга, столь разнообразныя явленія, какъ внѣ-судебная практика, юридическая доктрина и множество другихъ фактовъ общественной жизни, обладающихъ чертами неписаннаго права, но вовсе непригодныхъ для характеристики того, что составляетъ именно обычное право.

XIX-ый в. получилъ въ наслѣдіе отъ предшествующей ему эпохи теорію едино-господствующаго и едино-могущаго закона, всеохватывающаго собою и всеопредѣляющаго. Въ корнѣ этой теоріи лежало извѣстное представленіе школы „естественнаго права“ о разумѣ, какъ конечномъ основаніи права, дающемъ своей собственной, т.-е. чисто логической силой, начало всему праву. Поэтому право и считалось свободнымъ и самостоятельнымъ актомъ самосознающаго законодателя, дѣйствующаго внѣ объективныхъ условій, а законодательство — идеаломъ всякаго правообразованія. Все, кромѣ закона, и, въ томъ числѣ, обычное право, теряло при такой субъективно-абстрактной точкѣ зрѣнія самостоятельное значеніе и выступало съ характеромъ зависимаго и производнаго отъ закона факта. Поэтому и основаніе обычнаго права видѣли съ этой точки зрѣнія не въ чемъ иномъ, какъ въ санкціи того же законодателя, и опредѣляли обычное право, какъ совокупность фактически существующихъ обычаевъ, за которыми, хотя и признавалось, согласно римской теоріи, выраженіе народной воли (это былъ такъ наз. consensus populi), но юридическое значеніе приписывалось только санкціонированной закономъ практикѣ многократно и однообразно повторяемыхъ дѣйствій (consuetudo).

О неправильности подставлять подъ обычное право санкцію законодателя мы уже говорили, а противъ пониманія обычнаго права въ смыслѣ совокупности фактически существующихъ обычаевъ или привычекъ можно привести слѣдующія соображенія. Во-первыхъ, съ подобными привычками мы встрѣчаемся и въ животномъ мірѣ, на который было бы странно распространять понятіе обычнаго права, а во-вторыхъ, представленіе объ обычномъ правѣ, какъ совокупности привычекъ, не даетъ отвѣта на вопросъ, почему нѣкоторые обычаи, соблюдаемые въ силу любезности, различныхъ общественныхъ склонностей и воззрѣній, не переходятъ въ область права. Напр., обычный гонораръ врача не даетъ этому послѣднему права на судебное осуществленіе этого гонорара свыше установленной таксы — такъ же, какъ и обычные подарки, получаемые на праздники дѣтьми, супругами и другими лицами, не даютъ никому изъ нихъ защищеннаго судомъ права на эти подарки. Правда, для признанія фактически существующихъ обычаевъ обычнымъ правомъ, господствовавшая въ средніе вѣка и до начала XIX в. теорія требовала, съ одной стороны, упражненія обычая въ теченіе опредѣленнаго промежутка времени и переносила въ это ученіе сроки, установленные для

давности; съ другой стороны, она настаивала и на доказательствѣ обычая той стороной, которая на него ссылалась, и, притомъ, впередъ установленнаго доказательства, состоящаго въ указаніи на опредѣленное число случаевъ примѣненія даннаго обычая, извѣстныя качества этого обычая, прецеденты и т. д. Эти требованія не могутъ имѣть въ настоящее время никакого значенія, такъ какъ формальная теорія доказательствъ смѣнена теперь свободной оцѣнкой ихъ, и судьямъ, въ силу правила: jura novit curia, вмѣнено въ обязанность знать и освѣдомляться всѣми возможными для нихъ способами объ обычномъ правѣ, наравнѣ съ правомъ, основаннымъ на законѣ. Что касается перенесенія на обычное право сроковъ давности, то это недопустимо уже потому, что давностью устанавливаются или прекращаются конкретныя юридическія отношенія, тогда какъ обычному праву приписывается значеніе юридическихъ нормъ, стоящихъ независимо отъ тѣхъ или другихъ отношеній участвующихъ или имѣющихъ участвовать въ нихъ лицъ. Неправильность указываемой точки зрѣнія на обычное право доказывается, наконецъ, тѣмъ, что обычное право, по общему правилу, предшествуетъ въ порядкѣ исторической послѣдовательности праву, исходящему отъ законодателя, а не слѣдуетъ за нимъ.

Честь устраненія абстрактно-субъективной точки зрѣнія не только на обычное право, но и на все правообразованіе принадлежитъ исторической школѣ въ юриспруденціи, предложившей, какъ извѣстно, для процесса правообразованія органическое объясненіе, т.-е. развитіе права въ силу внутренней необходимости изъ „духа народа“, или совокупности условій народной жизни. Такъ возникло смѣнившее старое и господствующее понынѣ представленіе объ обычномъ правѣ, какъ о „народномъ правосознаніи“ или „правовыхъ убѣжденіяхъ народа“. И такое обычное право выступаетъ въ ученіи исторической школы не только самостоятельнымъ, но и единственно-нормальнымъ, единственно-„органическимъ“ и преимущественнымъ передъ всѣми другими источникомъ права. Оно заключаетъ въ самомъ себѣ свое основаніе и служитъ „первоначальной“ формой, изъ которой выливаются и развиваются всѣ послѣдующія формы права.

Оставляя пока въ сторонѣ преувеличенность данной исторической школой оцѣнки обычнаго права, мы скажемъ съ самаго начала, что не считаемъ правильнымъ ни ея взгляда на этотъ источникъ права,— взгляда, который былъ особенно разработанъ Пухтой [1]) и нашелъ затѣмъ многочисленныхъ послѣдователей какъ въ Германіи, такъ и въ другихъ странахъ,—ни видоизмѣненія или поправки, внесенной впослѣдствіи въ этотъ взглядъ Безелеромъ, Унгеромъ, Виндшейдомъ, Брунсомъ и многими другими юристами [2]), поправка которыхъ беретъ теперь верхъ надъ пер-

[1]) Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 1828—1837.

[2]) Beseler, Volksrecht und Iuristenrecht, 1843. Unger, System, I, § 5 и 6. Windscheid—Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, § 15, и др.

воначальной формулой Савиньи и Пухты, проходя почти черезъ всю современную намъ юридическую литературу. Различіе между тѣмъ и другимъ взглядомъ состоитъ въ слѣдующемъ.

По мнѣнію Пухты, Савиньи и ихъ приверженцевъ обычное право заключено непосредственно въ народномъ убѣжденіи, такъ что самый обычай, т.-е. внѣшнее выраженіе этого убѣжденія въ дѣйствительной жизни, составляетъ, какъ будто, не условіе существованія, а лишь свидѣтельство упражненія и простое средство для распознанія обычнаго права. Слѣдовательно, обычное право въ видѣ убѣжденія существуетъ по этой теоріи передъ обычаемъ и независимо отъ обычая, почему къ нему и подходило бы болѣе названіе „народнаго“, чѣмъ „обычнаго“ права [1]). Но такое отождествленіе права съ народнымъ убѣжденіемъ не можетъ быть допущено, и не только потому, что сознаніе и убѣжденіе суть лишь внутреннія и субъективныя состоянія отдѣльныхъ индивидовъ, а обычное право, разъ оно признается, какъ право, должно имѣть объективное существованіе, стоящее надъ всякимъ отдѣльнымъ убѣжденіемъ. Это отождествленіе было бы недопустимо даже въ томъ случаѣ, если бы мы признали причинную связь между народнымъ убѣжденіемъ и правомъ. И въ этомъ случаѣ не всякое убѣжденіе могло бы произвести право, а лишь такое, которое было бы настолько энергично, чтобы перейти въ практику жизни. Тѣмъ не менѣе, выдающіеся юристы, какъ, напр., Thöl, Böhlau, Adickes, Stobbe [2]) и др., усваиваютъ себѣ даже крайнія послѣдствія теоріи Пухты, и, выходя изъ положенія, что примѣненіе обычнаго права есть только одно и, притомъ, не единственное средство для его распознаванія, они заключаютъ, что можетъ существовать и такое обычное право, которое вовсе не примѣняется. Самъ Пухта, родоначальникъ такъ наз. „исторической“ теоріи правообразованія, не выводилъ изъ нея такого заключенія и говорилъ, напротивъ, что не одинъ случай примѣненія, а лишь повторное и однообразное примѣненіе какого-либо обычая можетъ служить основаніемъ для возведенія его на степень обычнаго права. Но послѣдователи ученія Пухты оказались болѣе послѣдовательными, чѣмъ ихъ учитель, и признали обычное право даже при отсутствіи обыкновенно сопровождающаго его примѣненія, такъ какъ, разъ примѣненіе есть только одинъ изъ способовъ распознаванія обычнаго права, то заключеніе о существованіи послѣдняго можетъ быть сдѣлано, очевидно, и на основаніи другихъ способовъ его распознаванія.

Изъ сказаннаго уже видно, что, если господствовавшая до исторической школы теорія преувеличивала явно значеніе обычаевъ, какъ внѣшняго выра-

---

[1]) Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht, 1898, стр. 13.

[2]) Thöl, Das Handelsrecht, 1875, I, § 11 и 12. Stobbe, Handbuch, I, § 22. Adieckes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, стр. 42, 59, 60. Къ нимъ присоединяется теперь и Lambert, La fonction du droit civil comparé, 1903.

женія обычнаго права, то объ исторической школѣ можно, наоборотъ, сказать, что она недостаточно оцѣнивала роль этого фактора въ образованіи обычнаго права. Всякое право выступаетъ необходимо внѣшнимъ образомъ, и какъ не можетъ быть закона, прежде чѣмъ онъ не опубликованъ, такъ не можетъ быть и обычнаго права, прежде чѣмъ оно не обнаруживается въ формѣ какого-либо внѣшняго обычая. Что касается отождествленія народнаго убѣжденія съ правомъ, то и оно ведетъ ко множеству недоразумѣній. Изъ него вытекаетъ, напр., полная зависимость законодательства отъ обычнаго права, тогда какъ законодатель можетъ быть и новаторомъ, и завоевателемъ, и узурпаторомъ, предписывающимъ законы, стоящіе въ рѣжущемъ противорѣчіи съ правовымъ сознаніемъ народа. Сводить и такое право къ народному убѣжденію на основаніи только того, что народъ не можетъ не подчиниться этому праву и по необходимости терпитъ его, значило бы впадать въ явный софизмъ. При подобномъ отождествленіи народнаго убѣжденія съ правомъ, пришлось бы поставить на счетъ обычнаго права всевозможные промахи, ошибки и увлеченія законодателя, или же отвергнуть совсѣмъ возможность вліянія на законодателя заблужденія, произвола и другихъ случайностей. Всѣ эти предположенія не выдерживаютъ критики и говорятъ противъ теоріи Пухты и Савиньи, впавшей, очевидно, въ крайній спиритуализмъ и въ такое обоготвореніе обычнаго права, которое заставляетъ теперь большинство нѣмецкихъ юристовъ, если не отказываться отъ нея, то представлять ее въ нѣсколько иномъ и болѣе матеріализированномъ видѣ.

Господствующее мнѣніе считаетъ попрежнему обычное право первоначальнымъ источникомъ права и понимаетъ его, какъ совокупность народно-правовыхъ убѣжденій. Но необходимымъ условіемъ признанія этихъ убѣжденій за обычное право оно ставитъ проявленіе ихъ въ дѣйствительной жизни, т.-е. фактъ самого обычая или продолжительнаго примѣненія и повторенія однихъ и тѣхъ же юридическихъ дѣйствій въ жизни,—фактъ, которому теорія Савиньи и Пухты не придавала, какъ мы это видѣли, существеннаго значенія, принимая его только за средство распознаванія обычнаго права. Этотъ фактъ примѣненія обычая признается теперь необходимой формой проявленія или необходимымъ условіемъ существованія обычнаго права, которое и опредѣляется поэтому уже не просто, какъ совокупность народно-правовыхъ убѣжденій, а какъ совокупность такихъ правовыхъ убѣжденій народа или отдѣльныхъ его классовъ, которыя образуются и обнаруживаются путемъ продолжительнаго примѣненія однихъ и тѣхъ же юридическихъ дѣйствій.

Приведенная формула заимствуетъ изъ стараго взгляда на обычное право то, что въ немъ было вѣрно, а именно—указаніе на существенную роль обычая въ дѣлѣ образованія обычнаго права, и исправляетъ этимъ чрезмѣрный спиритуализмъ теоріи Пухты и Савиньи. Съ другой стороны, она значительно измѣняетъ старый взглядъ, принимая за обыч-

ное право, согласно указаніямъ исторической школы, не совокупность обычаевъ, а совокупность народныхъ воззрѣній на то, что̀ слѣдуетъ признавать за право, и что̀ выступаетъ, какъ таковое, въ практикѣ повседневнаго упражненія однихъ и тѣхъ же юридическихъ дѣйствій. Слѣдовательно, внутренній и внѣшній моменты обычнаго права сливаются въ приведенной выше формулѣ обычнаго права въ одно цѣлое: съ одной стороны, убѣжденіе въ юридическомъ характерѣ нормы, съ другой—осуществленіе этого убѣжденія на практикѣ. Эти моменты не отдѣляются другъ отъ друга и представляются, по выраженію Гирке, „внѣшней и внутренней стороной одного и того же процесса образованія обычнаго права“ [1]), подобно тому, какъ воля и ея обнаруженіе во внѣ составляютъ двѣ стороны одного и того же понятія: воля, не обнаруживающаяся въ дѣйствіи, не есть настоящая воля, какъ и дѣйствіе (напр. автоматическое), не выражающее во внѣ направленнаго на него акта воли, не есть настоящее дѣйствіе.

Такое указаніе на взаимное отношеніе обоихъ элементовъ обычнаго права было бы правильно, если бы и въ него не вкрадывалось слѣдующее заблужденіе. Подъ внутреннимъ или субъективнымъ моментомъ обычнаго права продолжаютъ понимать какія-то мистическія воззрѣнія такого же мистическаго народа на право, а не реальное убѣжденіе каждаго исполняющаго норму обычнаго права лица въ томъ, что оно исполняетъ именно норму права, а не какую-либо иную норму, не заключающую въ себѣ признаковъ права. Это и есть такъ наз. opinio necessitatis, т.-е. убѣжденіе каждаго исполняющаго обычай лица объ его юридической обязательности,—убѣжденіе, которое отличаетъ обычное право отъ простыхъ обычаевъ или обыкновеній, не влекущихъ за собой юридическихъ послѣдствій. Но когда это убѣжденіе квалифицируютъ, какъ „народное“, и выводятъ изъ него все право, то неизбѣжно предполагаютъ реальный народный организмъ и впадаютъ, какъ мы покажемъ это ниже, въ уничтожающій всю теорію мистицизмъ. Сверхъ того, господствующую теперь теорію обычнаго права слѣдуетъ упрекнуть въ томъ, что, упуская изъ виду одно изъ чрезвычайно важныхъ различій между обычнымъ правомъ и закономъ, она становится въ противорѣчіе съ историческимъ процессомъ развитія права, устраняющимъ общепринятое предположеніе какъ объ общности юридическаго строенія закона и обычая, такъ и о первоначальности и чуть-ли не исключительности обычнаго права въ ряду всѣхъ источниковъ древняго права. Эти недочеты господствующихъ представленій объ обычномъ правѣ требуютъ исправленія и особого разсмотрѣнія, къ которому мы теперь и переходимъ.

---

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 163.

2. Критика господствующаго ученія объ обычномъ правѣ.

а) Вожди „исторической школы“ и ихъ современные продолжатели не считаются съ общественной стороной развитія права, какъ на это справедливо указываетъ А. Менгеръ въ своей талантливой критикѣ перваго проекта къ новому нѣмецкому гражданскому уложенію [1]). Они игнорируютъ огромное значеніе для правообразованія тѣхъ соціальныхъ расчлененій, на которыя дѣлится всякій народъ и всякое сколько-нибудь крупное правовое общеніе. Народъ—не механическая совокупность равноцѣнныхъ индивидовъ: онъ расчлененъ — и это расчлененіе постоянно растетъ—на общественныя группы, съ одной стороны, соединенныя общностью политическихъ, хозяйственныхъ, религіозныхъ и другихъ культурныхъ интересовъ, а съ другой, и разъединенныя различіемъ и часто противоположностью тѣхъ же интересовъ. Угнетающіе и угнетаемые классы возникаютъ съ началомъ исторіи, и общество, въ которое входятъ тѣ и другіе классы, есть не что иное, какъ порядокъ подчиненія слабыхъ сильными или неимущихъ имущими. Само собою разумѣется, что и право, соотвѣтствующее повседневной практикѣ жизни этого общества, можетъ быть продуктомъ лишь такого разчлененнаго на общественныя группы народа. Что касается мнимо-единаго и отвлеченнаго отъ этихъ группъ народа, то онъ представляетъ собой только метафизическое понятіе, которымъ историческая школа оперируетъ вмѣсто реальныхъ индивидовъ и реальныхъ общественныхъ группъ. И заблужденіе, лежащее въ основѣ ея теоріи обычнаго права, особенно бросается въ глаза, когда эта теорія примѣняется къ гражданскому праву.

Какъ, въ самомъ дѣлѣ, утверждать, что порядокъ гражданскаго права происходитъ отъ „духа“ народа, когда $^{9}/_{10}$ этого народа, по замѣчанію Менгера, лишены въ теченіе цѣлой жизни всѣхъ преимуществъ этого порядка? Первоначально не было ни правопорядка, ни субъективныхъ правъ. Были только интересы, стоявшіе другъ противъ друга и осуществлявшіеся съ бо́льшимъ или меньшимъ успѣхомъ. Въ борьбѣ этихъ интересовъ сильные одерживали верхъ надъ слабыми, и современный гражданскій порядокъ, унаслѣдованный новыми законодательствами въ значительной мѣрѣ отъ стараго обычнаго права, навязанъ имущими классами неимущимъ въ результатѣ многовѣковой борьбы, которая не теряетъ своей остроты и силы отъ того, что она разбивается въ этой области права на безконечное множество мелкихъ схватокъ, ускользающихъ отъ наблюденія. Отсюда само собой слѣдуетъ заключеніе о химеричности обычнаго права, основаннаго на всеобщемъ убѣжденіи или всеобщей практикѣ однообразныхъ или однородныхъ дѣйствій. Такая всеобщность и такое однообразіе были, можетъ быть, возможны въ неболь-

[1]) A. Menger, Des bürgerliche Gesetzbuch und die arbeitslosen Klassen.

шихъ и примитивныхъ общинахъ, подобныхъ, напр., древнему Риму въ началѣ его исторіи, древнимъ германцамъ и другимъ первобытнымъ племенамъ, разъединеннымъ другъ отъ друга высокими кряжами горъ. Но чѣмъ сильнѣе разростаются эти общины и племена, и чѣмъ сложнѣе становится ихъ общественная жизнь, тѣмъ болѣе раскалываются нарастающіе у нихъ интересы, и тѣмъ многообразнѣе развиваются политическіе, экономическіе и другіе союзы, между которыми нѣтъ общности ни въ правовыхъ воззрѣніяхъ, ни въ практикѣ совершаемыхъ ими автономно юридическихъ дѣйствій. Разбитое на классы общество не производитъ общаго для всѣхъ своихъ членовъ права уже потому, что каждой общественной группѣ представляется правильнымъ и даже благотворнымъ только ея собственное пониманіе права, различное отъ пониманія другихъ общественныхъ группъ. Объ общности интересовъ всѣхъ общественныхъ группъ, составляющихъ народъ въ современныхъ государствахъ, можетъ быть еще менѣе рѣчи. Поэтому надо оставить надежду и на общность убѣжденія въ томъ, что должно быть правомъ. Такая общность убѣжденія есть настоящая химера, и само собой разумѣется, что эта химера не можетъ быть, вопреки утвержденію исторической школы, и обычнымъ правомъ [1]).

Общее право представляется намъ только равнодѣйствующей того параллелограма разнородныхъ силъ, который мы находимъ въ современныхъ обществахъ, и направленіе этой равнодѣйствующей устанавливается — по крайней мѣрѣ, въ обществахъ новаго времени — не обычнымъ правомъ, а черезъ государственную власть. Правда, и эта послѣдняя попадаетъ въ руки господствующихъ въ обществѣ классовъ, но она способна, по крайней мѣрѣ, эманципироваться отъ нихъ и сообразоваться также съ интересами другихъ классовъ. Кромѣ того, государственная власть располагаетъ авторитетомъ и силой, которыхъ нѣтъ ни у одного общественнаго класса, взятаго отдѣльно отъ другихъ, и это даетъ ей возможность подчинять установленному ею порядку всѣ общественные классы. Поэтому общество и его расчлененія способны, въ видѣ общаго правила, только къ индивидуальному и мелкогрупповому правообразованію, представляющему собой обычное право, тогда какъ абстрактное и общее право, выражаемое закономъ, можетъ быть дѣломъ одного государства или подобныхъ ему политическихъ организацій.

Однако, возникшая въ какой-либо общественной группѣ практика обычнаго права можетъ быть навязана, если не всему обществу, то нѣкоторымъ изъ его группъ, стоящимъ въ особенно неблагопріятныхъ условіяхъ. Достоинства такого обычнаго права съ соціальной точки зрѣнія весьма сомнительны, и чѣмъ дальше заходитъ общественная дифференціація, тѣмъ болѣе такое обычное право представляетъ опасность превращенія въ гнетъ слабѣйшихъ слоевъ общества сильнѣйшими. Время, когда

[1]) Stier-Somlo, Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle, 1900, стр. 26—27.

древній Римъ, послѣ изгнанія своихъ королей, управлялся обычнымъ правомъ, установленнымъ патриціями, было временемъ жестокаго классового господства этихъ послѣднихъ, и юридическое положеніе плебеевъ улучшилось только съ введеніемъ законодательства XII таблицъ. То же самое можно сказать и о крестьянскомъ обычномъ правѣ среднихъ вѣковъ, такъ же навязанномъ сильными слабымъ и вызывавшимъ противъ себя справедливое негодованіе философовъ „естественнаго права“. Выросшее изъ нѣдръ общества обычное право было jus iniquum, котораго сословный и антисоціальный духъ усиливался и обострялся съ каждымъ поколѣніемъ. Помощи противъ него ждали отъ энергичнаго вмѣшательства законодателя, и когда надежда эта оказалась тщетной, осталось обратиться къ насилію, т.-е. революціи, которая смела навсегда—по крайней мѣрѣ, въ Зап. Европѣ—всѣ остатки средневѣковаго обычнаго и феодальнаго права [1]).

б) Господствующее въ современной юриспруденціи со времени исторической школы воззрѣніе склоняется къ полному уравненію обычнаго права съ закономъ. Родоначальники этого воззрѣнія, Савиньи и Пухта, стоятъ не только за равенство, но и за преимущество обычнаго права передъ закономъ, допуская, однако, такое ограниченіе въ примѣненіи перваго, которое нельзя примирить съ представленіемъ не только о преимуществѣ, но и о равномъ значеніи обычнаго права и закона. Пухта училъ, что обычное право не можетъ примѣняться въ случаяхъ противорѣчія его „во-1-хъ, божественнымъ законамъ, во-2-хъ, добрымъ нравамъ, и, въ-3-хъ, высшимъ принципамъ права“. Большинство новыхъ юристовъ принимаетъ это ограниченіе, подводя его подъ требованіе такъ называемой „раціональности“ обычнаго права. Противорѣчащую этому требованію „ирраціональность“ обычаевъ нѣкоторые юристы формулируютъ иначе, чѣмъ Пухта: напр., Виндштейнъ говоритъ объ исключеніи обычнаго права въ случаяхъ его „притиворѣчія съ основаніями государственнаго и нравственнаго порядка“. Но, несмотря на различіе въ оттѣнкахъ формулированія, положеніе Пухты о непримѣнимости обычнаго права въ случаяхъ его ирраціональности, и о предоставленіи сужденія объ этой ирраціональности судебному усмотрѣнію—это положеніе было выставлено уже римско-канонической теоріей обычнаго права [2])—остается до сихъ поръ господствующимъ какъ въ теоріи, такъ и въ практикѣ обычнаго права. Если же это такъ, если рѣшеніе вопроса о примѣненіи обычнаго права предоставлено судьѣ,—а кромѣ него, рѣшать его нѣкому,—то можно-ли

[1]) Oertmann, ук. соч., стр. 98 и слѣд. Можно назвать еще статью Гнейста, Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht, 1885, въ юбилейномъ сборникѣ въ честь Безелера, гдѣ такъ же указывается на то, какъ мало вниманія удѣляла историческая школа значенію состава общества и его расчлененій для образованія и развитія права.

[2]) S. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899.

считать обычное право равносильной закону объективной нормой, стоящей какъ надъ судьей, такъ и надъ обращающимися къ его защитѣ сторонами? Дѣйствіе обычнаго права оказывается въ зависимости отъ рѣшенія судьи, который не можетъ основать свое рѣшеніе на матеріалѣ обычнаго права, такъ какъ этотъ матеріалъ и подлежитъ его обсужденію, и долженъ по необходимости обратиться къ закону, который уже поэтому возводится на степень высшей инстанціи, устанавливаемой надъ обычнымъ правомъ. Слѣдовательно, уравненіе обычнаго права съ закономъ, при подчиненіи примѣненія перваго судебному усмотрѣнію, ведетъ къ отрицанію существующей въ дѣйствительности самостоятельности обычнаго права, и не можетъ быть допущено еще по слѣдующему соображенію. Если бы обычное право и законъ представляли собою однородные и равные по силѣ источники права, и примѣненіе обычаевъ со стороны ихъ „раціональности“ зависѣло отъ усмотрѣнія судьи, то тоже самое должно-бы было имѣть мѣсто и въ отношеніи къ закону. Въ разгаръ такъ назыв. Kulturkampf'a въ Германіи партія центра утверждала не безъ основанія, что существеннѣйшія части Майскихъ законовъ противорѣчили ученію церкви, нарушали Божескіе законы и т. д. Распространяя сюда критерій, предложенный Пухтой для обычнаго права, пришлось бы признать за судьей, принадлежащимъ къ партіи центра, право отказывать этимъ законамъ въ примѣненіи. Тогда судья былъ бы поставленъ надъ законодателемъ, меньшинство надъ большинствомъ, интересы партіи надъ интересами государства, и о нормальномъ правопорядкѣ не могло-бы быть и рѣчи. То же разсужденіе можно примѣнить, и еще больше подтвердить этимъ сказанное, и ко всѣмъ другимъ указываемымъ господствующимъ ученіемъ условіямъ возникновенія и примѣненія обычнаго права.

Сдѣлаемъ краткій перечень этихъ условій, установленныхъ еще средневѣковой теоріей обычнаго права съ очевиднымъ разсчетомъ на стѣсненіе несимпатичныхъ ей положеній этого права [1]). 1) Объ упоминаемой въ прежнихъ теоріяхъ „публичности“, въ которой должно выражаться примѣненіе обычнаго права, со времени Пухты уже не говорятъ, и она не требуется больше никѣмъ изъ извѣстныхъ юристовъ. 2) Такъ наз. „opinio necessitatis“, опредѣляемая какъ „правовое убѣжденіе“ (Гирке) или какъ „упражненіе обычая, вытекающее только изъ убѣжденія въ его юридической необходимости“ (Виндшейдъ), признается теперь большинствомъ юристовъ за необходимое и предоставляемое опять свободной оцѣнкѣ судьи условіе обычнаго права. И это признаніе, со сдѣланной выше поправкой къ нему, можно считать правильнымъ, такъ какъ безъ него у насъ не было бы критерія для разграниченія юридическихъ обычаевъ отъ простыхъ привычекъ и необязательныхъ въ юри-

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, 1, стр. 169 и слѣд.

дическомъ смыслѣ обычаевъ, въ родѣ подарковъ между супругами и т. д. 3) О „раціональности“ обычаевъ мы уже говорили и прибавимъ къ сказанному, что ее не слѣдуетъ понимать ни въ смыслѣ „разумности“, проповѣдуемой школой „естественнаго права“, ни въ смыслѣ „безошибочности“, о которой рѣчь будетъ ниже. Нѣкоторые юристы переводятъ эту „раціональность“ на „юридическую возможность“ положеній, приписываемыхъ обычному праву, но было бы, кажется, правильнѣе отказаться, вмѣстѣ съ Гирке, и отъ этого условія въ виду его полной субъективности, не позволяющей судьѣ опереться на какое бы то ни было объективное основаніе [1]). 4) „Множественность актовъ упражненія“, число которыхъ опять предоставлено опредѣленію судьи, смотря по особенностямъ отдѣльнаго случая, входитъ въ самое понятіе обычнаго права и не оспаривается поэтому даже Пухтой, несмотря на противорѣчіе, въ которое онъ вступаетъ при этомъ съ основными посылками своей собственной теоріи. 5) Больше разноголосицы слышится въ опредѣленіи „однообразія актовъ упражненія“, ихъ количества, качества и „времени упражненія“, которое вычислялось прежде различными сроками, нынѣ отброшенными. Никто не споритъ лишь о томъ, что и здѣсь все должно быть предоставлено судебному усмотрѣнію. 6) Наконецъ, послѣднее требованіе, предъявляемое къ обычному праву и состоящее въ „безошибочности“ или „отсутствіи ошибки“ (Nichtirrthümlichkeit) въ отношеніи къ содержанію установленнаго закономъ права, хотя и принимается господствующей теоріей и практикой, съ предоставленіемъ сужденія объ этой „безошибочности“ тому же усмотрѣнію судьи, но наталкивается со стороны весьма выдающихся юристовъ (Цительманъ, Дернбургъ, Регельсбергеръ, Гирке) и на сильную оппозицію. Эта оппозиція опирается, съ одной стороны, на безспорный фактъ возникновенія многихъ положеній обычнаго права изъ ошибочнаго толкованія того или другого закона, и съ другой—на трудность распознанія ошибки и иныхъ внутреннихъ мотивовъ или психическихъ состояній, не поддающихся правовымъ опредѣленіямъ. Проведенное логически до конца требованіе безошибочности содержанія обычнаго права вело бы къ отмѣнѣ всего такъ наз. usus modernus, т.-е. судебной практики, и даже самого факта рецепціи римскаго права, въ основаніи котораго лежало, какъ мы это видѣли, ошибочное представленіе о продолженіи въ средніе вѣка римской имперіи и не мало другихъ ошибокъ въ пониманіи отдѣльныхъ положеній права этой имперіи.

Въ результатѣ обозрѣнія поставленныхъ господствующимъ ученіемъ условій возникновенія и примѣненія обычнаго права мы видимъ, что

---

[1]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetsbuch, I, стр. 11. Neukamp, Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des gem. Rechts, въ Archiv für bürgerliches Recht, XII, 1897. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 169—170.

только два условія, изъ которыхъ одно касается его внутренней стороны, а другое—внѣшней, т.-е. убѣжденіе объ юридической обязательности того или другого обычая и повторное примѣненіе этого обычая, могутъ считаться существенными для понятія обычнаго права, тогда какъ всѣ остальныя не имѣютъ того же значенія. Точно такъ же мы видимъ, что, и при разногласіи въ формулированіи и оцѣнкѣ каждаго изъ этихъ условій, установившаяся въ современной юриспруденціи доктрина предоставляетъ разрѣшеніе всѣхъ принадлежащихъ сюда вопросовъ исключительно усмотрѣнію судьи. Этотъ послѣдній ничѣмъ не стѣсненъ въ своемъ сужденіи о томъ, представляется-ли на лицо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ обычное права, и можно-ли его примѣнять.

Если такъ, если свободному рѣшенію судьи предоставленъ вопросъ о самомъ существованіи обычнаго права, то это послѣднее должно быть въ значительной мѣрѣ установленіемъ права только на отдѣльный случай и, въ этомъ отношеніи, не однороднымъ съ закономъ, а отличнымъ отъ него источникомъ права. Можно-ли уравнивать съ закономъ, котораго нормы обязательны для всѣхъ однородныхъ случаевъ, такое право, котораго установленіе принадлежитъ колеблющемуся усмотрѣнію судьи и зависитъ еще отъ всевозможныхъ случайностей доказательства и способовъ примѣненія? Тамъ—правило, стоящее внѣ сомнѣнія, выше всякаго субъективнаго произвола и одинаково примѣняемое ко всѣмъ сходнымъ между собою случаямъ. Здѣсь—право, окруженное такими сомнѣніями, что самое существованіе его въ большинствѣ случаевъ спорно и составляетъ какъ въ теоріи, такъ и въ практикѣ обычнаго права предметъ величайшихъ колебаній. Констатированіе и примѣненіе этого права есть дѣло судебнаго усмотрѣнія, вовсе не играющаго такой же роли при примѣненіи закона, и, если даже въ отношеніи къ обычному праву судебное усмотрѣніе не такъ безусловно свободно, какъ этому учитъ господствующая теорія, а связано въ извѣстной степени и предшествующей практикой, и общественными воззрѣніями на право („opinio necessitatis“), которыя придаютъ и его положеніямъ характеръ, если не общихъ, то индивидуальныхъ и мѣстныхъ юридическихъ нормъ, то несомнѣнное участіе судьи въ оцѣнкѣ этихъ условій дѣлаетъ изъ его рѣшенія въ несравненно бо́льшей степени установленіе права на отдѣльный случай, чѣмъ это имѣетъ мѣсто при единообразномъ примѣненіи точно и впередъ установленнаго закономъ содержанія права.

Мы приходимъ здѣсь къ существенному различію между общимъ и индивидуальнымъ правообразованіемъ, между нормой, стоящей надъ судьей и всегда однообразно примѣняемой, и нормой, полагаемой въ основу рѣшенія только отдѣльнаго случая въ силу судебной санкціи, которая въ новомъ случаѣ можетъ быть дана и на совсѣмъ иное рѣшеніе. Это различіе,—игнорируемое господствующимъ ученіемъ и довольно рельефно выраженное недавно въ нѣмецкой литературѣ Бюловомъ, въ его сатири-

ческихъ очеркахъ по современной юриспруденціи, и Нейкампомъ, въ его статьѣ объ обычномъ правѣ [1]), а во французской—Ламберомъ, въ его большомъ трудѣ по сравнительному правовѣдѣнію [2]),—находитъ подтвержденіе и въ историческомъ процессѣ развитія обычнаго права, о которомъ мы скажемъ нѣсколько словъ ниже, послѣ того, какъ изложимъ еще одно изъ существенныхъ возраженій противъ господствующей теоріи обычнаго права.

в) Поправка, сдѣланная новыми юристами къ теоріи обычнаго права исторической школы, оставляетъ сущность этой теоріи неизмѣнной. Въ основаніи обычнаго права, какъ и всякаго права вообще, она продолжаетъ видѣть „народное убѣжденіе“ или „народное сознаніе“ о правѣ, „народную душу“ или „духъ народа“. Все это находитъ въ обычномъ правѣ свое непосредственное и, какъ бы, безсознательное выраженіе, тогда какъ въ законѣ, договорѣ, юриспруденціи и другихъ источникахъ права тотъ же „народный духъ“ выражается посредственно, въ сознательныхъ актахъ спеціальныхъ органовъ государственной власти и иныхъ общественныхъ авторитетовъ. Въ этомъ воззрѣніи не трудно узнать слѣды романтизма, съ которымъ нѣмецкая историческая школа стоитъ, какъ мы на это уже указывали, въ непосредственной связи. Оно ищетъ права въ смутныхъ источникахъ прошлаго, неопредѣленныхъ поэтическихъ образахъ, и, какъ бы, нарочно избѣгаетъ всякой научной точности и такъ цѣнной, особенно для юристовъ, опредѣленности въ формулированіи основныхъ понятій. Приведемъ для характеристики этого воззрѣнія нѣсколько не лишенныхъ интереса критическихъ замѣчаній изъ цитированнаго выше сочиненія Бюлова.

Нѣкогда источники обычнаго права текли, быть можетъ, могучими и обильными потоками. Но когда юристы исторической школы любовно обратились къ нимъ, они давно уже потеряли прежній видъ. Вмѣсто обильныхъ и бурныхъ потоковъ, то были рѣдкіе и на половину высохшіе ручьи, сочившіеся по каплямъ среди развалинъ стараго и забытаго на 99% права. Право преобразилось въ теченіе своей многовѣковой исторіи. Изъ колеблющихся, тягучихъ и неопредѣленныхъ очертаній обычаевъ оно перешло въ твердыя, непреклонныя и ясно выраженныя формы законовъ. Обычное право, сдѣлавшееся рѣдкостью и всегда ограниченное той или другой мѣстностью, влачило всюду жалкое существованіе. Утрачена была даже память объ его прежней доминирующей роли, и тутъ-то раздалась неожиданная вѣсть, что этотъ источникъ не только не изсякъ, но течетъ, напротивъ, съ полной силой, служитъ основаніемъ для всѣхъ другихъ источниковъ и питаетъ ихъ до сихъ поръ своей силой. Эта

---

[1]) Bülow, Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft. Neukamp, ук соч.

[2]) Lambert, La fonction du droit civil comparé.

вѣсть должна была звучать, какъ сказка, но она соотвѣтствовала настроенію времени и была принята всѣми, какъ великое открытіе, дававшее возможность и юристамъ мечтать о волшебномъ величіи прошлаго, перенося эти мечты даже въ настоящее. До того право принимали за созданіе холоднаго и всевзвѣшивающаго разума, воплощеннаго въ того или другого законодателя. Теперь съ радостью и удивленіемъ узнали, что въ основаніи права лежитъ гораздо болѣе темный и таинственный источникъ. Оказалось, что право обязано своимъ происхожденіемъ не разсчету, не сознанію потребности въ порядкѣ общественной жизни, а такъ назыв. „органическому росту“ неорганизованной народной массы, „народной душѣ“, откуда оно „выростаетъ“, какъ бы, само собою, на подобіе языка, религіи, нравовъ и т. д. И странное дѣло, эта мысль удержалась въ такой трезвой наукѣ, какъ юриспруденція, даже послѣ того, какъ мечты романтизма разлетѣлись въ прахъ и были изгнаны успѣхами научнаго изслѣдованія изъ всѣхъ другихъ областей духовной жизни, гдѣ онѣ, во всякомъ случаѣ, были-бы болѣе умѣстны, чѣмъ въ юриспруденціи. Теорія обычнаго права, основанная на романтизмѣ, господствуетъ въ юриспруденціи до нашихъ дней, и это объясняется, можетъ быть, тѣмъ, что она отвѣчаетъ глубоко коренящейся въ насъ потребности къ поэтическому представленію дѣйствительности. Если эта теорія и не такъ чаруетъ насъ теперь, какъ она чаровала старыхъ романтиковъ, то ея притягательная сила все же такъ велика, что ей не всегда умѣютъ противостоять и твердыя души юристовъ. Объясненіе лежитъ, вѣроятно, въ томъ, что юристы, преданные прозѣ жизни и изощряющіе постоянно рессурсы ума, находятъ особое удовольствіе въ поэзіи обычнаго права и въ предоставляемомъ ею просторѣ фантазіи какъ-разъ въ той области, которая представляетъ теперь менѣе всего практическаго значенія. Но одно дѣло — психологическое объясненіе какой-нибудь теоріи, и другое — ея научное оправданіе.

Какъ представить себѣ, въ самомъ дѣлѣ, непосредственное возникновеніе права изъ „народнаго вѣрованія“, „народнаго убѣжденія“ или „народной воли“? Прежде всего, неясно самое свойство состояній, характеризуемыхъ этими выраженіями. Если легко себѣ представить, что въ душѣ нѣкоторыхъ и даже многихъ членовъ того или другого народа возникаютъ желанія, стремленія, мысли и чувства, имѣющія отношеніе къ праву и справедливости, то невозможно понять, какъ эти мысли и чувства отдѣльныхъ лицъ могутъ до такой степени сблизиться, чтобы, безъ всякаго взаимнаго соглашенія и посредства какого бы то ни было формулирующаго ихъ авторитета или учрежденія, они крѣпли въ единыя правовыя убѣжденія, обнимающія собою цѣлый народъ, какъ это предполагается понятіемъ юридической нормы, приписывающей себѣ общеобязательное дѣйствіе. Какъ получить такой результатъ безъ посредства общественной власти, дѣятельность которой только и сооб-

щаетъ той или другой группѣ людей характеръ правового общенія? Какъ представить себѣ, далѣе, общественную власть въ положеніи простого исполнителя устанавливаемаго помимо нея права? И если это представленіе возможно, то какъ исключить общественную власть даже въ ея исполнительной роли изъ процесса созданія права? Какими путями мысли и убѣжденія, сокрытыя въ глубинѣ „народной души", превращаются въ юридически обязательныя и повелительно управляющія всѣмъ народомъ нормы?

Когда указываютъ на обычай, т.-е. продолжительное повтореніе однихъ и тѣхъ же дѣйствій, то упускаютъ изъ виду, что это—не обычное право. Иначе и постоянную практику убійства тирановъ, и нашъ терроръ, можно было бы признать такъ же за обычное право. Говорятъ объ „opinio necessitatis", но забываютъ сказать, когда убѣжденіе объ обязательности той или другой нормы достигаетъ такой силы, что оно уважается самимъ государствомъ и связываетъ суды. Такъ какъ нѣкоторыя требованія нравовъ соблюдаются такъ же правильно и строго, какъ и требованія права, то ни многократность примѣненія, ни сила повиновенія не дадутъ возможности различить нормы обычнаго права отъ нормъ нравовъ. Если признака отличія тѣхъ и другихъ искать нѣгдѣ, какъ въ „народной душѣ", то кто укажетъ на мѣрило души? Кто примиритъ, наконецъ, теорію обычнаго права исторической школы съ ея же принципомъ развитія, котораго этотъ источникъ права долженъ быть главнымъ факторомъ? Обычное право должно бы было содѣйствовать измѣненіямъ права, тогда какъ въ дѣйствительности оно скорѣе исключаетъ эти измѣненія и осуждаетъ развитіе права на неподвижность. Развѣ существо всякаго обычая, его благотворное и, въ то же время, вредное дѣйствіе состоятъ не въ томъ, что онъ препятствуетъ отступленіямъ отъ существующаго порядка вещей? И не то же-ли самое, и въ сильнѣйшей степени, должно происходить съ обычаями, переходящими въ обычное право? Мы связаны всѣми юридическими нормами, какъ законными, такъ и обычными; судъ долженъ строго примѣнять тѣ и другія. Устраненіе закона нормой обычнаго права было бы возстаніемъ противъ существующаго права, и, притомъ, не единичнымъ, а многократнымъ, такъ что, если бы теорія обычнаго права исторической школы была вѣрна, то мы должны были бы принять не консервативное и задерживающее, а, напротивъ, разрушительное и революціонное дѣйствіе обычнаго права.

Теорія обычнаго права исторической школы исходитъ изъ предположенія, что это право слагается изъ тѣхъ же юридическихъ элементовъ, что и право, основанное на законѣ. Думаютъ, что и прежде того, чѣмъ право стало устанавливаться закономъ, существовали такіе же абстрактные и общеобязательные, т.-е. распространяющіеся на цѣлые ряды подобныхъ между собою случаевъ, приказы и запреты, какіе мы узнали только со времени господства закона. Разницу видятъ лишь въ томъ,

что законъ исходитъ отъ государственной власти, тогда какъ нормы обычнаго права имѣютъ свой непосредственный источникъ въ „душѣ народа“ и не нуждаются для своего обязательнаго дѣйствія въ санкціи государственной власти. Но можно-ли представить себѣ такое происхожденіе общихъ юридическимъ нормъ изъ таинственной глубины народнаго духа? Не значитъ-ли это приписывать народу слишкомъ много, предполагая, что онъ съ древнѣйшихъ временъ чувствуетъ и мыслитъ такъ общо о правѣ? Въ дѣйствительности, народъ и теперь не мыслитъ общихъ нормъ, которыми предусматривались бы не только настоящія, но и будущія обстоятельства его жизни. Чувство права и сознаніе о правѣ возникаютъ у людей народа по поводу отдѣльнаго случая и въ направленіи къ разрѣшенію этого же отдѣльнаго случая. Даже образованные люди, если они не юристы и не занимаются профессіонально абстрактными построеніями права, судятъ о томъ, что̀ есть право и что̀ нѣтъ, лишь послѣ того, какъ они попадутъ въ спеціальныя условія и вступятъ въ особый конфликтъ съ властями или своими ближними. Обыкновенно довольствуются тѣмъ, что освѣдомляются и узнаютъ, какъ рѣшается именно данный, отдѣльный случай. А развѣ въ тѣ отдаленныя времена, когда впервые установилось обычное право, народы были настолько выше и склоннѣе къ абстракціи и предвидѣнію будущаго, что они не исходили изъ конкретнаго и не хлопотали болѣе всего объ индивидуальныхъ интересахъ? Допуская даже такое созерцательное настроеніе и соглашаясь съ тѣмъ, что наши предки только и разсуждали безкорыстно и абстрактно, что̀ объ общихъ юридическихъ истинахъ и опредѣленіяхъ, позволительно спросить, какъ приходили они, всѣ вмѣстѣ, къ общему мнѣнію или общему выраженію воли? Надо предположить, что, кромѣ общей склонности къ безпристрастію и абстрактному мышленію, народы сѣдой старины обладали еще удивительной кротостью и постоянной готовностью къ соглашенію. Или и тогда среди неорганизованной народной массы господствовалъ принципъ большинства? Но какъ составлялось это большинство? Путемъ голосованія душъ?

Довѣріе исторической школы къ созданію права неорганизованной народной массой основывается на томъ же заблужденіи, которое лежитъ въ основѣ знаменитаго трактата Ж. Ж. Руссо, носящаго заглавіе „Contrat social“. Тамъ и здѣсь—одинаковая вѣра въ мистическую рѣшимость неорганизованныхъ массъ народа подчиниться правовому порядку, ими самими установленному. Историческая школа заимствовала эту вѣру—конечно, безсознательно—отъ ненавидимой ею школы „естественнаго права“ и зашла съ нею даже дальше послѣдней. Руссо довольствовался тѣмъ, что допускалъ неорганизованную народную массу къ акту созданія права только на одинъ разъ, послѣ чего она уже не принимала непосредственнаго участія въ этомъ дѣлѣ, предоставивъ его вѣдѣнію государственной власти. Историческая школа предполагаетъ, напротивъ, что

неорганизованная народная масса продолжаетъ и послѣ вступленія въ государственный періодъ заниматься непосредственно и безъ участія государственной власти дальнѣйшимъ построеніемъ своего правового порядка.

Очевидно, историческая школа переноситъ позднѣйшее представленіе о правѣ, слагающемся при посредствѣ закона, въ предшествующее господству закона время, когда первенство принадлежитъ обычному праву. Но если законное право основано на общемъ правилѣ, то отсюда не слѣдуетъ, чтобы та же черта была свойственна и предшествующему состоянію права, основанному не на законѣ. Не вѣроятнѣе-ли, что это состояніе было не только не регулировано закономъ, но и вообще не было регулировано, что оно допускало лишь судебныя рѣшенія на каждый отдѣльный случай,—судебныя рѣшенія, постановляемыя или стоящимъ надъ всѣмъ народомъ повелителемъ, или иначе организованной судебной властью, безъ того, чтобы надъ этими отдѣльными рѣшеніями возвышалась какая бы то ни было система общихъ юридическихъ нормъ? Развѣ такія, пріобрѣтшія впослѣдствіи знаменитость, рѣшенія, какъ, напр., рѣшенія Соломона, основывались на какихъ-либо общихъ, уже существующихъ и разсчитанныхъ на будущіе случаи, правилахъ? Развѣ, при отсутствіи такихъ общихъ правилъ, эти рѣшенія переставали быть судебными рѣшеніями? Развѣ это было безправное состояніе, и развѣ право не существуетъ и безъ общихъ нормъ?

Какъ ни несовершенно можетъ казаться такое состояніе сравнительно съ современнымъ порядкомъ, регулированнымъ и обезпеченнымъ общими нормами, оно есть все-таки состояніе права, заключая въ себѣ минимумъ необходимаго порядка общественной жизни. Существуетъ общественная власть, слѣдящая за повиновеніемъ каждаго установленному порядку и имѣющая возможность вынуждать это повиновеніе. Если это повиновеніе не предусматривается и не санкціонируется впередъ установленными правилами, другими словами—если общія юридическія нормы еще отсутствуютъ, то рѣшенія этой власти остаются тѣмъ не менѣе правовыми, такъ какъ они постановляются съ цѣлью защиты права. И идея права, а не произволъ, руководитъ этими рѣшеніями, отражая въ условіяхъ времени и мѣста сознаніе о правѣ членовъ того или другого племени, той или другой общественной группы. Поэтому, насколько неправильно утверждать, что обычаи исходятъ непосредственно отъ народа, его убѣжденій или воли, кристализуясь въ общеобязательный правовой порядокъ безъ посредства и санкціи государства, настолько же правильно признать чрезвычайно важную, хотя и посредствующую, роль обычаевъ въ процессѣ образованія и укрѣпленія права.

Такимъ образомъ критика господствующей теоріи обычнаго права въ его источникѣ приводитъ къ тому же результату, что̀ и анализъ элементовъ и условій дѣйствительности этого права. Оно оказывается не однороднымъ и равносильнымъ съ закономъ источникомъ права, разсчи-

таннымъ на единообразное и впередъ опредѣленное примѣненіе въ массѣ подобныхъ между собой случаевъ, но совершенно различнымъ отъ закона и опирающимся на чувство права отдѣльныхъ общественныхъ круговъ установленіемъ права на данный случай, которое, если и не противится обобщенію, то все-таки остается, по преимуществу, формой индивидуальнаго и конкретнаго, а не общаго и абстрактнаго, подобно закону, правообразованія. Этотъ выводъ мы подкрѣпимъ теперь и нѣкоторыми историческими данными.

г) Вопреки господствующему мнѣнію, принимающему обычное право за первоначальный и древнѣйшій источникъ всякаго права, мы имѣемъ теперь основаніе утверждать, что юридическія сдѣлки и судебныя рѣшенія, несомнѣнно, болѣе древни, чѣмъ обычное право. По мнѣнію Мэна, которое уже приводилось нами, самыя раннія понятія, связанныя съ идеей права, были такъ назыв. „θемиды", т.-е. внушенныя свыше рѣшенія судебныхъ споровъ главою племени или другими авторитетными лицами, произносившими право на каждый отдѣльный случай. Если такіе „θемиды", изрекаемыя мѣстными авторитетами, предшествуютъ обычному праву, то греческій глава племени, о которомъ говоритъ Мэнъ и который обладаетъ военной, жреческой и судебной властью, представляетъ собою не исключительное явленіе. Съ такими же военачальниками и объединителями родовъ мы встрѣчаемся и у другихъ народовъ, въ эпоху образованія политическаго общества на развалинахъ общинно-родового быта, который остается внѣ кругозора Мэнъ. Кто же изрекаетъ право въ эту эпоху и какъ оно тутъ слагается? Если Мэнъ не отвѣчаетъ на этотъ вопросъ, то новѣйшія изслѣдованія первобытныхъ обществъ, которыя могутъ быть затронуты здѣсь лишь самымъ бѣглымъ образомъ, указываютъ на единообразія и общія стадіи развитія, дающія возможность намѣтить слѣдующую картину первоначальнаго образованія права.

Господство системы самоуправства уступаетъ постепенно мѣсто обращенію къ посредническому суду и вмѣшательству общины въ отправленіе правосудія. Общинныя собранія или сходы составляютъ главный органъ суда и управленія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и выработки обычнаго права. Такіе сходы или вѣча мы находимъ какъ у осѣдлыхъ, такъ и кочевыхъ народовъ; они собираются, смотря по различію условій, или періодически, черезъ опредѣленные промежутки времени, или постоянно, каждодневно, если община скучена въ одномъ мѣстѣ или селеніи. Въ этихъ сходахъ участвуютъ всѣ взрослые члены общины, но рѣшаютъ дѣла одни старики, эти „живыя книги мудрости", какъ говорятъ черкесы. Сходы эти не имѣютъ строго-опредѣленнаго характера и смѣшиваютъ всѣ функціи власти, не раздѣляя ихъ. Тутъ производится распредѣленіе земель и запасовъ, рѣшаются споры, которые не могутъ быть улажены старшинами, отчитывающимися здѣсь же и въ своихъ дѣйствіяхъ, обсуждаются и принимаются всѣ общія мѣры, устанавливаются внутренніе распорядки. Всякій можетъ обра-

титься къ суду стариковъ, который рѣшаетъ безразлично всѣ вопросы права, нравовъ и религіи, не отдѣляя ихъ другъ отъ друга уже потому, что правила, регулирующія въ общинно-родовомъ быту взаимныя отношенія членовъ общины, представляютъ одно общеобязательное и неразличимое цѣлое. Это—послѣдствіе отсутствія дифференціаціи, которой мы не находимъ въ первобытныхъ обществахъ, а также— строго-общинной формы, при которой нѣтъ мѣста для чисто-личной сферы. Все происходитъ и дѣлается вмѣстѣ, сообща. Нашъ крестьянинъ, несмотря на значительное разложеніе прежняго порядка, говоритъ до сихъ поръ „міръ приказалъ“ и исполняетъ безпрекословно его приказанія, не задаваясь вопросомъ: входятъ-ли эти приказанія въ компетенцію міра. Такимъ всесильнымъ представляется міръ въ его сознаніи.

На общинныхъ собраніяхъ обсуждаются и поступки отдѣльныхъ лицъ, подвергаясь такому строгому контролю общественнаго мнѣнія, что бороться съ нимъ ни у кого нѣтъ возможности. Выборъ тутъ одинъ: или подчиниться, или порвать связь съ общиной, сдѣлаться абрекомъ, отреченнымъ. Такой силой общественнаго контроля и солидарности объясняется и тотъ хорошо извѣстный фактъ, что обычныя нормы стоятъ въ подобныхъ обществахъ, какъ говоритъ Тейлоръ, на особой почвѣ преданія и общественнаго мнѣнія, и что единственнымъ наказаніемъ за нарушеніе этихъ нормъ оказывается общественное неодобреніе. Этимъ же объясняется рѣшающее значеніе въ обществахъ такого типа „выговора на сходѣ“, „оглашенія народнымъ крикуномъ“, „преданія всеобщему презрѣнію“, „лишенія общаго довѣрія“, „исключенія изъ общества“ и др. мѣръ, которыя кажутся столь слабыми и мало дѣйствительными членамъ современнаго общества. Обычай, регулирующій явленія жизни этого быта, не соотвѣтствуетъ нашему представленію объ юридической нормѣ. Онъ не представляетъ собою того неподвижно-установленнаго и обще-обязательнаго правила для всѣхъ будущихъ дѣйствій даннаго типа, какимъ является наше понятіе юридической нормы. Значеніе и процессъ образованія обычаевъ совсѣмъ иные. Они складываются и постепенно вырабатываются въ посредническихъ судахъ или на общинныхъ сходахъ, гдѣ, послѣ долгаго обсужденія путемъ общей думы старѣйшихъ членовъ общины или наиболѣе чтимыхъ авторитетовъ ея, дается рѣшеніе каждаго отдѣльнаго случая,—рѣшеніе, которое въ силу общаго закона приспособляемости становится типомъ или образцомъ и для послѣдующихъ, сходныхъ съ первымъ, рѣшеній. Поэтому обычай и есть не то общее, напередъ установленное и обязательное для всѣхъ правило на будущія дѣйствія, какимъ является законъ, а рѣшеніе только конкретнаго случая, которое, хотя и обобщается вслѣдствіе частой повторяемости, но допускаетъ и всевозможныя видоизмѣненія, по мѣрѣ особенностей вновь представляющихся случаевъ. Слѣдовательно, обычай есть, дѣйствительно, „θемида“, о которой говоритъ Мэнъ, но „θемида“ обобщенная, имѣющая впереди себя совершенно

конкретныя ѳемиды, посланныя не богами и изреченныя первоначально не племеннымъ вождемъ или жрецомъ, а либо посредническимъ судомъ, либо цѣлой сходкой или вѣчемъ автономной общины.

Образованіемъ обычнаго права путемъ постепеннаго приспособленія объясняются и всѣ присущія ему свойства: принципъ равнаго распредѣленія, выражаемый поговоркой „грѣхъ пополамъ", святость почитанія, превосходящая часто всѣ принудительныя санкціи, быстрое удовлетвореніе вновь нарождающимся потребностямъ жизни, за которыми не поспѣваетъ, по большей части, ни одно законодательство, и т. д. Не имѣя возможности останавливаться на этихъ чертахъ обычнаго права, возьмемъ еще нѣсколько данныхъ изъ англійскаго права, бросающихъ особый свѣтъ на противорѣчіе господствующей теоріи обычнаго права съ фактами дѣйствительности—тамъ, гдѣ мы видимъ это право дѣйствующимъ или въ настоящее время, или въ прошломъ.

Рядомъ со статутами, составляющими въ Англіи законодательство, обычное право служитъ здѣсь до сихъ поръ общимъ основаніемъ права. Оно слагается изъ двухъ неравныхъ частей: 1) common law и 2) customs. Послѣдніе, представляющіе собой мѣстные обычаи, немногочислены; они вымираютъ и ярко отражаютъ на себѣ вліяніе римско-канонической теоріи обычнаго права, съ ея требованіями постояннаго примѣненія, молчаливаго согласія народа (или его заинтересованныхъ круговъ), санкціи законодателя, и другими чертами той же теоріи, или прямо воспроизводимыми, или еще болѣе обостряемыми. Блэкстонъ, извѣстный англійскій юристъ XVIII в., устанавливаетъ для этого обычнаго права цѣлый рядъ сложныхъ правилъ, не имѣющихъ отношенія къ общему обычному праву (common law) и разсчитанныхъ непосредственно на то, чтобы парализовать, по возможности, дѣйствіе мѣстнаго права и подготовить его постепенное исчезновеніе. Такую цѣль преслѣдуютъ явно и правила, касающіяся доказательства и силы мѣстныхъ обычаевъ, подлежащихъ всегда ограничительному толкованію, и, особенно, правила о такъ наз. legality, или законности мѣстныхъ обычаевъ. Эта законность, безъ которой мѣстные обычаи не могутъ претендовать на оффиціальное признаніе, слагается изъ ряда такихъ многочисленныхъ и строгихъ условій, совокупность которыхъ можетъ встрѣтиться лишь въ рѣдкихъ случаяхъ. Вотъ главнѣйшія изъ этихъ условій: 1) незапамятная древность, границу которой составляетъ начало правленія Ричарда I; 2) непрерывность; 3) мирное упражненіе, предполагаемое общимъ конценсомъ или согласіемъ общества; 4) разумность; 5) опредѣленность смысла; 6) обязательность и т. д.

Для чего была нужна такая регламентація и почему ее не распространяли на общее обычное право? Блэкстонъ и его продолжатель Стифенсъ отвѣчаютъ на этотъ вопросъ, свидѣтельствуя о рѣдкости мѣстныхъ обычаевъ, какъ послѣднихъ переживаній того состоянія раздробленности права, которое въ Англіи, какъ и въ другихъ европейскихъ стра-

нахъ, составляло одно изъ несчастій среднихъ вѣковъ. Эта раздробленность мѣстныхъ обычаевъ уступала мѣсто съ успѣхами административной централизаціи господству общихъ обычаевъ, такъ какъ „каждый округъ, говоритъ Блэкстонъ, жертвовалъ частью своихъ собственныхъ обычаевъ для того, чтобы все королевство могло воспользоваться преимуществами единства въ правѣ". Но это пожертвованіе было, понятно, не добровольное, такъ какъ юридическій партикуляризмъ склонялъ голову только подъ постояннымъ и усиленнымъ воздѣйствіемъ на него королевской власти и ея судебныхъ агентовъ. Регламентація мѣстнаго обычнаго права и была однимъ изъ дѣйствительныхъ средствъ въ борьбѣ съ безконечнымъ раздробленіемъ права, за которымъ наступило торжество com. law, т.-е. общаго обычнаго права, примѣняющагося во всей странѣ.

Такимъ образомъ, примѣненіе римско-канонической теоріи къ мѣстнымъ обычаямъ Англіи было не юридическимъ построеніемъ, не попыткой научнаго объясненія этихъ обычаевъ, а лишь боевымъ противъ нихъ средствомъ; и, найдя себѣ подходящую почву, эта теорія, была примѣнена къ мѣстнымъ обычаямъ именно потому, что уничтоженіе ихъ составляло цѣль, которую желали достигнуть. Поэтому-же вліяніе римско-канонической теоріи оказалось ничтожнымъ на ту часть англійскаго обычнаго права, которая одна остается до сихъ поръ живой и продуктивной: это — com. law, или общее обычное право. Его тотъ же Блэкстонъ справедливо называетъ краеугольнымъ камнемъ всего англійскаго права, — такая характеристика остается вѣрной и для настоящаго времени, — и оно представляетъ собой не что иное, какъ практику англійскихъ судовъ. И, хотя Блэкстонъ и тутъ упоминаетъ о tacitus consensus populi и consuetudo, этихъ двухъ столпахъ римско-канонической теоріи, это упоминаніе дѣлается, въ противоположность тому, что мы констатировали въ отношеніи къ мѣстному обычному праву, вскользь и не сопровождается указаніемъ ни на условія дѣйствительности, ни на основные элементы com. law. Это и понятно, такъ какъ, разъ общее обычное право вырабатывается неограниченно судебной практикой, то анализъ его элементовъ и условій дѣйствительности дѣлается безполезнымъ, „Какъ распознать обычаи, входящіе въ common law — спрашиваетъ Блэкстонъ — и кто долженъ опредѣлять ихъ дѣйствительность? Это — судьи въ различныхъ инстанціяхъ судебныхъ учрежденій. Они — хранители обычаевъ, живые оракулы, рѣшающіе спорные случаи и обязанные постановлять свои рѣшенія согласно обычаямъ страны". Ихъ рѣшенія составляютъ не только главныя, но и единственныя доказательства обычнаго права. Отсюда Блэкстонъ приходитъ къ слѣдующему опредѣленію com. law: это — „общіе и незапамятные обычаи, объявляемые таковыми отъ времени до времени рѣшеніями судовъ" [1]).

[1]) Lambert, ук. соч., стр. 182—183.

Выраженіе „живые оракулы“ наводитъ на сближеніе дѣятельности англійскихъ судей въ области обычнаго права съ дѣятельностью колдуновъ въ области религіи. Первые открываютъ обычное право такъ же, какъ вторые открываютъ волю боговъ. Ни тѣ, ни другіе ничего оффиціально не создаютъ и не изобрѣтаютъ, но открываютъ и толкуютъ. Тѣ провозглашаютъ теперь обычай, какъ эти провозглашали нѣкогда божественную волю. Какъ воля боговъ, по древнему вѣрованію, предшествуетъ объявленію ея оракулами, такъ и англійскій обычай, по старому и удерживающемуся до сихъ поръ силой традиціи представленію англійскихъ юристовъ, существуетъ ранѣе того, чѣмъ онъ переводится на судебное рѣшеніе. Такимъ образомъ каждое правило обычнаго права проходитъ, какъ бы, двѣ стадіи развитія: одна предшествуетъ его судебному освященію, другая — слѣдуетъ за нимъ. Пока этого освященія нѣтъ, правило обычнаго права, хотя и существуетъ теоретически, есть нѣчто неизвѣстное и, какъ бы, непознаваемое не только для профана, но и для юриста. Всякій знаетъ, что обычай существуетъ, но онъ остается непроницаемымъ до тѣхъ поръ, пока его не объявляетъ судебное рѣшеніе. Открыть же обычай могутъ немногіе, одаренные, на подобіе колдуновъ, спеціальными способностями. Это — судьи. И какъ только они исполнятъ свою миссію оракуловъ, открывая обычай, все измѣняется. То, что было до того неясно и, можетъ быть, безразлично, получаетъ характеръ достовѣрности и постояннаго правила. И судью не спрашиваютъ о томъ, какъ онъ узналъ или угадалъ обычай. Проникать въ его тайны учитъ судью его должность: вступая въ нее, онъ присягаетъ въ томъ, что будетъ открывать эти тайны; поэтому уже его рѣшеніе есть самое выраженіе обычнаго права. Если вопросъ, уже рѣшенный однимъ судомъ, поднимается снова въ другомъ судѣ, то довольно сослаться на первое рѣшеніе, называемое въ этомъ случаѣ судебнымъ прецедентомъ, и показать тождество условій перваго рѣшенія съ тѣмъ, о которомъ идетъ дѣло въ данномъ случаѣ, чтобы это уже доказывало обычай, и судья обязывался сообразовать съ нимъ свое рѣшеніе. Слѣдовательно, обычай получаетъ практическое значеніе и дѣлается примѣнимымъ лишь съ тѣхъ поръ, какъ онъ впервые свидѣтельствуется судьей. Но съ этихъ поръ онъ составляетъ уже законъ. Судью не просятъ болѣе открывать этотъ обычай: онъ извѣстенъ и обязателенъ какъ для сторонъ, такъ и для него. Судья прилагаетъ теперь свою власть къ тому, чтобы обычай соблюдался, и судебные прецеденты такъ же обязательны, какъ законы.

Но спросимъ себя, соотвѣтствуетъ-ли дѣйствительности такое представленіе объ обычаѣ, какъ о чемъ-то существующемъ ранѣе своего утвержденія судебнымъ рѣшеніемъ? Соотвѣтствіе, несомнѣнно, существуетъ въ идеяхъ той среды, которая живетъ обычнымъ правомъ и, въ частности, англійскимъ обычнымъ правомъ, но о соотвѣтствіи этого представленія съ дѣйствительнымъ образованіемъ и функціонированіемъ обычнаго

права въ жизни не можетъ быть рѣчи. Приведемъ интересныя замѣчанія Мэна изъ его „Древняго права“ по поводу такъ наз. „легальныхъ фикцій“, которыя разъяснятъ настоящее противорѣчіе.

„Въ Англіи мы привыкли видѣть,—говоритъ Мэнъ,—что право измѣняется и совершенствуется при посредствѣ механизма, который въ теоріи считается неспособнымъ измѣнить существующее право. Когда дѣло идетъ о той значительнѣйшей части нашего права, которая содержится въ прецедентахъ и заключающихъ эти прецеденты сборникахъ судебныхъ рѣшеній, мы подчиняемся обыкновенно вліянію двухъ непостоянныхъ идей и переходимъ отъ одной изъ нихъ къ другой. Если извѣстный рядъ фактовъ подвергается обсужденію англійскихъ судей, то все, что говорятъ судьи и адвокаты, покоится на слѣдующемъ предположеніи: нѣтъ и не можетъ быть ни одного вопроса, который требовалъ бы примѣненія къ себѣ иныхъ началъ или иныхъ рѣшеній, чѣмъ тѣ, которыя издревле приняты. Считается абсолютно доказаннымъ, что гдѣ-то существуютъ юридическія нормы, примѣнимыя къ данному случаю, и если эти нормы не открыты, то происходитъ это только отъ недостатка терпѣнія, знанія или проницательности. Но какъ только рѣшеніе постановлено и зарегистровано, мы переходимъ, сами не замѣчая того, къ другой формѣ мысли и ея выраженія. Мы допускаемъ, что новое рѣшеніе могло измѣнить право, или говоримъ иногда, погрѣшая противъ точности языка, что примѣняемыя правила стали эластичнѣе. Въ дѣйствительности, эти правила подверглись измѣненію. Но мы не замѣчаемъ того, что старое правило уничтожено и замѣнено новымъ. Господствующая доктрина въ старину была, вѣроятно, та, что гдѣ-то, въ облакахъ или въ груди судей, существуетъ сводъ англійскаго права, хорошо связанный въ своихъ частяхъ, упорядоченный и достаточно полный для того, чтобы его доставало на всѣ возможныя комбинаціи фактическихъ условій. Въ эту доктрину вѣрили прежде гораздо больше, чѣмъ теперь, и это было, можетъ быть, не безъ основанія. Возможно, что судьи XIII в. имѣли въ своемъ распоряженіи сокровище законовъ, неизвѣстныхъ ни адвокатамъ, ни массѣ публики, и это возможно особенно потому, что у насъ есть основанія подозрѣвать, что судьи этого времени дѣлали часто и тайно весьма широкія и не всегда удачныя заимствованія изъ ходячихъ сочиненій по римскому и каноническому праву. Но этотъ арсеналъ законовъ закрылся, какъ только рѣшенія Вестминстерскаго суда стали настолько многочисленны, что на нихъ могла быть прочно построена цѣлая система судебныхъ рѣшеній. Съ этихъ поръ англійскіе юристы и начали выражаться такъ, какъ бы они дѣйствительно вѣрили въ то парадоксальное положеніе, что англійское право, если не считать статутовъ и рѣшеній судовъ справедливости, оставалось постоянно неизмѣннымъ. Мы не говоримъ, что наши суды создаютъ обычаи, мы предполагаемъ даже, что они никогда не создавали ихъ, и,

въ то же время, мы утверждаемъ, что правила англійскаго обычнаго права, съ нѣкоторой помощью рѣшеній канцлерскаго суда и парламента, настолько широки, чтобы удовлетворить всѣмъ сложнымъ интересамъ современнаго общества".

При свѣтѣ этого блестящаго анализа англійскаго обычнаго права, приведенное выше толкованіе Блэкстона, раздѣляемое до сихъ поръ большинствомъ англійскихъ и американскихъ юристовъ, представляется любопытной комбинаціей истины и фикціи. Истинно въ немъ признаніе того факта, что англійское обычное право развивалось въ теченіе ряда столѣтій сознательной дѣятельностью органовъ судебной власти, и что его преобразованія и успѣхи были исключительно дѣломъ судебной практики. Судебные прецеденты, регистрируемые въ безчисленныхъ томахъ сборниковъ судебныхъ рѣшеній, играютъ въ англійскомъ обычномъ правѣ роль, которую можно сравнить только съ положеніемъ, занимаемымъ въ правѣ европейскаго континента сборниками законовъ и ихъ кодификаціями. Это соображеніе вызываетъ, между прочимъ, возраженія Мэна противъ довольно укоренившейся, но не ставшей отъ этого болѣе правильной терминологіи, которая отождествляетъ обычное и „неписанное" право. Англійское com. law — несомнѣнно, обычное право, но не неписанное. Оно такъ же записано, какъ и законы, но не въ кодексахъ, а въ сборникахъ судебныхъ рѣшеній. Судья какъ въ Англіи, такъ и на континентѣ Европы, исполняетъ двойную миссію: 1) онъ поддерживаетъ уваженіе къ существующему праву примѣненіемъ тамъ—прецедентовъ, здѣсь—законовъ; 2) онъ содѣйствуетъ дополненію, исправленію и созданію права путемъ толкованія тамъ—главнымъ образомъ, закона, здѣсь—обычнаго права. Фикація англійской теоріи com. law имѣетъ въ виду скрыть вторую функцію дѣятельности судьи. Она приписываетъ творческіе продукты этой дѣятельности какой-то темной, безличной и мистической силѣ, представляющей, конечно, болѣе престижа, чѣмъ человѣческія учрежденія, подверженныя вліянію слабостей, предразсудковъ и страстей. Эта мистическая сила, овладѣвающая мыслью судьи, управляющая ею, на подобіе античнаго бога или колдуна, произносящая устами судьи свои рѣшенія и покрывающая ихъ своимъ авторитетомъ,—эта сила есть незапамятный обычай, освященный предположеніемъ всеобщаго признанія.

Мэнъ жестоко осмѣиваетъ англійскую фикцію, удерживаемую до сихъ поръ силой пріобрѣтенной привычки, и насмѣшки его надъ юристами своей страны падаютъ рикошетомъ и на континентальныхъ юристовъ, приписывающихъ законодателю ту же роль, которую въ англійской доктринѣ играетъ незапамятный обычай. Принимая догматъ всемогущества закона, европейскіе юристы ставятъ на счетъ законодателя всѣ нововведенія, осуществляемыя судебной практикой подъ напоромъ экономическихъ и иныхъ запросовъ. И англійская фикція позволяетъ намъ лучше видѣть несообразность континетальной фикціи.

Мы подчеркиваемъ особенно тотъ фактъ, что „незапамятный обычай", на который опираютъ разрѣшеніе новыхъ вопросовъ и регулированіе новыхъ отношеній, существуетъ, по прекрасному выраженію Мэна, только „въ облакахъ и въ груди судей". Но, быть можетъ, эта несомнѣнная химера въ наши дни была истиной въ отдаленномъ прошломъ? Com. law, питающееся теперь дѣятельностью судей, черпало, можетъ быть, прежде свои силы изъ обычаевъ, въ смыслѣ англійскихъ и нѣмецкихъ теоретиковъ? Мэнъ отвѣчаетъ и на этотъ вопросъ рѣшительнымъ отрицаніемъ, и это отрицаніе укрѣпляется свидѣтельствомъ историковъ права, наиболѣе компетентныхъ въ англійскихъ среднихъ вѣкахъ. Поллокъ и Мэтландъ, послѣ внимательнаго изслѣдованія источниковъ com. law и предшествовавшихъ ему мѣстныхъ обычаевъ, т.-е. практики сеньоральныхъ и другихъ средневѣковыхъ судовъ, приходятъ къ заключенію, въ своей классической работѣ по исторіи англійскаго права, что com. law было еще во времена Брактона, т.-е. въ XIII в., ничѣмъ инымъ какъ обычнымъ правомъ королевскихъ судовъ, или практикой этихъ судовъ. Они указываютъ намъ и на процессъ развитія этого обычнаго права, соотвѣтствующій ходу развитія всякой судебной практики путемъ примѣненія аналогіи и судебныхъ прецедентовъ. Быть можетъ, эта практика опиралась на предшествующую ей систему обычаевъ, въ смыслѣ римско-канонической теоріи? Нѣтъ, Поллокъ и Мэтландъ разсѣиваютъ и эту иллюзію. Они показываютъ, что норманское завоеваніе застало въ Англіи населеніе, жившее до того подъ различными системами права, и созданное этимъ обстоятельствомъ положеніе вещей обязывало королевскій судъ къ эклектизму и компромиссамъ. Судъ долженъ былъ опираться скорѣе на справедливость, чѣмъ на строгое положительное право, и это уже обязывало его скорѣе къ творчеству, чѣмъ къ воспроизведенію. Съ одной стороны, королевскій судъ, составленный изъ лицъ, большинство которыхъ не понимало по-англійски, не могъ считать себя связанымъ старыми саксонскими законами. Съ другой стороны, норманское обычное право не давало возможности регламентировать юридическія отношенія, возникшія изъ завоеванія и поселенія норманновъ на новой родинѣ. Поэтому норманскіе юристы и не могли прямо пересадить въ Англію норманское право. Они должны были мириться съ новой судебной практикой, руководимой судами, которыхъ личный составъ, хотя и былъ проникнутъ норманскими традиціями, оказывался вынужденнымъ справляться и съ мѣстными условіями. Поллокъ и Мэтландъ характеризуютъ эту практику такъ: „она была, по необходимости, гибкая, приспособляющаяся, поставленная лицомъ къ лицу съ положеніемъ вещей безъ прецедентовъ; она разрѣшала новые случаи новыми средствами, поддерживала равновѣсіе между королемъ и его баронами, воспріимчивая къ впечатлѣніямъ извнѣ, къ воспріятію каноническаго права, а, можетъ быть, и новой ломбардской науки,—и все это на фонѣ античнаго

міра“ [1]). Такимъ образомъ, правила, заложившія com. law, были продуктомъ сліянія, съ одной стороны, элементовъ, принадлежащихъ различнымъ источникамъ, а именно—англо-саксонскому, римскому, каноническому и, особенно, норманскому праву, и съ другой—оригинальныхъ созданій королевскаго суда. Слѣдовательно, источники com. law, какъ и его послѣдующаго развитія, лежатъ опять въ судебной практикѣ [2]).

Изъ всего изложеннаго видно, что господствующая теорія обычнаго права не выдерживаетъ и контроля исторіи, указывающаго на судебную практику, какъ на главный источникъ происхожденія и развитія этого вида права. Новыя и интереснѣйшія иллюстраціи къ этому же выводу по древне-еврейскому и мусульманскому праву можно найти въ цитированной выше книгѣ E. Lambert'a. Не имѣя возможности останавливаться на этихъ иллюстраціяхъ, обратимся теперь къ вопросу объ основаніи обязательнаго дѣйствія обычнаго права.

3. Основаніе обязательнаго дѣйствія обычнаго права.

Основаніе обязательной силы обычнаго права нельзя искать въ самомъ правѣ, которое есть его послѣдствіе и поэтому уже не можетъ быть его основаніемъ. Это основаніе лежитъ внѣ области права, и, именно, въ слѣдующемъ. Мы разсматриваемъ то, что насъ постоянно окружаетъ, что мы всегда наблюдаемъ и непрерывно примѣняемъ, не только какъ фактъ, но и какъ нѣчто долженствующее, нормативное и регулирующее наше сужденіе о томъ, что должно быть. И это мы наблюдаемъ въ области не только нравственныхъ и юридическихъ отношеній, но и тѣхъ безчисленныхъ нормъ, которыя управляютъ обиходомъ повседневной жизни. Большинство изъ насъ предпочитаетъ ту пищу, которая употребляется на родинѣ, ту красоту, которая запечатлѣна чертами родного племени, тотъ образъ жизни, который ведутъ близкіе намъ общественные круги, и т. д. Оставляя въ сторонѣ нормативную силу моды, общественныхъ нравовъ, предразсудковъ и т. д., укажемъ вскользь на одно наблюденіе изъ дѣтской жизни. Дѣти требуютъ обыкновенно повторенія разъ слышаннаго ими разсказа въ томъ видѣ и даже въ тѣхъ словахъ, какъ они привыкли его слышать, и всякое уклоненіе отъ этой формы кажется имъ ошибкой, подобно тому, какъ они же разсматриваютъ фактическое владѣніе своими игрушками, какъ такое состояніе, нарушеніе котораго ихъ оскорбляетъ. Отсюда, равно какъ и изъ множества другихъ однородныхъ наблюденій, можно заключить, что первыя представленія о долженствующемъ или нормативномъ возникаютъ

[1]) Pollock et Maitland, History of English Law, I, стр. 85—86, 152 и слѣд.
[2]) Lambert, ук. соч., стр. 174—199.

какъ исторически, такъ и психологически, изъ того, что существуетъ фактически, и степень нормативной силы этого фактически существующаго вовсе не зависитъ отъ его разумности. Существующее фактически можетъ быть впослѣдствіи раціонализировано, но его нормативное значеніе лежитъ въ томъ физіологическомъ и психическомъ свойствѣ нашей природы, въ силу котораго легче воспроизводится то, что нами было уже воспринято, чѣмъ то, что только приходится воспринимать.

Указанное отношеніе между фактическимъ и нормативнымъ выступаетъ въ области права рѣзче, чѣмъ гдѣ-нибудь. Каждый народъ считаетъ правомъ прежде всего то, что осуществляется фактически, какъ право. Продолжительное примѣненіе вызываетъ представленіе о нормативности примѣняемаго, и это представленіе обращается въ авторитетный приказъ общественной власти, т.-е. юридическую норму. Вотъ ключъ къ проблемѣ обычнаго права, обязательная сила котораго лежитъ не въ народномъ духѣ, не въ общемъ правосознаніи и не въ какомъ бы то ни было явномъ или молчаливомъ актѣ воли народа или его государя, но въ томъ психическомъ свойствѣ нашей природы, въ силу котораго фактъ, постоянно повторяющійся, возводится нами на степень нормативнаго [1]).

Римляне основывали, какъ извѣстно, силу обычая, вмѣстѣ съ силой закона, на „народной волѣ“, выраженіемъ которой считался какъ обычай, такъ и законъ. Этотъ способъ обоснованія обязательной силы обычнаго права нельзя считать правильнымъ уже потому, что „народная воля“, сама по себѣ, какъ и „духъ народа“, и другія подобныя же пустыя абстракціи, не объясняютъ ничего и никакъ не могутъ быть примирены съ существованіемъ обычнаго права отдѣльныхъ сословій, каковы: купечество, воинство, крестьянство, дворянство и другіе классы общества, обычное право которыхъ слагается, во всякомъ случаѣ, не при участіи всего народа. Кромѣ того, римское обоснованіе обычнаго права предполагаетъ республиканскую конституцію и не можетъ быть примѣнимо къ монархическимъ государствамъ, въ которыхъ обычное право играетъ часто роль не меньше той, какую оно играло въ Римѣ. Это указываетъ именно на то, что основаніе обычнаго права заключается не въ законодательной функціи народной воли, а въ силѣ фактическаго повторенія однихъ и тѣхъ же дѣйствій, складывающихся затѣмъ въ правовыя привычки, на которыхъ строится, наконецъ, и обычное право. Частое повтореніе какого-либо дѣйствія или постоянное воздержаніе отъ какого-либо дѣйствія вызываетъ необходимо привычку къ тому и другому, и то, что мы дѣлаемъ сначала подъ вліяніемъ настоятельной потребности или гнёта власти, превращается, при постоянномъ возвращеніи къ намъ этой потребности или гнёта власти, въ нашъ обычный образъ дѣйствія... Человѣкъ,

---

[1]) Gumplowicz, Allgemeines Staatsrecht, 1897, стр. 340 и слѣд. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900, стр. 307 и слѣд.

какъ говорятъ нѣмцы, есть „Gewohnheitsthier“—такъ же, какъ и мы говоримъ, что привычка есть вторая натура. Можно свыкнуться съ теченіемъ времени съ самой дикой властью, если она умѣетъ утверждать себя, и придти даже къ признанію, что эта власть соотвѣтствуетъ „естественному порядку вещей“. Еще легче свыкаются съ этой властью тѣ, кто держитъ ее въ своихъ рукахъ: имъ она съ теченіемъ времени представляется уже „высшимъ порядкомъ“, установленнымъ самимъ Богомъ.

Такимъ образомъ, природная сила привычекъ, управляющая людьми въ радости и въ горѣ, производитъ то, что состоянія, устанавливаемыя сначала насиліемъ, считаются, по прошествіи извѣстнаго промежутка времени, состояніями естественными, соотвѣтствующими высшему порядку, желанными Богомъ, другими словами—состояніями нравственными и правовыми. Иначе нельзя было бы объяснить установленіе и многовѣковое существованіе рабства и крѣпостничества. Слѣдуетъ сказать еще болѣе, а именно, что человѣкъ такъ чувствителенъ къ внѣшнимъ воздѣйствіямъ, что онъ позволяетъ окружающимъ его условіямъ воспитывать и формировать себя. То, что постоянно воспринимается или воздѣйствуетъ на него, дѣлается, въ концѣ концовъ, элементомъ его мышленія и основаніемъ его настроенія. Онъ не только разсматриваетъ фактическія состоянія, какъ нравственныя и юридическія, но эти состоянія такъ вліяютъ на его душевный строй, что онъ даже чувствуетъ и мыслитъ эти состоянія такъ, какъ бы они дѣйствительно представляли собой нравственный и правовой порядки. На этомъ основанъ и принципъ „легитимитета“, выводящій право изъ продолжительнаго признанія того или другого фактическаго состоянія, и это проливаетъ истинный свѣтъ не только на происхожденіе, но и на продолженіе разъ установленнаго правового порядка.

Такъ какъ фактическое стремится всегда превратиться въ нормальное, то оно даетъ въ правѣ мѣсто предположенію, что существующее соціальное состояніе есть то, которое существуетъ по праву, и что тотъ, кто хочетъ внести въ него какое-либо измѣненіе, долженъ доказать свое лучшее право. На этой мысли основана, прежде всего, защита владѣнія, какъ фактически существующаго отношенія, и если-бы юристы разсматривали институтъ владѣнія въ указываемой здѣсь связи его съ нормативной силой фактически существующаго, то ихъ разногласія въ этомъ ученіи были-бы давно устранены. Юридической защитой пользуется, наравнѣ съ правомѣрнымъ, и неправомѣрное владѣніе, недѣйствительный бракъ остается въ силѣ, пока судъ не признаетъ его недѣйствительности, наслѣдованіе по спорному завѣщанію охранено, пока судъ не постановляетъ рѣшенія въ пользу стороны, оспаривающей это завѣщаніе, и т. д. Точно такъ же въ публичномъ правѣ депутатъ, избранный въ какое-либо законодательное собраніе, остается законнымъ членомъ этого собранія до тѣхъ поръ, пока его избраніе не кассировано, и незаконность его избранія не оказываетъ вліянія на дѣйствительность тѣхъ

рѣшеній этого собранія, въ которыхъ онъ принимаетъ участіе. Если должностное лицо, ведущее акты гражданскаго состоянія, допускаетъ ошибку въ полѣ вносимаго въ эти акты рожденія, то свидѣтельства о рожденіи, соотвѣтствующаго дѣйствительному положенію дѣла, нельзя добиться прежде, чѣмъ судъ не прикажетъ произвести исправленіе въ регистрахъ гражданскаго состоянія. И извѣстное положеніе процессуальнаго права, возлагающее тяжесть доказательства на истца, есть не что иное, какъ частный случай примѣненія того же общаго принципа, по которому фактически существующее приравнивается къ существующему по праву. Даже государственные перевороты обсуждаются юридически съ той же точки зрѣнія, и узурпація государственной власти производитъ новое состояніе права, такъ какъ здѣсь не существуетъ инстанціи, которая могла бы по праву устранить совершенную узурпацію. Въ международномъ правѣ теорія „совершившихся фактовъ“ пользуется общимъ признаніемъ и покоится на той же мысли. Только фактическое обладаніе государственной властью даетъ право на представительство ея во внѣ, и если это обладаніе утрачено, то утрачено и право на его признаніе — по крайней мѣрѣ, во внѣшнихъ сношеніяхъ. Когда Англія признала въ 1860 г. Итальянское королевство, она прервала одновременно сношенія съ посломъ королевства обѣихъ Сицилій.

Сопоставляя всѣ указанныя явленія съ приведенными выше чертами обычнаго права, мы можемъ сказать, вмѣстѣ съ Іерингомъ, что его обязательное или юридическое дѣйствіе основано не на чемъ иномъ, какъ на „силѣ факта“ (die Macht der Thatsache), которой не можетъ противостоять, въ конечномъ счетѣ, ничто человѣческое. Отсюда мы перейдемъ къ вопросу, представляющему особый догматическій интересъ, а именно — отношенію обычнаго права къ закону и его юридической силѣ.

4. Отношеніе обычнаго права къ закону.

Обычное право сравнительно съ правомъ, основанномъ на законѣ, есть въ большинствѣ случаевъ предшествующій ему по времени источникъ права. Но въ числѣ источниковъ обычнаго права мы встрѣчаемся нерѣдко и съ закономъ, когда память объ этомъ послѣднемъ утрачивается и переходитъ въ практику обычнаго права. Такъ, въ современномъ обычномъ правѣ кавказскихъ горцевъ и, вообще, народностей, населяющихъ Кавказскій край, мы находимъ множество положеній, заимствованныхъ изъ Зендъ-Авесты, Шаріата, еврейскаго законодательства, законовъ греческихъ, римскихъ, грузинскихъ, армянскихъ и т. д. [1]). И такіе извѣстные памятники европейскихъ среднихъ вѣковъ, какъ Саксонское и

[1]) М. Ковалевскій, „Законъ и обычай на Кавказѣ“,

Швабское Зерцала, содержатъ въ себѣ не мало слѣдовъ римскаго права, каролингскихъ капитуляріевъ, Моисеевыхъ законовъ, положеній феодальнаго права и т. д. [1]).

Тѣмъ не менѣе, обычное право, по общему правилу, предшествуетъ праву, основанному на законѣ уже потому, что первое есть индивидуальное и конкретное, а второе—общее и абстрактное правообразованіе. Поэтому всѣ древнѣйшіе сборники положительнаго права представляютъ собой въ то же время и сборники юридическихъ обычаевъ. Таковы, напр., римскія XII таблицъ, германскія Leges barbarorum, Зерцала среднихъ вѣковъ, наша Русская Правда и проч. Но эти сборники не обнимаютъ собой всего существующаго во время ихъ дѣйствій обычнаго права; рядомъ съ ними живетъ и примѣняется въ широкомъ объемѣ никѣмъ еще не записанное, или такъ назыв. „неписанное“ обычное право. Такъ, германскіе шеффены не сомнѣваются въ томъ, что неписанное обычное право есть такое же дѣйствительное право, какъ и писанное, вполнѣ годное для примѣненія и имѣющее одинаковую силу съ закономъ. Въ случаяхъ сомнѣнія или недостатка въ положительныхъ нормахъ они обращаются къ свѣдущимъ въ правѣ людямъ, которые сообщаютъ положенія неписаннаго обычнаго права, полагаемыя затѣмъ въ основаніе рѣшенія спорнаго случая.

Но если среди отдѣльныхъ классовъ общества, какъ-то: крестьянства, купечества, дворянства и т. д., обычное право получаетъ нерѣдко такую силу, что его отстаиваютъ отъ всякихъ нововведеній, заставляютъ почитать за святыню и связываютъ возникновеніе его съ именами легендарныхъ героевъ и законодателей, то уже въ средніе вѣка мы наблюдаемъ и обратное теченіе. Народное обычное право постепенно ограничивается сначала каноническимъ правомъ, борющимся съ партикулярными правообразованіями внутри церкви, а потомъ и сливающейся съ нимъ теоріей легистовъ, которая, ссылаясь на спорныя мѣста римскихъ источниковъ, всячески затрудняетъ условія примѣненія обычнаго права для того, чтобы подчинить его государственному законодательству. Далѣе, область примѣненія обычнаго права суживается рецепціей римскаго права, такъ же направленной противъ партикуляризмовъ въ правѣ, отождествляемыхъ съ тѣмъ же обычнымъ правомъ. Большое вліяніе въ томъ же смыслѣ оказывается и школой „естественнаго права“, объявляющей войну обычному праву во имя разума, и новыми представленіями о государственной власти, какъ единственномъ источникѣ положительнаго права, само-собой отодвигающими обычное право на задній планъ.

Однако, и независимо отъ указываемыхъ вліяній, потеря обычнымъ правомъ своего прежняго значенія является результатомъ какъ объяснен-

---

[1]) Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, стр. 622 — 630. Schultze, das Civilrecht und Process in ihren Wechselbeziehungen.

ной выше природы этого источника права, такъ и измѣнившагося строя новыхъ обществъ. Общее правосознаніе и соотвѣтствующая ему практика юридическихъ дѣйствій могутъ возникнуть и развиться, какъ это было уже показано, лишь въ однородныхъ общественныхъ группахъ, находящихъ именно въ своей однородности элементы той общности права, которой повинуются всѣ члены этихъ группъ. Небольшія и крѣпко сплоченныя общества такъ же благопріятствуютъ развитію обычнаго права, какъ большія, централизованныя и разъединенныя противоположностью интересовъ составляющихъ ихъ группъ общества новаго времени подавляютъ это развитіе. Смѣшеніе расъ, вступленіе въ національную жизнь интернаціональнаго элемента, осложненіе соціальныхъ отношеній — вызываютъ необходимость сильной государственной власти, которая все болѣе и болѣе раздвигаетъ границы новыхъ обществъ и дѣлаетъ общее правосознаніе въ формѣ обычаевъ все менѣе и менѣе осуществимымъ. Обычное право, свободно развивающееся въ такихъ автономныхъ общинахъ, какъ городъ, корпорація и другія общественныя организаціи, подчиненныя общему суверенитету государства, само собой падаетъ въ своемъ значеніи, когда эти общины теряютъ свою автономію. И если это явленіе наблюдается уже въ римскомъ правѣ [1]), то оно еще замѣтнѣе въ несравненно лучше извѣстномъ намъ правѣ европейскихъ народовъ, гдѣ дѣйствіе обычнаго права оказывается тѣмъ слабѣе, чѣмъ сильнѣе государственная централизація, и обратно. Даже Англія, сохраняющая до сихъ поръ обычное право въ формѣ судебныхъ рѣшеній (common law), какъ главный источникъ своего права, давно стѣснила примѣненіе у себя всякаго мѣстнаго и народнаго обычнаго права, а съ половины XIX в. выдвинула на первый планъ, подобно другимъ народамъ, законодательное и кодифицированное право. То же самое, и въ усиленной степени, можно сказать о Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки, гдѣ старинное англійское common law все болѣе и болѣе отступаетъ передъ писаннымъ правомъ новой формаціи, отражающемъ на себѣ международный космополитизмъ.

Такой переходъ господствующей роли отъ обычнаго права къ закону тѣмъ понятнѣе, что законъ представляетъ несомнѣнныя преимущества для регулированія новыхъ отношеній общественной жизни, все менѣе и менѣе укладывающихся въ нормы обычнаго права. Это послѣднее живетъ, такъ сказать, въ сознаніи отдѣльныхъ лицъ или отдѣльныхъ наслоеній этихъ лицъ, въ формѣ болѣе или менѣе неясныхъ и смутныхъ правилъ, смѣшанныхъ, притомъ, съ правилами нравственности и религіи. Руководство такими правилами, вслѣдствіе ихъ неопредѣленности и указанной выше соціальной опасности, дѣлается съ теченіемъ времени чрезвычайно стѣснительнымъ, и законодательныя нормы выдвигаются на

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechts, 1880, II, 1, стр. 39—40.

первый планъ самимъ развитіемъ гражданской жизни. Эти нормы исходятъ отъ организованной съ извѣстными гарантіями для всѣхъ законодательной власти, которая, если и не отвлекается, то способна, по крайней мѣрѣ, отвлекаться отъ классовыхъ интересовъ и, спеціализируя юридическое мышленіе, формулируетъ общія и технически выработанныя правила, удовлетворяющія лучше обычаевъ потребностямъ развитого гражданскаго оборота. Неопредѣленность обычнаго права, съ ея неизбѣжными послѣдствіями—трудностью установленія и неравномѣрностью примѣненія, зависящими, главнымъ образомъ, отъ неизвѣстности того, можно-ли въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказать обычай,—вызываютъ такую необезпеченность права, которая отзывается вреднѣйшими послѣдствіями на всемъ гражданскомъ оборотѣ. Въ первоначальныя стадіи развитія, при господствѣ народныхъ судовъ, эти послѣдствія могутъ быть и не очень замѣтны. Тѣмъ рѣзче они чувствуются на высшихъ ступеняхъ развитія, когда, въ особенности, суды подпадаютъ вліянію имущихъ классовъ общества и, пользуясь неопредѣленностью обычнаго права, давятъ другіе классы. Интересную иллюстрацію къ такому положенію дѣла представляетъ опять исторія римскаго права, гдѣ вліяніе сначала патриціевъ, а потомъ имущихъ классовъ вообще, положило свою печать почти на всѣ институты гражданскаго права.

Что касается преимуществъ закона передъ обычнымъ правомъ, то, не говоря о сравнительной легкости формулированія, распознаванія и примѣненія закона, несравненно бо́льшей обезпеченности охраняемыхъ имъ правъ и высшей техникѣ, мы укажемъ еще разъ на его соціальное превосходство, состоящее въ томъ, что односторонніе классовые интересы выступаютъ въ немъ рѣже и, во всякомъ случаѣ, умѣреннѣе, чѣмъ при обычномъ правѣ. Въ законодательствѣ участвуютъ не одни господствующіе классы общества: не говоря о главѣ государственной власти, который не всегда съ ними, они должны считаться въ парламентахъ и съ представительствомъ другихъ классовъ общества, уравновѣшивающихъ часто ихъ силу. Вспомнимъ, напр., что въ Англіи, которая справедливо считается классической страной парламентаризма, лэндъ-лорды, т.-е. представители крупнаго землевладѣнія, объединенные въ партію тори, должны были отказаться отъ пошлины на хлѣбъ только потому, что противъ нихъ оказались соединенные интересы капитала и труда, точно такъ же, какъ партія виговъ, представляющая, по преимуществу, интересы денежнаго капитала, должна была согласиться на фабричные законы потому, что за нихъ стояла угрожающая сила рабочаго класса въ союзѣ на этотъ разъ съ партіей торіевъ-землевладѣльцевъ. То-же явленіе мы наблюдаемъ и въ Германіи, гдѣ по однимъ вопросамъ борятся радикалы, представляющіе интересы капитала, въ союзѣ съ соціалистами, противъ юнкеровъ, представляющихъ интересы землевладѣнія, тогда какъ по другимъ вопросамъ юнкеры въ союзѣ съ соціалистами оказываются противъ радикаловъ. Примемъ въ соображеніе

и то, что въ отношеніи къ законодательству, состоящему подъ контролемъ общественнаго мнѣнія, господствующіе классы лишь въ рѣдкихъ случаяхъ могутъ проводить открыто свои исключительно классовые интересы, между тѣмъ какъ въ темномъ дѣлѣ ежедневной практики они ничѣмъ не стѣснены. Укажемъ на знаменитую ночь 4-го августа 1789 г., въ которую дворянство и духовенство во Франціи отреклись путемъ законодательства отъ своихъ феодальныхъ правъ, и на все современное рабочее законодательство, которое никогда не могло бы развиться на пути обычнаго права.

Таковы преимущества закона передъ обычаемъ, и они, съ одной стороны, обусловливаютъ на высшихъ стадіяхъ общественнаго развитія постепенное вытѣсненіе послѣдняго первымъ, а съ другой — устанавливаютъ въ обществѣ ту твердость и обезпеченность права, безъ которыхъ современный гражданскій оборотъ потерялъ бы все свое огромной важности значеніе.

Изъ сказаннаго не слѣдуетъ только дѣлать заключенія объ устраненіи обычнаго права даже въ системѣ современнаго намъ правопорядка. Съ появленіемъ закона обычное право не исчезаетъ, а продолжаетъ дѣйствовать, въ качествѣ самостоятельнаго источника права, оказывающаго еще во многихъ случаяхъ чрезвычайно цѣнныя услуги. Это существованіе обычая рядомъ съ закономъ и при господствѣ закона объясняется слѣдующими причинами. Во-1), законодательныя нормы, сколько бы совершенствъ имъ не приписывалось, не могутъ исчерпать всей области гражданскихъ отношеній. Какъ бы законодательная власть ни была предусмотрительна, и какъ бы она ни старалась идти въ уровень съ жизнью, эта послѣдняя развивается, не дожидаясь законодательства, и представляетъ всегда рядъ отношеній, которыя, не получивъ законодательной регламентаціи, требуютъ настоятельно юридической защиты. Судья долженъ разрѣшить возникшій споръ, не взирая на то, существуетъ ли подходящій къ нему законъ. Однимъ же изъ наиболѣе практикуемыхъ и лучше всего достигающихъ цѣли способовъ защиты ненормированныхъ еще въ законодательномъ порядкѣ отношеній представляется защита ихъ именно въ формѣ юридическихъ обычаевъ. Во-2), мы уже замѣчали, что обычное право—въ силу какъ процесса своего образованія, такъ и своей практической функціи въ жизни,—отличается несравненно бо́льшей эластичностью, чѣмъ законъ, и способностью къ индивидуализаціи рѣшенія отдѣльныхъ случаевъ. Оно допускаетъ различные оттѣнки въ своемъ примѣненіи, сообразно съ особенностями конкретныхъ случаевъ, и этимъ прекрасно дополняетъ, въ интересахъ справедливости, дѣйствіе законовъ, выступающихъ, по бо́льшей части, въ формѣ твердыхъ и неподвижныхъ нормъ съ характеромъ шаблона. Индивидуализируя и исправляя въ этомъ смыслѣ законъ, обычай служитъ ему полезнымъ коррективомъ. Въ-3), населеніе многихъ государствъ до нашихъ дней такъ

разнообразно, что одно и то же законодательство не въ состояніи удовлетворить потребностямъ всѣхъ частей этого населенія. Такъ, наприм., нашу страну населяетъ множество народовъ, живущихъ въ особыхъ и, притомъ, совершенно различныхъ общественныхъ, религіозныхъ и экономическихъ условіяхъ. Подчинить всѣ эти народы одному и тому же законодательству, до котораго многіе изъ нихъ не доросли, и которое, во всякомъ случаѣ, имъ чуждо и не способно удовлетворить потребностямъ ихъ быта, было бы неполитично и несправедливо. Поэтому народностямъ, стоящимъ на низшихъ ступеняхъ гражданственности, предоставляется право руководствоваться въ ихъ юридической жизни существующими у нихъ мѣстными обычаями. Законы дѣйствуютъ, по преимуществу, для той части населенія, которая можетъ понимать ихъ и живетъ общей гражданской жизнью.

5. Сила обычнаго права въ европейскихъ законодательствахъ.

Въ отношеніи къ вопросу о силѣ обычнаго права всѣ европейскія законодательства можно раздѣлить на двѣ группы. Первая группа усваиваетъ себѣ точку зрѣнія XVIII в. на необходимость для обычнаго права законодательной санкціи и допускаетъ примѣненіе этого источника права лишь настолько, насколько самъ законъ въ отдѣльныхъ случаяхъ указываетъ на него. Дальше всѣхъ въ такомъ отрицательномъ отношеніи къ обычному праву идетъ саксонское гражданское уложеніе, которое отказываетъ ему въ своемъ § 28 даже въ значеніи источника права и считаетъ его только средствомъ толкованія юридическихъ сдѣлокъ. Приблизительно на той же точкѣ зрѣнія стоятъ, какъ мы это увидимъ, и австрійское гражданское уложеніе, и, отчасти, прусскій, баденскій, французскій и многіе другіе европейскіе кодексы. Вторая группа современныхъ законодательствъ, затронутая ученіемъ исторической школы о самостоятельности обычнаго права, ставитъ его наравнѣ съ закономъ: оба источника права должны одинаково служить основаніемъ для судебныхъ рѣшеній. Но этотъ взглядъ, проводимый послѣдовательно только въ римскомъ и, отчасти, англійскомъ правѣ, и поддерживаемый сравнительно небольшимъ числомъ новыхъ юристовъ, среди—которыхъ слѣдуетъ особенно отмѣтить Пухту въ Германіи и Beudant во Франціи [1]),—такъ же приспособляется къ доминирующей роли закона въ современномъ правопорядкѣ и различаетъ такъ наз. дерогативную силу обычнаго права отъ субсидіарной. Подъ первой разумѣютъ образованіе обычнаго права, проти-

[1]) Puchta, Vorlesungen, I, стр. 33, 454. Ch. Beudant, Cours du droit civil français, Introduction, 1896, стр. 61—65, 110—112.

ворѣчащаго закону (contra legem), и, слѣдов., отмѣну имъ закона, происходящую или путемъ созданія новой нормы обычнаго права (consuetudo abrogatoria), или путемъ простого несоблюденія закона безъ замѣны его новой нормой (desuetudo). Подъ второй понимаютъ только восполненіе и развитіе закона (praeter legem) въ случаяхъ представляемыхъ имъ пробѣловъ и неясностей.

Принимая, въ общемъ, субсидіарное дѣйствіе обычнаго права, господствующее теперь теченіе какъ въ юридической теоріи, такъ и въ законодательной практикѣ не только отвергаетъ дерогативную силу обычнаго права, т.-е. отмѣну имъ закона, но и считаетъ возможнымъ запрещеніе послѣднимъ перваго [1]). То и другое положеніе опирается на суверенитетъ государственной власти, находящій свое выраженіе въ законѣ и не уступающій никакой противорѣчащей ему волѣ. Это разсужденіе предполагаетъ зависимость обычнаго права отъ закона и общность обязательной силы того и другого. Но мы уже знаемъ, что обычное право образуется независимо отъ закона и покоится на соображеніяхъ, не имѣющихъ ничего общаго съ государственнымъ суверенитетомъ. Поэтому и столкновеніе этого суверенитета съ обычнымъ правомъ логически невозможно и, во всякомъ случаѣ, не можетъ имѣть для этого послѣдняго рѣшающаго значенія,—тѣмъ болѣе, что обычное право и примѣняется судьей вовсе не потому, чтобы это было предписано ему закономъ, а потому, что оно представляетъ собой столь же обязательную и самостоятельную юридическую норму, какъ и законъ. Другія соображенія въ пользу дерогативной силы обычнаго права мы приведемъ ниже, когда будемъ говорить объ отношеніи къ этому вопросу новаго нѣмецкаго уложенія, и вспомнимъ здѣсь только о томъ, что отмѣна закона противной ему практикой обычнаго права (desuetudo) допускалась не только старыми французскими юристами, жившими до изданія Code civil, но и первыми комментаторами этого кодекса [2]), равно какъ и многими нѣмецкими законодательствами. Баварскій Landrecht (I, 2 § 15) принимаетъ дерогативную силу обычнаго права за исключеніемъ случаевъ противорѣчія

---

[1]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, 9-te Aufl, I, стр. 93. Въ болѣе раннихъ изданіяхъ своего курса Виндшейдъ держался взгляда Пухты и говорилъ: „Законъ не можетъ предписать того, чтобы право не было правомъ; онъ такъ же мало можетъ отнять силу у будущаго обычнаго права, какъ и у будущаго закона". Но и въ послѣдующихъ изданіяхъ того же курса, допуская отмѣну закономъ обычнаго права, Виндшейдъ допускаетъ въ то же время и отмѣну такого закона обычнымъ правомъ, если въ его основаніи лежитъ практика, отвергающая силу этого закона. Штаммлеръ (Wirthschaft und Recht) объясняетъ это слѣдующимъ образомъ: обычное право образуется въ подобныхъ случаяхъ не на основаніи отрицающаго его правопорядка, а вопреки ему и съ его нарушеніемъ; это—одинъ изъ случаевъ возникновенія права изъ его нарушенія.

[2]) Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, стр 348—350.

его абсолютно-повелительнымъ законамъ, а вюртембергское право (1610 г.), хотя и считаетъ обычное право въ отношеніи къ дѣйствующему писанному праву (Landrecht'у) субсидіарнымъ источникомъ, не могущимъ стоять въ противорѣчіи съ послѣднимъ, все-таки утверждаетъ его преимущество передъ другими источниками, какъ, напр., римскимъ и каноническимъ правомъ. Въ Брауншвейгѣ и Гамбургѣ за обычнымъ правомъ признаютъ такъ же не только значеніе восполненія законовъ, но и способность отмѣнять право, основанное на законѣ [1]),—что въ настоящее время составляетъ, вообще, исключеніе и характеризуетъ отношеніе къ обычному праву мелкихъ законодательствъ, стоящихъ, въ большинствѣ случаевъ, въ болѣе тѣсной связи какъ съ римскимъ правомъ, такъ и со своими мѣстными источниками права.

Что касается большихъ законодательствъ Пруссіи, Франціи и Австріи, то имъ приписываютъ обыкновенно совершенно отрицательное отношеніе къ обычному праву. Прусскій Landrecht (введеніе, ст. 1, 3, 4, 60) не признаетъ его въ принципѣ общимъ источникомъ права и прямо отвергаетъ противорѣчащее закону обычное право; не признаетъ и восполненія обычнымъ правомъ пробѣловъ дѣйствующаго законодательства, если только дѣло идетъ не о партикулярномъ или мѣстномъ обычномъ правѣ, которое остается въ силѣ до тѣхъ поръ, пока не послѣдуетъ кодификаціи мѣстнаго права. Но въ Пруссіи кодифицировано до сихъ поръ партикулярное право только двухъ провинцій, такъ что въ остальныхъ провинціяхъ мѣстное обычное право продолжаетъ дѣйствовать. Еще враждебнѣе къ обычному праву австрійскій гражданскій кодексъ, котораго § 10 допускаетъ обычное право только въ тѣхъ случаяхъ, когда на него ссылается законъ. Во французскомъ кодексѣ нѣтъ прямого постановленія относительно того, возможно или нѣтъ дальнѣйшее правообразованіе путемъ обычая, но вся нѣмецкая и преобладающее теченіе во французской юриспруденціи считаютъ безспорнымъ то положеніе, что обычное право въ силу Code civil имѣетъ значеніе лишь настолько, насколько онъ самъ ссылается на него въ отдѣльныхъ статьяхъ. Это положеніе оспариваютъ въ послѣднее время, изъ болѣе или менѣе извѣстныхъ во Франціи юристовъ, Beudant и Geny, при чемъ первый приписываетъ обычному праву даже дерогативную, а второй—только субсидіарную силу. И если первое изъ этихъ утвержденій можно считать при дѣйствіи французскаго кодекса недостаточно обоснованнымъ, то въ пользу субсидіарной силы обычнаго права, не ограниченной однѣми ссылками на него кодекса, приводится такъ много убѣдительныхъ доводовъ, что на нихъ нельзя не сдаться [2]). То же, что

[1]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, I, стр. 174 и слѣд. Wächter, Handbuch des im Königreiche Würtemberg geltenden Privatrechts, II, стр. 36—40.

[2]) Geny, указ. соч., стр. 354 и слѣд.

во Франціи, имѣетъ мѣсто въ Голландіи, Баденѣ, Бельгіи и т. д., гдѣ обычное право или вовсе не признается, или признается только въ субсидіарномъ смыслѣ.

Объяснять такое враждебное отношеніе современныхъ кодексовъ къ обычному праву временемъ составленія этихъ кодексовъ, когда единственно всесильный источникъ права видѣли въ законодательствѣ, можно только отчасти, такъ какъ равно враждебно къ обычному праву относится и саксонскій кодексъ, изданный лишь во второй половинѣ прошлаго столѣтія и отвергающій его въ смыслѣ какъ восполненія, такъ и отмѣны закона. Нельзя считать исключеніемъ въ этомъ отношеніи и германскаго торговаго уложенія 1861 г., котораго § 1, нынѣ отмѣненный, гласилъ: „Къ торговымъ дѣламъ примѣняются, если въ торговомъ законодательствѣ нѣтъ особыхъ опредѣленій, торговые обычаи, а въ случаѣ ихъ отсутствія — общее гражданское право“. Это было признаніемъ субсидіарной, а не дерогативной силы обычнаго права, и оно исключало всякое противорѣчащее существующимъ законамъ правообразованіе путемъ обычая. Поэтому и исключеніе приведенной статьи изъ состава новаго нѣмецкаго торговаго уложенія послужитъ скорѣе въ пользу, чѣмъ во вредъ болѣе широкому примѣненію обычнаго права и къ торговымъ дѣламъ. Однако, первый проектъ новаго нѣмецкаго гражданскаго уложенія не удовольствовался и такимъ тѣснымъ опредѣленіемъ области обычнаго права, отказавъ ему въ силѣ не только отмѣнять или измѣнять, но и восполнять существующее право. § 2 этого проекта постановлялъ: „нормы обычнаго права дѣйствуютъ лишь постольку, поскольку на нихъ указываетъ законъ“. Это было равносильно исключенію обычнаго права изъ числа источниковъ права, такъ какъ, разъ оно примѣняется лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда на него указываетъ законъ, то основаніе его обязательной силы лежитъ не въ немъ, а въ законѣ. Оно есть право только потому, что его дѣлаетъ таковымъ законъ, ни разу, вдобавокъ, и не ссылающійся на него! [1]).

Противъ подобнаго отношенія къ обычному праву можно привести слѣдующія соображенія. Если обычай дѣлается общимъ и постояннымъ, возбуждая увѣренность въ своей обязательности, то воспрещающій его законъ остается все равно безъ силы. Съ другой стороны, устарѣлые и не соотвѣтствующіе правовому сознанію даннаго общества законы производятъ часто такое противорѣчіе между закономъ и господствующимъ правосознаніемъ, такое нарушеніе чувства права и общественнаго интереса, что, при обыкновенной медлительности и неповоротливости законодательной иниціативы и законодательнаго аппарата, обычное право оказывается единственнымъ или, во всякомъ случаѣ, предпочтительнымъ передъ субъективнымъ усмотрѣніемъ судьи средствомъ для возстановленія

[1]) Oertmann, Volksrecht und Gesetzrecht, стр. 19.

нарушеннаго между правомъ и закономъ равновѣсія. При измѣнчивости всѣхъ человѣческихъ отношеній и обусловленной мѣстными причинами косности законодательства обычное право можетъ въ извѣстной мѣрѣ удовлетворять и потребности въ измѣненіи существующаго права.

Составители проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія не хотѣли считаться съ этими соображеніями и указывали въ мотивахъ къ нему на дѣятельность законодателя и помощь юриспруденціи, какъ на противовѣсъ тѣмъ ограниченіямъ, которымъ они подчиняли обычное право. Но это указаніе едва ли можно считать достаточнымъ, такъ какъ трудно допустить, чтобы редакторы нѣмецкаго проекта не знали, что ни одно законодательство не въ силахъ все предвидѣть и упразднить восполняющую функцію обычнаго права въ смыслѣ, по крайней мѣрѣ, communis opinio, т.-е. права юристовъ и судебной практики. Иначе пришлось бы думать, что они стояли за безсмысленную фикцію законодательства, способнаго одними своими опредѣленіями отвѣтить на всѣ запросы жизни. Болѣе значенія имѣетъ другое обстоятельство, указывающее на настоящее основаніе вражды авторовъ нѣмецкаго проекта къ обычному праву. Это—выражаемое ими же опасеніе, что признаніе обычнаго права повредило бы главной цѣли кодификаціи: созданію единаго общегерманскаго гражданскаго права [1]). Но и этимъ опасеніемъ можно было бы оправдать противодѣйствіе образованію партикулярнаго, а не общаго для Германіи обычнаго права, которое, при всей проблематичности своего установленія путемъ всенародныхъ обычаевъ, несомнѣнно утверждается практикой судовъ и, въ особенности, практикой высшаго имперскаго суда, ни мало не грозя существованію единой имперіи.

Предложенная проектомъ редакція встрѣтилась и въ нѣмецкой юридической литературѣ съ сильными возраженіями, предъявленными къ ней, главнымъ образомъ, Гирке и Шуппе [2]). Первый изъ этихъ юристовъ считалъ даже весь проектъ гражданскаго уложенія непріемлемымъ, если бы въ немъ была удержана приведенная выше статья объ обычномъ правѣ. И поднятая противъ нея агитація увѣнчалась успѣхомъ, такъ какъ эта статья исчезла изъ уложенія въ его окончательной редакціи, вовсе не упоминающей объ обычномъ правѣ. Тотъ же образъ дѣйствія былъ принятъ и въ отношеніи къ новому торговому уложенію 1897 г., изъ котораго была вычеркнута ст. 1 уложенія 1861 г., говорившая о субсидіарномъ дѣйствіи обычнаго права предпочтительно передъ гражданскимъ, но не торговымъ законодательствомъ. Только умолчаніе обоихъ кодексовъ объ обычномъ правѣ слѣдуетъ понимать не въ смыслѣ исключенія этого послѣдняго изъ числа источниковъ права, а въ смыслѣ

---

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1888, I, стр. 3—10.

[2]) Gierke, Der Entwurf eines B. G. und das deutsche Recht, 2-te Aufl., 1889, стр. 122—130. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, стр. 150—163.

передачи вѣдѣнію науки всѣхъ вопросовъ, касающихся условій примѣненія и предѣловъ дѣйствія обычнаго права. Изъ протоколовъ 2-й коммиссіи по составленію нѣмецкаго гражданскаго уложенія и преній въ рейхстагѣ по тому же уложенію ясно видно, что нѣмецкіе законодатели, не пожелавъ допустить образованіе партикулярнаго обычнаго права, противорѣчащаго имперскому законодательству, согласились, однако, признать общее обычное право, въ смыслѣ не только восполняющемъ, но и отмѣняющемъ противорѣчащее ему имперское законодательство. Таково, по крайней мѣрѣ, мнѣніе большинства и, притомъ, лучшихъ изъ комментаторовъ новаго нѣмецкаго уложенія, ссылающихся, сверхъ приведенныхъ выше соображеній, и на тотъ аргументъ, что какъ въ законѣ о введеніи въ силу новаго уложенія (Einführungsgesetz), такъ и въ имперскомъ кодексѣ гражданскаго судопроизводства 1877 г. подъ закономъ разумѣется всякая юридическая норма, а, слѣдовательно, и обычное право. Этимъ самымъ признано—по крайней мѣрѣ, косвенно—обязательное дѣйствіе обычнаго права, наравнѣ съ закономъ, и такое же отношеніе къ нему имперскаго законодательства, какъ и къ закону. Не допуская противорѣчащихъ себѣ партикулярныхъ законовъ, оно не допускаетъ противорѣчія съ собой и партикулярныхъ обычаевъ; но допуская отмѣну послѣдующимъ имперскимъ закономъ предшествующаго имперскаго же закона, оно должно допускать и отмѣну позднѣйшей нормой общаго или имперскаго обычнаго права болѣе ранней нормы общаго или имперскаго закона [1]). Это—равносильно признанію дерогативной силы обычнаго права, которую одинъ изъ видныхъ комментаторовъ новаго нѣмецкаго уложенія приписываетъ теперь даже партикулярнымъ обычаямъ и находитъ сторонниковъ этого воззрѣнія [2]).

Приведемъ, наконецъ, постановленія новаго швейцарскаго гражданскаго уложенія 1907 г., признающія совершенно опредѣленно субсидіарное дѣйствіе обычнаго права. Относящаяся сюда часть ст. 1 этого уложенія формулирована такъ: „При отсутствіи закона судья рѣшаетъ дѣла по обычному праву, а при отсутствіи этого послѣдняго—по наукѣ права и преданію“. Ст. 2: „Если въ области законодательнаго верховенства Союза оказывается дополняющее законъ обычное право, оно признается, какъ право этого Союза“.

Такимъ образомъ мы видимъ, что обычное право, если и не играетъ

---

[1]) Eck, Vorträge uber das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1903, I, стр. 21—23. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1903, I, стр. 38—39. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 172—174; Grundzüge des deutschen Privatrechts у Holtzendorff'a, Encyclopädie der Rechtswiss., стр. 414. Dernburg, Das bürgerliche Recht, I, стр. 75—76. Crome, I, стр. 89—90, и др.

[2]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Recht, 1899, I, стр. 39—40. Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrechte, 1900, стр. 260, 275 и слѣд. Hölder, Kommentar zu BGB, 1900, I, стр. 51—59, и др.

въ настоящее время той роли, какую оно играло на низшихъ ступеняхъ общественнаго развитія, все-таки не исчезаетъ и не теряетъ самостоятельности, несмотря на враждебное къ нему отношеніе цѣлаго ряда законодательствъ и на выраженное такъ ярко въ мотивахъ къ нѣмецкому уложенію стремленіе подчинить его закону. Факты дѣйствительной жизни и новыя соціальныя теченія опять выдвигаютъ обычное право на видное мѣсто среди другихъ источниковъ права и вынуждаютъ какъ юридическую теорію, такъ и новыя законодательства къ признанію извѣстнаго простора за его дѣйствіемъ. И это происходитъ потому, что оно имѣетъ особое основаніе для своей обязательной силы, отличное отъ такого же основанія для закона, и разсчитано въ настоящее время, главнымъ образомъ, на то, чтобы исправлять несовершенства опирающагося на одинъ законъ правопорядка.

6. Отношеніе къ обычному праву русскаго законодательства.

Наше законодательство занимаетъ среднее положеніе между указанными выше теченіями: оно упоминаетъ, съ одной стороны, о случаяхъ примѣненія обычая,—слѣдовательно, допускаетъ въ этихъ случаяхъ замѣну имъ закона; съ другой—смотритъ на обычаи, какъ на средство, дополняющее законы. Такъ стало относиться наше законодательство къ обычному праву только съ 1861 г., когда было издано „Положеніе о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости“ 19-го февраля этого года, послѣ чего сила обычнаго права была утверждена и „Судебными Уставами“ 20-го ноября 1864 г. Такимъ образомъ, признаніе у насъ обычнаго права—послѣ господства его въ удѣльный и даже Московскій періоды нашей исторіи и почти полнаго вытѣсненія въ слѣдующую затѣмъ эпоху царскими указами и произволомъ служилыхъ людей—тѣсно связано со славными памятниками нашего законодательства предпрошлаго царствованія. До появленія этихъ законодательныхъ актовъ примѣненіе обычнаго права по „Основнымъ законамъ“ было, напротивъ, сильно стѣснено. 47-я статья этихъ законовъ говорила: „Имперія Россійская управляется на твердомъ основаніи положительныхъ законовъ, учрежденій и уставовъ, отъ самодержавной власти исходящихъ“. Объ обычаяхъ не упоминалось ни словомъ, и единственнымъ основаніемъ права оказывались нормы, исходившія отъ законодателя. Далѣе, ст. 69-я Основныхъ законовъ прямо запрещала судьямъ принимать въ основаніе своихъ рѣшеній судебный обычай, такъ что руководство мѣстными юридическими обычаями нашъ Сводъ законовъ допускалъ только въ случаяхъ, имъ же опредѣленныхъ, т.-е. въ примѣненіи къ быту разныхъ инородцевъ и лицъ

сельскаго сословія. Эти статьи выпали изъ состава нашего законодательства съ изданіемъ „Учрежденія Государственной Думы“ и „Учрежденія Государственнаго Совѣта“, но новая эра для примѣненія обычнаго права была открыта уже Судебными Уставами 1864 г., установившими общее для всѣхъ право, тогда какъ Положеніе о крестьянахъ касалось только этихъ послѣднихъ. Въ ст. 130 Устава гражданскаго судопроизводства мы читаемъ: „при постановленіи рѣшенія мировой судья можетъ по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ или въ случаяхъ положительно неразрѣшаемыхъ закономъ“. Уже текстъ этой статьи указываетъ, что обычаи могутъ примѣнятьея теперь въ смыслѣ какъ дополненія закона, такъ и замѣны его. Разсмотримъ вкратцѣ оба ряда случаевъ, въ которыхъ у насъ допускается примѣненіе обычнаго права.

А) О примѣненіи юридическихъ обычаевъ въ смыслѣ дополненія законовъ говорится:

а) въ приведенной сейчасъ 130-ой ст. Устава гражд. судопр., а именно—въ ея заключительныхъ словахъ, устанавливающихъ право судьи руководствоваться обычаями „въ случаяхъ положительно неразрѣшаемыхъ законами“. Это правило распространено закономъ 29 декабря 1889 г. (ст. 88) на городскихъ судей и земскихъ начальниковъ, и поэтому мы можемъ сказать, что указываемый случай примѣненія обычая въ смыслѣ дополненія закона относится у насъ къ практикѣ мировыхъ судей въ широкомъ смыслѣ и взятой въ ея совокупности. Но отсюда не надо заключать, какъ это дѣлалъ, напр., Оршанскій въ своей статьѣ „Народный судъ и народное право“, что примѣненіе обычнаго права у насъ исключено изъ „общихъ“ судебныхъ установленій, т.-е. окружныхъ судовъ, судебныхъ палатъ и т. д... Нашъ законъ не обусловливаетъ пользованія обычнымъ правомъ подсудностью дѣла тому или другому судебному установленію, и, дозволяя, напр., крестьянамъ руководствоваться своими обычаями по всѣмъ отношеніямъ наслѣдственнаго права, понимаетъ подъ этими послѣдними имущество, не только входящее въ земельный надѣлъ, но и пріобрѣтаемое внѣ этого надѣла, напр. торговый капиталъ. Въ этомъ смыслѣ высказываются и наша сенатская практика, и слѣдующіе за ней въ настоящемъ вопросѣ авторы курсовъ гражданскаго судопроизводства и гражданскаго права: Малышевъ и Анненковъ [1]).

б) Такое же значеніе имѣютъ юридическіе обычаи и въ торговомъ быту. Ст. 1724 т. XI ч. 2 (Торговый Уставъ) гласитъ: „Рѣшенія коммерческихъ судовъ утверждаются на законахъ; въ тѣхъ же случаяхъ, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ

[1]) Малышевъ, Курсъ гражданскаго судопроизводства, т. I, стр. 427. Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, 1894, I, стр. 40.

основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній, въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ окончательно въ законную силу". Приблизительно то же самое содержится въ ст. 352 и 1408 того же Устава, откуда мы въ правѣ заключить, что какъ въ торговыхъ судахъ, такъ и въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, вѣдающихъ торговыя дѣла вездѣ, гдѣ нѣтъ особыхъ торговыхъ судовъ, субсидіарное дѣйствіе обычнаго права не можетъ подлежать у насъ никакому сомнѣнію, и, притомъ, безъ того ограниченія, которое установлено ст. 130 Уст. гражд. судопр., и которое обусловливаетъ его дѣйствіе ссылкой на него одной изъ участвующихъ въ дѣлѣ сторонъ.

в) На примѣненіе обычая въ смыслѣ дополненія закона указываетъ также ст. 1539 т. X ч. 1, гдѣ мы читаемъ: „Если словесный смыслъ договоровъ представляетъ важныя сомнѣнія, тогда договоры должны быть изъясняемы по намѣренію ихъ и доброй совѣсти, наблюдая при томъ слѣдующее... когда выраженія, въ договорѣ помѣщенныя, не опредѣляютъ предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностью, тогда принадлежности онаго изъясняются обычаемъ, если, впрочемъ, не опредѣлены они закономъ". Изъ этого закона видно, что при толкованіи договоровъ, которые возбуждаютъ сомнѣнія, неразрѣшенныя закономъ, судьи разрѣшаютъ такія сомнѣнія соображеніемъ мѣстныхъ обычаевъ. Правда, что господствующее мнѣніе не признаетъ силы обычнаго права за такими обычаями, которые образуются въ болѣе или менѣе тѣсныхъ общественныхъ кругахъ (напр., обычаи биржи или рыночной торговли) по поводу заключаемыхъ здѣсь юридическихъ сдѣлокъ и другихъ дѣловыхъ сношеній. Подобные обычаи называютъ „обыкновеніями", „заведеннымъ порядкомъ", „обычаями или воззрѣніями гражданскаго оборота" (Herkommen, Geschäftsgebrauch, Verkehrssitten), и имъ приписываютъ значеніе не юридическихъ нормъ, а только средствъ толкованія юридическихъ актовъ или, самое большое—способовъ установленія отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, но никакъ не объективнаго права. Примемъ это различіе, въ виду нѣкоторыхъ обусловливаемыхъ имъ процессуальныхъ послѣдствій, но не забудемъ, что такъ назыв. „обычаи гражданскаго оборота" служатъ все-таки и источниками обычнаго права въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Поэтому, если наша ст. 1539 разрѣшаетъ суду руководствоваться ими при толкованіи договоровъ—такъ же, какъ и § 157 нѣмецкаго гражданскаго уложенія требуетъ отъ судьи толкованія договоровъ на основаніи „доброй совѣсти и обычаевъ гражданскаго оборота",—то отсюда не можетъ быть иного заключенія, какъ то, что судьѣ не только разрѣшается, но и указывается выводить изъ этихъ же обычаевъ и юридическія нормы, и, именно—нормы обычнаго права. Подобныя нормы примѣняются имъ особенно къ случаямъ, предоставляющимъ извѣстный просторъ индивидуальной волѣ опредѣленіями такъ наз. диспозитивныхъ законовъ, т.-е. такихъ, которые обусловлены свободнымъ подчиненіемъ

имъ заинтересованныхъ лицъ, и которые уже поэтому доступны для всевозможныхъ измѣненій, вносимыхъ въ нихъ „обычаями гражданскаго оборота“ [1]).

Б) На случаи примѣненія обычая въ смыслѣ замѣны имъ закона существуютъ у насъ слѣдующія постановленія:

а) Въ первой половинѣ цитированной 130-ой ст. Устава гражд. судопр. сказано: „при постановленіи рѣшенія мировой судья можетъ по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ“.

б) Въ случаяхъ поклажи, или отдачи вещи на сохраненіе, нашъ законъ требуетъ собственноручной росписки поклажепринимателя и цѣлаго ряда другихъ формъ, перечисленныхъ въ ст. 2111 т. X. ч. 1. Но въ „поклажахъ, производимыхъ по торговлѣ и вообще по купеческому обычаю лицами торговаго сословія“ эти формы упраздняются (ст. 2112 т. X ч. 1). Слѣдовательно, въ сферѣ торговыхъ отношеній общій законъ о поклажѣ замѣняется узаконеннымъ обычаемъ.

в) То-же значеніе замѣны закона юридическій обычай имѣетъ въ случаяхъ „заготовленія или покупки разныхъ потребностей въ мѣстахъ заграничныхъ, равно отправленія съ иностранными шкиперами всякихъ вещей и припасовъ за границу“; все это „производится на общемъ коммерческомъ основаніи, сообразно мѣстнымъ торговымъ обычаямъ“ (ст. 1836 т. X ч. 1).

г) Но гдѣ особенно широка область примѣненія обычнаго права въ смыслѣ замѣны закона, это—въ крестьянскомъ быту. Общее Положеніе о крестьянахъ дозволяетъ имъ въ ст. 38-ой и примѣч. къ ст. 21 руководствоваться своими обычаями въ порядкѣ наслѣдованія, опеки и, вообще, попеченія о личности и имуществѣ малолѣтнихъ. Ст. 107 того же Положенія распространяетъ это дозволеніе на всѣ остальныя тяжебныя дѣла, говоря, что „при разсмотрѣніи тяжебнаго дѣла въ волостномъ судѣ, буде стороны не пойдутъ на мировую сдѣлку, судъ рѣшаетъ дѣло либо на основаніи заявленныхъ въ волостномъ правленіи сдѣлокъ и обязательствъ, либо, при отсутствіи таковыхъ сдѣлокъ, на основаніи мѣстныхъ обычаевъ и правилъ, принятыхъ въ крестьянскомъ быту“. Та же мысль проводится во „Временныхъ правилахъ о волостномъ судѣ“ 12 іюля 1889 г. (ст. 25), такъ что мы можемъ сказать, что въ крестьянскомъ быту почти вся совокупность гражданскихъ дѣлъ рѣшается сельскимъ сходомъ и его судебными органами на основаніи обычаевъ.

д) Наконецъ, обычаи замѣняютъ законы въ быту инородцевъ, населяющихъ восточную и юго-восточную полосу Россіи; таковы—бродячія

---

[1]) Regelsberger, Pandekten, стр. 99—102. Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1906, I, стр. 116—117. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, I, стр. 89. Danz, Rechtssprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetze, 1908, стр. 27 и слѣд.

племена Сибири и прилегающихъ къ ней степей, горцы Кавказскаго края и проч... Ихъ своеобразный бытъ и гражданскія отношенія сложились иначе, чѣмъ гражданскій бытъ господствующаго населенія. Уровень культуры несравненно ниже, и поэтому нормы дѣйствующаго права замѣнены для нихъ тѣми обычаями, какіе выработались въ ихъ сознаніи и практикѣ жизни (Приложенія къ т. IX законовъ о состояніяхъ и ст. 154 т. XII).

Изъ всего сказаннаго видно, что предѣлы дѣйствія обычнаго права опредѣлены нашимъ законодательствомъ довольно широко, и за нимъ признана какъ субсидіарная, такъ и дерогативная сила. Поэтому обычное право имѣетъ у насъ, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ изъ нашихъ цивилистовъ, важное значеніе и въ смыслѣ регулированія современной юридической жизни. Особенную же пользу въ практическомъ отношеніи можетъ приносить намъ обычное право, при несовершенномъ состояніи нашего законодательства, въ той формѣ, которая называется судебнымъ обычаемъ (usus fori). Это—отрасль права юристовъ, о которой мы будемъ говорить впослѣдствіи. Но что она составляетъ важный источникъ обычнаго права, это было уже нами разъяснено, и переходъ судебнаго обычая въ народное обычное право насъ не долженъ удивлять уже потому, что въ области права, какъ и въ другихъ областяхъ общественныхъ явленій, нѣтъ рѣзкихъ противоположеній. Нормы обычнаго права постоянно стремятся къ тому, чтобы перейти въ законъ—такъ же, какъ и законъ, благодаря постоянному примѣненію, обращается въ обычное право. Нормы, вырабатываемыя судами и юриспруденціей, даютъ матеріалъ какъ законодательству, такъ и обычному праву, которое въ рѣдкихъ случаяхъ можетъ обойтись безъ содѣйствія примѣняющей и объясняющей право юриспруденціи. То же слѣдуетъ сказать и о вліяніи юриспруденціи на законодательство. Насколько же можетъ быть сильно вліяніе судебной практики, это можно видѣть на безчисленныхъ примѣрахъ изъ исторіи римскаго и германскаго права. Извѣстно, сколько институтовъ римскаго права возникло изъ судебнаго обычая, а въ германскомъ правѣ этимъ же путемъ развились многія положенія гражданскаго права, и развились самостоятельно, независимо, а иногда и вопреки римскому праву, какъ, напр., прямое представительство, защита владѣнія въ формѣ actio spolii, семейные фидеикоммиссы и проч.. При изложеніи нашего права мы такъ же будемъ встрѣчаться съ нѣкоторыми нововведеніями судебной практики, обнаруживающей, къ сожалѣнію, пока мало энергіи въ этомъ отношеніи и оставляющей много желать въ будущемъ.

7. Научное значеніе обычнаго права.

Научное значеніе обычнаго права основано на томъ, что обычаи отражаютъ юридическій бытъ народовъ и даютъ для изученія его столько

драгоцѣннаго матеріала, какъ ни одинъ другой источникъ правовѣдѣнія. Особенно дороги оказываются указанія обычнаго права при изслѣдованіи зародышей и исторіи развитія институтовъ гражданскаго права, удерживающихся часто въ формѣ обычаевъ и переживаній послѣ того, какъ законодательные памятники давно уже утратили всякіе слѣды этихъ институтовъ. Изученіе обычаевъ путемъ сравнительно-исторической методы указываетъ часто, какъ это было уже отмѣчено, на поразительныя совпаденія учрежденій и юридическихъ нормъ самыхъ различныхъ расъ и народовъ, когда они, и не соприкасаясь другъ съ другомъ, проходятъ однѣ и тѣ же фазы развитія. Здѣсь — богатое поле для изслѣдованій, обѣщающихъ счастливые результаты.

Привлеченіе обычнаго права къ такого рода изслѣованіямъ теперь все болѣе и болѣе обобщается, не минуя и наше отечество. Но долго юридическіе обычаи обращали на себя вниманіе изслѣдователей нашего народнаго быта только въ смыслѣ нравоописательномъ, и то, преимущественно, съ внѣшней обрядовой стороны. Начала права оставались въ нихъ почти нетронутыми. И только благодаря почину нашего Географическаго Общества, въ программу работъ его по изслѣдованію народнаго быта вошли впервые и юридическіе обычаи, а въ 1876-мъ году, по мысли Калачева, образована при отдѣленіи Общества по этнографіи особая комиссія о народныхъ юридическихъ обычаяхъ. Затѣмъ, изученіе обычнаго права внесено въ программу юридическихъ обществъ при Московскомъ и Петербургскомъ университетахъ, изъ коихъ первое упразднено стараніями нашего бывшаго министра народнаго просвѣщенія Боголѣпова. Тѣмъ не менѣе мы встрѣчаемъ уже теперь много цѣннаго матеріала по исторіи и современному состоянію нашего обычнаго права въ сочиненіяхъ Калачева, Владимірскаго-Буданова, М. Ковалевскаго, Якушкина, Леонтовича, Ефименко, Тарновскаго и другихъ. Мы приводимъ эти имена, такъ какъ они будутъ считаться въ исторіи нашего правовѣдѣнія, обязаннаго имъ, можетъ быть, закладкой своего научнаго фундамента.

В. Законъ.

1. Опредѣленіе и основные моменты.

Слово законъ имѣетъ различныя значенія какъ въ научномъ языкѣ, такъ и въ обыденной рѣчи. Имъ охватываются различные порядки явленій, которые, хотя и заключаютъ въ себѣ кое-что аналогичное, но должны быть строго отличены. Прежде всего, подъ закономъ понимаютъ постоянное отношеніе причинности, неизмѣнную связь явленій, слѣдованіе за извѣстными фактами всегда однихъ и тѣхъ же послѣдствій; и въ этомъ смыслѣ понятіе закона связывается съ идеей необходимости. Въ

догматическомъ правовѣдѣніи словомъ законъ означается нѣчто другое, а именно—юридическая норма, или обезпечиваемое внѣшнимъ принужденіемъ правило человѣческаго поведенія. Это правило устанавливается въ виду извѣстной цѣли, которая можетъ быть и не осуществлена, такъ какъ обезпечивающее ее правило, будучи продуктомъ человѣческой воли, допускаетъ нарушеніе со стороны какъ этой же, такъ и другой, противостоящей ей воли. Поэтому понятіемъ закона выражается здѣсь не столько идея необходимости, лежащая въ основаніи понятія закона въ научномъ смыслѣ этого понятія, сколько идея долженствованія, и, притомъ, такого, которое можетъ быть нарушено и вынуждено внѣшней санкціей. Ни того, ни другого не бываетъ при законѣ въ смыслѣ постоянства отношеній между явленіями, такъ какъ это постоянство исключаетъ само собою свое нарушеніе и само въ себѣ заключаетъ свою санкцію.

Тѣмъ не мѣнѣе, оба понятія закона объединяются признакомъ общности и необходимости, который въ научномъ законѣ имѣетъ абсолютное, а въ юридическомъ—гипотетическое значеніе, т.-е. такое, которое обусловлено осуществленіемъ его цѣли. Первый дѣйствуетъ, такъ сказать, механически, а второй—телеологически, характеризуясь, главнымъ образомъ, тѣмъ, что онъ выражаетъ свое содержаніе, т.-е. то или другое правило человѣческаго поведенія, болѣе опредѣленно и точно, нежели это дѣлаютъ нормы обычнаго права и другіе менѣе опредѣленные, чѣмъ законъ, источники права. Вотъ почему онъ не оставляетъ мѣста и въ отношеніи къ своей обязательности тѣмъ сомнѣніямъ, которыя неизбѣжно сопровождаютъ примѣненіе другихъ источниковъ права, и именно этимъ качествамъ извѣстности и точности, обусловливающимъ также maximum обезпеченности права, законъ обязанъ въ современныхъ намъ обществахъ своимъ преобладающимъ положеніемъ въ дѣйствующемъ правопорядкѣ. Поэтому же, какъ ни тщетно приписывать ему исключительное господство, мы все-таки должны признать и его главенствующую роль въ современномъ правопорядкѣ, и сравнительно незначительное число положеній и институтовъ права, которые не соприкасались бы такъ или иначе съ закономъ.

Но понятіемъ закона и въ смыслѣ точно формулированной юридической нормы пользуются въ различныхъ значеніяхъ. Во-1), это понятіе берется то съ субъективной, то съ объективной стороны: въ одномъ случаѣ имѣютъ въ виду установленіе закона, въ другомъ—то, что имъ устанавливается, или содержаніе установленнаго. Во-2), какъ въ разговорномъ языкѣ, такъ и въ законодательной практикѣ (австрійскій гражданскій кодексъ, обще-германское процессуальное законодательство, какъ гражданское, такъ и уголовное, новое нѣмецкое гражданское уложеніе, Einführungsgesetz, § 2, и т. д.) понятіе закона принимается часто въ приведенномъ выше смыслѣ юридической нормы вообще, безъ отношенія къ формѣ и источнику ея возникновенія. Въ этомъ смыслѣ подъ понятіе закона подходитъ одинаково какъ право, установленное государственной и иной компетентной властью,

такъ и обычное право, въ равной мѣрѣ — писанное и неписанное, lex scripta и lex non scripta. Въ-3), понятіе закона принимается и въ болѣе тѣсномъ смыслѣ писаннаго или записаннаго права—въ противоположность праву неписанному или незаписанному,—и опять безъ отношенія къ источнику происхожденія того и другого, такъ что записанные обычаи, какъ, наприм., leges barbarorum, то же подойдутъ въ этомъ смыслѣ къ понятію закона. Въ-4), понятіе закона противополагается какъ писанному, такъ и неписанному обычному праву, и берется въ смыслѣ юридической нормы, исходящей не только отъ центральной государственной власти и подчиненныхъ ей органовъ управленія, но и отъ надѣленныхъ законодательной автономіей лицъ и корпорацій. Въ такомъ смыслѣ понятіе закона распространяется, главнымъ образомъ, на обязательныя постановленія всѣхъ органовъ публичной власти, насколько они заключаютъ въ себѣ юридическія нормы, и именно это понятіе закона лежитъ въ основаніи такихъ положеній права, какъ, напр., равенство всѣхъ предъ закономъ, недопущеніе наказанія иначе, какъ при наличности устанавливающаго его закона (nulla poena sine lege), и т. д. Понятіе закона въ этомъ смыслѣ особенно важно для гражданскаго права и несомнѣнно обнимаетъ собой какъ законы, издаваемые въ установленной для нихъ формѣ законодательными факторами государственной власти, такъ и правительственныя распоряженія, исходящія въ установленной и для нихъ формѣ отъ различныхъ органовъ государственнаго управленія, если только эти распоряженія содержатъ въ себѣ юридическія нормы. Наконецъ, въ-5), закономъ въ тѣсномъ и конституціонномъ значеніи этого слова называютъ всякое,— независимое отъ его содержанія, но облеченное въ извѣстную и заранѣе установленную форму — объявленіе воли верховной государственной власти. Это послѣднее представленіе о законѣ, отрѣшенное отъ его содержанія и основанное только на формѣ его установленія, принадлежитъ государственному и, особенно, конституціонному праву. Но мы сейчасъ увидимъ, что оно имѣетъ значеніе и для гражданскаго права, несмотря на то, что безъ элемента юридической нормы понятіе закона, какъ будто, и не представляетъ интереса для юридическаго разсмотрѣнія.

На отношеніи другъ къ другу формы и содержанія закона основано пользующееся теперь почти общимъ признаніемъ различіе законовъ въ формальномъ и матеріальномъ смыслѣ. Законами въ матеріальномъ смыслѣ, представляющими собою тѣ именно законы, съ которыми намъ придется имѣть дѣло, называются только юридическія нормы, предписанныя государственной властью данной страны, тогда какъ законами въ формальномъ смыслѣ будутъ всѣ вообще распоряженія верховной власти безъ отношенія къ ихъ содержанію, и при томъ лишь условіи, чтобы они исходили отъ верховной государственной власти и были объявлены ею въ установленномъ для этого порядкѣ. Слѣдовательно, законы въ формаль-

номъ и въ матеріальномъ смыслѣ. относятся другъ къ другу не какъ родовое понятіе къ видовому, а какъ два самостоятельныя понятія, опредѣляемыя различными признаками. Законы въ матеріальномъ смыслѣ опредѣляются матеріальнымъ признакомъ—содержаніемъ, которое заключаетъ въ себѣ юридическую норму, а законы въ формальномъ смыслѣ опредѣляются одной лишь формой выраженія, безотносительно къ тому, какое содержаніе вкладывается въ эту форму. Поэтому закономъ въ формальномъ смыслѣ можетъ быть не только юридическая норма, но и распоряженіе о награжденіи какого-нибудь лица арендой или пенсіей, бюджетный законъ, законъ о какомъ-нибудь займѣ, внутреннемъ или внѣшнемъ, объ открытіи какого-либо учрежденія, наприм., университета, академіи и т. д.. [1]).

Логическая цѣнность и практическое значеніе указываемаго дѣленія законовъ на матеріальные и формальные состоятъ въ томъ, что имъ, во-1), передается возможное противоположеніе между формою и содержаніемъ закона, и во-2), констатируется явленіе, дѣйствительно наблюдаемое въ законодательной практикѣ. Эта послѣдняя представляетъ намъ законы, объединяющіе оба момента: форму и содержаніе, т.-е. законы, какъ облеченные въ установленныя для нихъ формы, такъ и содержащіе въ себѣ юридическія нормы. И если бы мы не знали, кромѣ такихъ законовъ, другихъ распоряженій государственной власти, съ которыми связывалось бы понятіе закона, то различіе между формальными и матеріальными законами не имѣло бы интереса. Но на практикѣ мы встрѣчаемся и съ такими распоряженіями государственной власти, которыя выступаютъ либо съ одной формой закона,—т.-е. удовлетворяютъ требованіямъ формы актовъ государственной власти, но лишены матеріальнаго содержанія законовъ, т.-е. юридической нормы,—либо съ однимъ содержаніемъ закона, состоящимъ въ юридической нормѣ, не облеченной въ установленную для закона форму. Первый случай мы имѣемъ въ приведенныхъ выше примѣрахъ награжденія пенсіями, арендами, заключенія займовъ и т. д., а второй — въ полицейскихъ и административныхъ распоряженіяхъ подчиненныхъ органовъ государственнаго управленія, дѣйствующихъ на основаніи делегированной имъ власти, но только въ предѣлахъ существующаго права. Сюда же слѣдуетъ отнести и признанное въ нѣкоторыхъ государствахъ, какъ, напр., въ Пруссіи, Саксоніи, Баденѣ и у насъ, право главы верховной власти издавать въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ, помимо дѣйствующихъ въ этихъ государствахъ представительныхъ учрежденій, и измѣняющіе существующее право временные законы (это—такъ наз. Nothverordnungen), которыхъ окончательная судьба

---

[1]) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 3-te Aufl., I, стр. 488 и 640. Iellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, стр. 213 и слѣд. Seligmann, Der Begriff des Gesetzes, 1886, стр. 1—28.

поставлена, однако, въ зависимость отъ воли представительныхъ учрежденій [1])

Существованіе такихъ именно явленій,—изъ которыхъ послѣднее, т.-е. матеріальное содержаніе закона, не облеченное въ его форму, даетъ намъ особое понятіе правительственнаго распоряженія съ юридической нормой,—и составляетъ фундаментъ для различія формальныхъ и матеріальныхъ законовъ, сходныхъ, однако, въ государствахъ конституціоннаго типа въ томъ, что они одинаково требуютъ для своей дѣйствительности участія представительныхъ учрежденій въ ихъ составленіи. Этой чертой тѣ и другіе законы отличаются отъ правительственныхъ распоряженій, все равно, содержатъ ли въ себѣ эти послѣднія юридическія нормы или представляются административными распоряженіями въ тѣсномъ смыслѣ, относясь къ отдѣльнымъ отраслямъ государственнаго управленія: въ обоихъ случаяхъ для ихъ дѣйствительности не требуется дѣятельности представительныхъ учрежденій. Этотъ единственно прочный критерій для разграниченія законовъ отъ правительственныхъ распоряженій въ государствахъ такого монархическаго типа, какимъ, наприм., было и остается по существу наше отечество, отсутствуетъ, и поэтому законы у насъ часто смѣшиваются съ правительственными распоряженіями, которыя предлагаютъ обыкновенно отличать отъ законовъ тѣмъ, что послѣдніе носятъ абстрактный, а первыя—конкретный характеръ. Такъ, въ „Руководствѣ къ познанію законовъ“ гр. Сперанскаго мы читаемъ: „Всякое повелѣніе верховной власти должно быть исполняемо, какъ законъ. Но повелѣніе отъ закона отличается тѣмъ существенно, что предметъ второго есть постановленіе общаго правила, по коему надлежитъ поступать во всѣхъ случаяхъ одного и того же рода. Повелѣніе указываетъ, какъ поступить въ извѣстномъ и опредѣленномъ дѣлѣ, а законъ есть правило, какъ поступать всегда въ дѣлахъ сего рода“. Противъ этого разграниченія можно возразить, прежде всего, тѣмъ, что, если общность составляетъ, какъ мы это увидимъ, необходимое качество матеріальнаго закона, какъ юридической нормы, то существуетъ и множество правительственныхъ распоряженій, носящихъ такую же печать общности, напр., общіе циркуляры министровъ, обязательныя постановленія генералъ-губернаторовъ и т. д. И нельзя утверждать, чтобъ такого рода распоряженія издавались всегда по особому полномочію закона: каждый губернаторъ можетъ безъ всякаго на то указанія въ законѣ установить порядокъ пріема своихъ посѣтителей, и это будетъ не индивидуальнымъ, а общимъ для нихъ регулированіемъ, устанавливаемымъ свободной дѣятельностью административнаго органа только потому, что законъ не занимается подобнымъ регулированіемъ [2]).

---

[1]) G. Meyer, Lehrbuch des Staatsrechts, 1895, I, стр. 161 и слѣд.

[2]) Лазаревскій, Лекціи по русскому государственному праву, 1903, стр. 137—138.

Такимъ образомъ, и правительственныя повелѣнія могутъ отличаться болѣе или менѣе абстрактнымъ характеромъ, степень котораго не даетъ мѣрки ни для теоретической квалификаціи той или другой нормы, ни для опредѣленія юридическихъ предѣловъ ея дѣйствія. На Западѣ, гдѣ различіе между законами и правительственными распоряженіями основано на различіи органовъ, дающихъ начало тѣмъ и другимъ, источниками гражданскаго права признаются только законы въ матеріальномъ смыслѣ, а правительственныя распоряженія, исходящія какъ отъ главы государства, такъ и отъ подчиненныхъ ему органовъ, причисляются къ такимъ же источникамъ лишь настолько, насколько они издаются въ предѣлахъ закона и не выходятъ изъ нихъ также въ своемъ содержаніи. Само собой разумѣется, что распоряженія эти должны заключать въ себѣ юридическія нормы: иначе они не имѣли бы отношенія къ гражданскому праву.

У насъ, до изданія Положеній о Государственной Думѣ и Государственномъ Совѣтѣ, не было такого разграниченія между законами и правительственными распоряженіями по различію способовъ возникновенія тѣхъ и другихъ и производящихъ ихъ факторовъ государственной власти. Источникомъ закона служила и служитъ отчасти и теперь воля главы верховной власти, и мы не можемъ поэтому говорить, чтобы правительственныя распоряженія, исходящія непосредственно отъ того же главы верховной власти, не были у насъ закономъ. Отсюда слѣдуетъ, что въ дѣйствительномъ, а не только бумажномъ состояніи нашего права, на основаніи котораго ни одинъ законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы (ст. 86 новыхъ Основн. зак.), различіе между закономъ и правительственнымъ распоряженіемъ сводится у насъ до сихъ поръ къ тому, что закономъ считается всякое облеченное въ извѣстныя формы выраженіе воли верховной власти, а правительственнымъ распоряженіемъ—акты подчиненныхъ органовъ, дѣйствующихъ по порученію той же власти и въ предѣлахъ, ею установленныхъ.

Что касается вопроса о такъ назыв. „конституціонномъ“ контролѣ суда надъ правомѣрностью законовъ и правительственныхъ распоряженій, другими словами—вопроса о правѣ суда не принимать къ исполненію законовъ и правительственныхъ распоряженій, противорѣчащихъ конституціонному праву данной страны, то вопросъ этотъ,—несмотря на всю его важность, а, въ частности, и важность его единообразнаго рѣшенія,—раздѣляетъ до сихъ поръ какъ современныя законодательства, такъ и юриспруденцію.

Безспорнымъ можно считать пока всеобщее признаніе судебнаго контроля только надъ правительственными распоряженіями, и признаніе этого контроля въ отношеніи какъ ихъ формы, такъ и содержанія, насколько такой контроль не исключается самимъ закономъ, какъ это имѣетъ мѣсто, напр., въ Пруссіи относительно правительственныхъ распоряженій, исходящихъ отъ короля (ст. 106 прусской конституціи

1850 г.) Это значитъ, что во всѣхъ случаяхъ, прямо не оговоренныхъ закономъ, судъ имѣетъ не только право, но и обязанность повѣрять и примѣнять лишь тѣ правительственныя распоряженія, которыя издаются въ установленномъ для нихъ порядкѣ, и насколько они и въ своемъ матеріальномъ составѣ не противорѣчатъ, а, напротивъ, соотвѣтствуютъ дѣйствующему праву. Такое рѣшеніе вопроса о судебномъ контролѣ надъ правительственными распоряженіями оправдывается тѣмъ, что эти послѣднія содержатъ въ себѣ право только при своемъ соотвѣтствіи закону, а судъ, обязанный примѣнять законъ, всегда содержащій въ себѣ, по общему предположенію, право, не исполнялъ бы своей функціи, если бы онъ полагалъ въ основаніе своихъ рѣшеній правительственныя распоряженія, противорѣчащія закону. О нарушеніи принципа раздѣленія властей здѣсь можно было бы говорить въ томъ случаѣ, если бы судъ отмѣнялъ подобныя правительственныя распоряженія. Но онъ не отмѣняетъ ихъ, а только отказываетъ имъ въ исполненіи по предмету даннаго судебнаго рѣшенія, которое не можетъ быть постановлено на основаніи распоряженія, стоящаго въ противорѣчіи съ закономъ, — все равно, будетъ ли это противорѣчіе формальнымъ или матеріальнымъ. Это положеніе составляетъ теперь общепризнанный принципъ публичнаго права, и когда говорятъ о судебномъ контролѣ надъ закономъ, то имѣютъ въ виду, главнымъ образомъ, этотъ контроль по отношенію къ дѣйствіямъ исполнительной власти, которой, въ условіяхъ функціонированія правового государства, не можетъ быть дозволено нарушать законы, утверждающіе за нами тѣ или другія публичныя и гражданскія права.

Не такъ просто стоитъ дѣло съ вопросомъ о судебномъ контролѣ надъ правомѣрностью законовъ въ собственномъ смыслѣ этого слова, какъ актовъ законодательной власти. Здѣсь приходится различать ихъ содержаніе и форму. Въ отношеніи къ содержанію законовъ принимается за правило, что ни одинъ судъ не вправѣ оцѣнивать съ этой стороны ихъ соотвѣтствіе или несоотвѣтствіе праву, выраженному въ конституціи данной страны. Поэтому и говорятъ, что судъ не можетъ отказать въ исполненіи и такимъ законамъ, которые расходятся въ своемъ содержаніи съ даннымъ конституціоннымъ правомъ. Въ этомъ смыслѣ высказывается судебная практика всѣхъ европейскихъ конституціонныхъ государствъ, за исключеніемъ, можетъ быть, Швейцаріи и Норвегіи, и эта судебная практика опирается на доктрину, указывающую, съ одной стороны, на принципы раздѣленія властей и неограниченности суверенитета законодательной власти, а съ другой—на несовершенства состава всякаго суда и практическія неудобства его контроля надъ содержаніемъ законовъ. Эта доктрина находитъ, однако, и противниковъ, утверждающихъ необходимость контроля. Принадлежащіе сюда писатели ссылаются, прежде всего, на основное различіе между конституціонными и обыкновенными законами въ тѣхъ странахъ, гдѣ это различіе установлено самой конституціей, и, подчиняя судъ пер-

вымъ, они освобождаютъ его отъ повиновенія послѣднимъ во всѣхъ случаяхъ противорѣчія между тѣми и другими. Различіе между конституціонными и обыкновенными законами представляется, какъ-будто, условіемъ судебнаго контроля надъ актами законодательной власти, и если этого различія не существуетъ, то всякій законодательный актъ долженъ казаться новымъ закономъ, а не нарушеніемъ какого-либо другого несуществующаго уже закона. Поэтому въ подобныхъ случаяхъ и защитники судебнаго контроля надъ законами не говорятъ о такомъ контролѣ — по крайней мѣрѣ, со стороны содержанія закона. Но условія жизни правового государства приносятъ съ собой то, что даже въ Англіи, гдѣ не проводится никакого различія между конституціонными и обыкновенными законами, а суверенитетъ парламента считается неограниченнымъ, надъ этимъ суверенитетомъ все-таки возвышаются законы природы, логики и общественной солидарности, ограничивающіе этотъ суверенитетъ въ не меньшей мѣрѣ, чѣмъ онъ ограничивается въ государственномъ строѣ, отличающемъ конституціонные законы отъ обыкновенныхъ.

Противъ ссылки на нарушеніе принципа раздѣленія властей можно возразить указаніемъ на вытекающія изъ этого же принципа начала раздѣльности и независимости судебной власти отъ законодательной. Та и другая власть, наравнѣ съ исполнительной, подчинены только конституціи, и заставить суды примѣнять неконституціонные законы значило бы поставить ихъ въ отношеніе тѣснѣйшей подчиненности къ законодательной власти и этимъ самымъ нарушить принципъ раздѣленія властей. А противъ указанія на несовершенства состава суда и практическія неудобства, проистекающія какъ отсюда, такъ и отъ критики судомъ содержанія законовъ, можно сказать, что этимъ указаніемъ затрогивается не принципъ судебнаго контроля, а только его второстепенное и случайное послѣдствіе. Это послѣдствіе можетъ быть устранено лучшей организаціей суда, усовершенствованіемъ системы надзора и судебныхъ инстанцій, усиленіемъ контроля общественнаго мнѣнія надъ судебной критикой закона и т. п. мѣрами. Во всякомъ случаѣ, возраженія противъ послѣдствій изъ какого бы то ни было принципа не могутъ имѣть рѣшающаго значенія для самаго принципа, и благопріятные результаты, данные системой судебнаго контроля надъ „конституціонностью“ законовъ въ Соединенныхъ Штатахъ, гдѣ эта система практикуется уже около полутора столѣтія, говорятъ гораздо болѣе въ пользу, чѣмъ противъ нея. Здѣсь каждый можетъ во всякомъ судѣ предъявить возраженіе о „неконституціонности“ закона, на который ссылаются противъ него. Судъ оцѣниваетъ въ этихъ случаяхъ конституціонность спорнаго закона и отказываетъ ему въ примѣненіи, если этотъ законъ противорѣчитъ конституціи. Право на такую критику закона принадлежитъ, съ одной стороны, каждому, а не только высшему федеральному суду, какъ это иногда утверждаютъ, а съ другой — ни одинъ, даже высшій федеральный судъ, не отмѣняетъ неконституціоннаго

закона, а только не принимаетъ его къ исполненію въ данномъ конкретномъ случаѣ. Благодаря этой системѣ права, снабженныя конституціонной гарантіей, пользуются не только теоретически-конституціонной, но и практически-судебной охраной. Поэтому не удивительно, что американская система судебнаго контроля соблазняетъ теперь и европейскихъ публицистовъ, голоса которыхъ проникаютъ также въ законодательную практику. Во французскую палату депутатовъ внесено въ 1903 году предложеніе дополнить дѣйствующую конституцію 1875 года, между многими другими, и слѣдующей статьей: „Учреждается высшій судъ для постановленія рѣшеній по жалобамъ гражданъ на нарушеніе ихъ конституціонныхъ правъ либо законодательной, либо исполнительной властью". Предполагается сдѣлать ссылку и на „декларацію правъ" 1789 г. съ указаніемъ, что „законодательная власть не можетъ издать ни одного закона, посягающаго на эти права или ставящаго препятствія ихъ отправленію" [1]). Но все это на европейской почвѣ есть пока предположеніе или лишенная практическаго значенія теорія, тогда какъ законодательная и судебная практика высказываются здѣсь, въ общемъ, какъ на это уже указывалось, противъ судебнаго контроля надъ содержаніемъ законовъ.

Совсѣмъ не то слѣдуетъ сказать о судебномъ контролѣ надъ формой закона, и если господствующая въ Германіи доктрина, представленная, главнымъ образомъ, Лабандомъ, не хочетъ слышать и объ этомъ контролѣ, то не менѣе крупные юристы даже въ Германіи, какъ, напр., Гнейстъ, Гирке, Планкъ, Виндшейдъ и др., вмѣстѣ съ большинствомъ французскихъ, италіанскихъ, бельгійскихъ и другихъ европейскихъ публицистовъ, стоятъ рѣшительно за этотъ контроль. Мы безусловно присоединяемся къ этому послѣднему взгляду, полагая, что если судъ обязанъ примѣнять законы, то онъ такъ же обязанъ удостовѣряться и въ ихъ существованіи. О законахъ, изданныхъ съ нарушеніемъ формъ, установленныхъ конституціей данной страны для ихъ изданія, нельзя говорить, что они существуютъ. Напр., обнародованіе закона въ установленномъ для этого порядкѣ составляетъ существенный моментъ въ понятіи закона, и гдѣ нѣтъ такого обнародованія, тамъ нѣтъ и закона. Точно такъ же, если конституціей данной страны народное представительство призывается къ участію въ составленіи законовъ, то судья, отказывающійся примѣнять законъ, изданный безъ одобренія его народнымъ представительствомъ, нарушаетъ не государственную волю, повиновеніе которой для него, наравнѣ со всѣми другими, обязательно, а только ту волю, которая выдаетъ себя за государственную, не будучи въ дѣйствительности таковой. Эта воля будетъ волей одной исполнительной власти, и выраженіе ея—не закономъ, но правительственнымъ распоряженіемъ,

[1]) Duguit, Dr. const. стр. 656—657.

подчиненіе котораго судебному контролю не только въ формальномъ, но и въ матеріальномъ смыслѣ, стоитъ теперь внѣ спора.

Если говорятъ, что обнародованіе закона въ установленной для того формѣ содержитъ въ себѣ абсолютное доказательство и существованія закона, уже поэтому исключающее собой судебный контроль и надъ его формой, то опровергнуть этотъ аргументъ не трудно. Не отрицая за обнародованіемъ закона значенія презумпціи и за его существованіе, эту презумпцію мы можемъ считать, во всякомъ случаѣ, не такой, которая не допускала бы никакого спора (praesumptio juris et de jure), а такой, которая сохраняетъ силу только до доказательства противнаго (praesumptio juris tantum). Иначе пришлось бы думать, что существованіе закона зависитъ исключительно отъ его обнародованія, представляющаго собой актъ исполнительной власти, и это было бы вопіющимъ противорѣчіемъ принципу раздѣленія властей какъ-разъ въ томъ, что этотъ принципъ заключаетъ въ себѣ наиболѣе характернаго и безспорнаго въ строѣ современныхъ конституціонныхъ государствъ. Относительно же участія народнаго представительства въ составленіи законовъ слѣдуетъ сказать, что оно означаетъ теперь не только то, что отправленіе законодательной власти не должно совершаться безъ участія народнаго представительства, но и то, что оно не можетъ совершаться безъ такого участія [1]). И если нѣкоторыя нѣмецкія конституціи, равно какъ и наше Учрежденіе Государственной Думы (ст. 87), предоставляютъ исполнительной власти право издавать временные законы и помимо согласія на нихъ законодательныхъ палатъ, то надо помнить, что это право носитъ совершенно исключительный характеръ, примѣняясь только тогда, когда законодательныя палаты не засѣдаютъ, и въ отношеніи лишь тѣхъ законовъ, которые вызываются чрезвычайными обстоятельствами, и за которыми признается только временное значеніе, совпадающее, въ общемъ, со временемъ вакацій или роспуска законодательныхъ палатъ. О распространеніи этого права на всѣ остальные законы не можетъ быть и рѣчи. Поэтому мы въ правѣ сказать, что судья можетъ считаться лишеннымъ контроля надъ правомѣрностью формы закона только тамъ, гдѣ подобный контроль прямо воспрещенъ конституціей его страны, какъ это дѣлаетъ, напр., приведенная выше статья 106 прусской конституціи и нѣкоторые другіе нѣмецкіе конституціонные акты.

На основаніи всего изложеннаго мы можемъ дать такое опредѣленіе закона въ матеріальномъ смыслѣ: это будетъ юридическая норма, предписанная въ установленной для нея формѣ („въ законодательномъ порядкѣ“) высшей государственной властью. Изъ этого опредѣленія видно, что въ понятіе матеріальнаго закона входятъ 3 существенныхъ момента:

---

[1]) Моя книга, Свобода и ея гарантіи, стр. 162—168.

А) юридическая норма, Б) приказъ государственной власти, В) форма установленія.

А) Законъ есть юридическая норма, т.-е. снабженное обязательной силой правило для руководства человѣческимъ поведеніемъ. Это значитъ, прежде всего, что понятіе закона вытекаетъ изъ понятія объективнаго права, по отношенію къ которому оно является только граматическимъ способомъ его изложенія. Затѣмъ, понятіе правила, лежащее въ основѣ понятія юридической нормы, указываетъ на то, что законъ не исчерпывается примѣненіемъ къ данному, опредѣленному впередъ случаю, а, напротивъ, переживаетъ себя даже тогда, когда фактически его примѣняютъ только одинъ разъ. Понятіемъ правила необходимо предполагается существованіе цѣлаго класса подобныхъ другъ другу случаевъ и, поэтому, пока законъ не отмѣненъ, онъ примѣняется не къ одному, а ко всѣмъ случаямъ даннаго класса. Отсюда само собой слѣдуетъ заложенная въ самое понятіе юридической нормы общность матеріальнаго закона, обнимающая неопредѣленное и неограниченное число случаевъ, подпадающихъ подъ его опредѣленія.

Общность закона признавалась его небходимымъ качествомъ еще древними философами—Платономъ и Аристотелемъ; затѣмъ, она подчеркивалась школой „естественнаго права“ и, особенно, Ж. Ж. Руссо, который, хотя и аргументировалъ схоластической „общей волей“, но въ общности закона видѣлъ справедливо гарантію противъ правительственнаго произвола. Таковой остается и теперь не встрѣчающая возраженій доктрина французскихъ юристовъ, единодушно признающихъ общность закона его существеннымъ элементомъ, и отрицающихъ характеръ закона за всѣми индивидуальными и конкретными актами государственной власти, если они даже облекаются въ форму закона, т.-е. проходятъ черезъ законодательныя инстанціи [1]). То же можно сказать и о господствующей въ Германіи со времени Р. Моля и Гербера доктринѣ [2]), которая, однако, рѣшительно оспаривается въ послѣднее время Лабандомъ и Іеллинекомъ. Мы не говоримъ о писателяхъ, отвергающихъ различіе между формальными и матеріальными законами: для нихъ не можетъ быть и вопроса объ общности или индивидуальности закона, такъ какъ они стоятъ на чисто формальной точкѣ зрѣнія и считаютъ закономъ всякій актъ верховной власти, каково бы ни было его содержаніе. Но оппозиція Лабанда и Іеллинека тѣмъ поразительнѣе, что эти писатели не только не отвергаютъ различія между формальными и матеріальными законами, но, напро-

[1]) Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901, I, стр. 503—512. Esmein, Eléments de droit constitutionnel, стр. 9, 10 и 693. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 1906, I, стр. 64.

[2]) Seligmann, Der Begriff des Gesetzes im matereiellen und formellen Sinne, 1886, стр. 63 и слѣд.

тивъ, настаиваютъ на немъ и сдѣлали, вѣроятно, болѣе, чѣмъ кто-нибудь, для его установленія и популяризаціи. Какъ-же они аргументируютъ свою оппозицію?

Начинается со ссылки на „спеціальные законы", различающіеся какъ отъ юридическихъ отношеній или сдѣлокъ, такъ и отъ правительственныхъ распоряженій. Юридическія сдѣлки не содержатъ въ себѣ юридической нормы, но производятъ субъективныя права и обязанности. Правительственныя распоряженія лишены формы закона и не выходятъ, по общему правилу, изъ предѣловъ дѣйствующаго права. Напротивъ, спеціальные законы заключаютъ въ себѣ и юридическую норму, примѣнимую только къ данному случаю, и форму закона, и содержаніе, выходящее за предѣлы существующаго права. Въ видѣ примѣровъ такихъ законовъ Лабандъ указываетъ на законы, устанавливающіе регентство или престолонаслѣдіе на данный спеціальный случай, выборы въ парламентъ на одинъ разъ, какъ это было въ 1866 г. съ выборами въ рейхстагъ Сѣверо-Германскаго Союза, продленіе сессіи даннаго парламента, какъ это имѣло мѣсто въ Германіи по закону 21 іюля 1870 г., и т. д...

Правда, Лабандъ и Іеллинекъ готовы признать, что законы разсчитаны обыкновенно не на одинъ случай, но они считаютъ это обстоятельство naturale, а не essentiale negotii, т.-е. естественнымъ или обычнымъ, но не необходимымъ элементомъ закона [1]). Іеллинекъ идетъ даже еще далѣе въ уступкѣ господствующей доктринѣ, соглашаясь признать не только преобладаніе въ современномъ правѣ общихъ законовъ надъ спеціальными, но и перенесеніе идеи общаго закона отъ отношеній государственной и юридической жизни на другіе порядки явленій, къ которымъ примѣняется понятіе закона въ научномъ смыслѣ. Онъ даетъ и объясненіе этого преобладанія общности въ огромномъ большинствѣ юридическихъ законовъ,—объясненіе, заключающееся въ томъ, что индивидуальныя и общественныя отношенія людей представляютъ собою не безпорядочную игру случайностей, а постоянные типы. Въ силу общности условій жизни и потребностей, единства физической и духовной организаціи людей, между ними образуется необходимо рядъ прочныхъ отношеній другъ къ другу и къ внѣшнему міру. Эти отношенія, уже вслѣдствіе своей повторяемости, получаютъ болѣе или менѣе постоянный характеръ. Поэтому въ правѣ и возникаютъ абстрактныя правила, нормирующія на будущее время неопредѣленное множество случаевъ, объединенныхъ общими имъ всѣмъ признаками. Постоянство жизненныхъ отношеній есть основаніе общаго закона. Но такъ какъ это постоянство не идетъ такъ далеко, чтобы все разнообразіе жизненныхъ отношеній могло быть подведено подъ типы, устанавливаемые общими нормами, то индивидуальныя отношенія, которыя не подходятъ подъ общія нор-

[1]) Laband, Deutsches Staatsrecht, I, стр. 488 и слѣд. (3-te Aufl.).

мы, или примѣненіе къ которымъ этихъ послѣднихъ было бы несправедливо, регулируются спеціальными законами и индивидуальными правительственными распоряженіями. Первые, т.-е. спеціальные законы, выступаютъ тамъ, гдѣ нормы, устанавливаемыя ими для даннаго индивидуальнаго отношенія, противорѣчатъ праву, дѣйствующему въ силу общихъ законовъ, а вторыя, т.-е. правительственныя распоряженія, или ограничиваются регулированіемъ индивидуальныхъ отношеній въ предѣлахъ дѣйствующаго права, или, оставаясь въ предѣлахъ же дѣйствующаго права, они подымаются отъ индивидуальныхъ отношеній къ тѣмъ классамъ этихъ отношеній, которыми оперируютъ и общіе законы [1]).

Дополнимъ аргументацію противъ необходимой общности закона указаніями Haenel'я на австрійскій, многіе германскіе и другіе кодексы, причисляющіе къ законамъ и акты привилегій, вольностей, индивидуальнаго освобожденія отъ разныхъ тягостей и т. д... Сверхъ того, общій и индивидуальный законы, по мнѣнію Haenel'я, однородны и въ своемъ юридическомъ существѣ. Различіе между ними только въ томъ, что индивидуальный или спеціальный законъ относится къ одному или нѣсколькимъ опредѣляемымъ индивидуально составамъ фактовъ, тогда какъ въ общихъ законахъ эти факты опредѣляются родовыми признаками. Однородность же тѣхъ и другихъ законовъ въ ихъ юридическомъ существѣ выражается въ томъ, что индивидуальные законы дѣлаютъ для регулируемыхъ ими отношеній то же, что дѣлаютъ и общіе законы для подпадающихъ ихъ дѣйствію отношеній. Это замѣтнѣе всего тамъ, гдѣ спеціальный законъ регулируетъ какой-нибудь индивидуальный случай вопреки опредѣленіямъ общаго закона. Онъ соединяетъ при этомъ съ даннымъ составомъ фактовъ такія юридическія послѣдствія, для которыхъ общій законъ предполагаетъ другой составъ фактовъ, какъ это можно констатировать, хотя бы, на примѣрѣ закона, устанавливающаго для того или другого лица или того или другого класса лицъ совершеннолѣтіе раньше или позже возраста, положеннаго для наступленія совершеннолѣтія общимъ законамъ. Возможно, что спеціальный законъ связываетъ съ даннымъ фактическимъ отношеніемъ и иныя юридическія послѣдствія, чѣмъ тѣ, которыя установлены общимъ закономъ для обнимающаго это же отношеніе класса отношеній того же рода, когда, напр., нѣкоторыя имущества освобождаются отъ налога, установленнаго на всѣ имущества общимъ закономъ. Въ обоихъ случаяхъ индивидуальное регулированіе функціонируетъ вмѣсто общаго и для даннаго случая имѣетъ то же юридическое значеніе и тѣ же юридическія послѣдствія, что и общій законъ въ отношеніи подходящихъ подъ его опредѣленіе случаевъ [2]).

Мы находимъ всю эту аргументацію несостоятельной, такъ какъ

---

[1]) Iellinek, Gesetz und Verordnung, стр. 237 и слѣд.

[2]) Haenel. Gesetz im formellen und materiellen Sinn, въ Studien zum deutchen Staatsrecht, 1888, II, стр. 116 и слѣд.

она не видитъ за деревьями лѣса и основана на смѣшеніи, съ одной стороны, формальнаго закона съ матеріальнымъ, а съ другой—понятія юридической нормы съ понятіемъ индивидуальнаго регулированія. Такъ назыв. спеціальные законы можно считать формальными, но не матеріальными законами: облеченные въ форму закона, они не заключаютъ въ себѣ его содержанія, т.-е. юридической нормы, которую оба кориѳея современнаго публичнаго права признаютъ сами критеріемъ матеріальнаго закона. Съ другой стороны, спеціальные законы представляютъ собой только индивидуальное регулированіе, которое неправильно объединять съ юридической нормой уже потому, что эта послѣдняя есть въ самомъ своемъ понятіи обобщенное правило для цѣлаго ряда сходныхъ случаевъ.

Кромѣ того, при трудности матеріальнаго разграниченія различныхъ функцій государственной власти, устраненіе признака общности изъ понятія закона сдѣлало бы невозможнымъ какое бы то ни было разграниченіе его отъ административныхъ актовъ, устанавливаемыхъ въ законодательномъ порядкѣ. Между тѣмъ разграниченіе это чрезвычайно важно, и если въ отношеніи къ административнымъ распоряженіямъ, остающимся въ предѣлахъ дѣйствующаго права, мы имѣемъ его въ самомъ порядкѣ ихъ изданія, то въ отношеніи къ административнымъ актамъ, проходящимъ законодательный порядокъ, у насъ была бы отнята всякая возможность различить такіе акты отъ законовъ въ матеріальномъ смыслѣ, разъ изъ этихъ послѣднихъ была бы выкинута черта общности. А что эта черта не можетъ быть изъ нихъ выкинута, это доказывается, сверхъ приведенныхъ соображеній, и тѣмъ, что общность закона есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, и его raison d'être, и основаніе его обязательной силы, и необходимая гарантія противъ произвола.

Для чего было бы и возникать закону, въ смыслѣ общей юридической нормы, если бы цѣли правового порядка могли быть осуществлены и индивидуальнымъ регулированіемъ? Гдѣ искать основанія обязательной силы закона, какъ не въ свидѣтельствуемой имъ юридической нормѣ? Это основаніе видѣли прежде въ волѣ монарха и объясняли это божественной инвеституро́й. Но теперь едва-ли кто сомнѣвается въ несостоятельности какъ этого объясненія, такъ и столь распространеннаго еще въ недавнее время обоснованія закона на „общей волѣ“. Эта послѣдняя представляетъ собой не что иное, какъ фикцію. Въ дѣйствительности мы знаемъ только индивидуальную волю и производную отъ нея волю численнаго большинства или вожаковъ господствующихъ партій. Съ другой стороны, теоретически неоспоримо, что ни за одной волей не можетъ быть признано права приказывать другой, такъ какъ каждая индивидуальная воля равна другой индивидуальной волѣ. И если законы дѣйствуютъ обязательно въ отношеніи ко всѣмъ, это зависитъ не отъ того, что они исходятъ отъ тѣхъ или другихъ органовъ государственной власти, а отъ того, что они содержатъ въ себѣ юридическую норму. Юридическая же норма есть всегда общее

правило, и такимъ общимъ правиломъ долженъ оставаться поэтому и законъ.

Что касается лежащей въ общности закона гарантіи управляемыхъ противъ тираніи правителей, то рѣшающее значеніе этой гарантіи связано съ современнымъ представленіемъ о государствѣ. Съ тѣхъ поръ, какъ мы и не мыслимъ государства иначе, какъ осуществляющимъ право, понятіе закона въ смыслѣ общаго правила, обязательнаго какъ для управляемыхъ, такъ и для правящихъ, дѣлается практической необходимостью. Если государство должно осуществлять право, и его индивидуальные акты должны быть примѣненіемъ юридическихъ нормъ, то и законъ, устанавливающій условія и границы этихъ актовъ, не можетъ быть ни чѣмъ инымъ, какъ юридической нормой, или общимъ правиломъ [1]).

Наконецъ, въ пользу общности понятія закона говоритъ и установившееся какъ въ юридическомъ языкѣ, такъ и во всѣхъ другихъ областяхъ знанія словоупотребленіе, принимающее всегда слово „законъ“ въ смыслѣ абстрактнаго, а не конкретнаго понятія [2]).

Б) Законъ есть приказъ верховной государственной власти, т.-е. законъ, каково бы ни было его содержаніе, долженъ быть приказомъ, выраженнымъ въ положительной или отрицательной формѣ; другими словами, онъ долженъ требовать извѣстнаго рода дѣйствій, разъ указываемыя имъ условія оказываются на лицо, или запрещать тѣ или другія дѣйствія въ такъ же напередъ опредѣляемыхъ имъ условіяхъ. Всѣ законы сводятся, такимъ образомъ, къ положительнымъ или отрицательнымъ приказамъ государственной власти, и тѣ опредѣленія этой послѣдней, которыя не содержатъ въ себѣ приказа, не будутъ законами въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Такъ, напр., § 2 кн. 1 прусскаго Allgemeines Landrecht, утверждающій, что „гражданское общество состоитъ изъ многихъ союзовъ и сословій, связанныхъ

[1]) Duguit, L'Etat, I, стр. 501 и слѣд. У этого автора мы находимъ и интересное указаніе на близость взглядовъ Лабанда и Іеллинека съ отвергаемыми ими же ученіями школы „естественнаго права“. Оба нѣмецкихъ публициста утверждаютъ, что мы имѣемъ понятіе матеріальнаго закона во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда распоряженіе законодательной власти—все равно, общее или индивидуальное,—измѣняетъ, т.-е. расширяетъ или суживаетъ, юридическую сферу государства или отдѣльныхъ лицъ. Это значитъ утверждать наличность закона во всѣхъ случаяхъ общаго или индивидуальнаго измѣненія юридической сферы отдѣльнаго лица, такъ какъ эта сфера тѣсно связана со сферой государственной дѣятельности: расширенію первой соотвѣтствуетъ суженіе второй, и обратно. Слѣдов., Лабандъ и Іеллинекъ признаютъ за индивидомъ права, которыя государство только расширяетъ или суживаетъ. Этимъ самымъ они платятъ дань ученію школы „естеств. права“ объ индивидуальномъ правѣ, принадлежащемъ индивиду, какъ таковому. Ibid., стр. 517 и слѣд.

[2]) G. Meyer, Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushalts-Etats, въ Zeitschr. f. Priv. u. öffentl. Recht, B. VIII, стр. 15 и слѣд., Seligmann, ук. соч., стр. 63 и слѣд.

природой, закономъ или тѣмъ и другимъ вмѣстѣ", или вступленіе въ ст. 62 вюртембергской конституціи, гласящее, что „общины суть основаніе государственнаго союза",—констатируютъ только существующія общественныя состоянія или выражаютъ политическіе взгляды законодателя, его сочувствіе тому или другому порядку вещей, но не имѣютъ силы закона, ничего не предписывая и не устанавливая никакихъ юридическихъ послѣдствій. Поэтому, несмотря на помѣщеніе въ кодексахъ, подобные законы не будутъ законами въ матеріальномъ смыслѣ этого слова. Сюда же должны быть отнесены и законодательныя опредѣленія, содержащія въ себѣ мотивы, политическія программы, поученія, рубрики, систематическія подраздѣленія и всѣ въ томъ же родѣ положенія, называемыя законами только потому, что они исходятъ въ установленномъ порядкѣ отъ верховной государственной власти. Это будутъ законы лишь въ формальномъ, а не въ матеріальномъ смыслѣ, такъ какъ послѣдніе предполагаютъ отсутствующую здѣсь юридическую норму съ характеромъ приказа. Не слѣдуетъ только думать, что содержащійся въ законѣ приказъ обязателенъ потому, что онъ исходитъ отъ государственной власти. Таково, правда, господствующее ученіе о законѣ, но оно не выдерживаетъ критики.

Повелительность закона, какъ и основаніе его обязательной силы, имѣетъ свой корень не въ государственной власти, какъ таковой, а въ составляющей содержаніе закона юридической нормѣ. Только эта норма опирается на общественную солидарность и не можетъ не быть обязательна для всѣхъ, кто связанъ этой солидарностью. Вотъ почему и повелительность закона основана на существѣ юридической нормы, а не государственной власти, воля которой, — равная, сама по себѣ, несмотря на свое фактическое превосходство, всякой другой индивидуальной волѣ, — не можетъ объяснить ни обязательности, ни повелительности закона.

Господствующій взглядъ, сводящій повелительность закона къ приказу государственной власти, опровергается, сверхъ всего прочаго, и слѣдующимъ соображеніемъ. Никто, кромѣ крайнихъ абсолютистовъ, вродѣ извѣстнаго баварскаго государствовѣда Зейделя, не споритъ въ настоящее время противъ обязательности закона не только для управляемыхъ, но и для правителей. Такое дѣйствіе закона было бы невозможно, если бы повелительность его обусловливалась иключительно приказомъ государственной власти. Никто не можетъ приказывать самому себѣ, и если бы мы приняли господствующій взглядъ, то законъ не былъ бы обязателенъ для государственной власти, и мы не имѣли бы самаго понятія „правового государства". Пришлось бы отказать въ обязательной силѣ и всѣмъ законамъ, касающимся самого государства, его организаціи, функцій управленія и т. д. И въ этотъ разрядъ попали бы не только конституціонные и административные законы, но и всѣ нормы, основанныя на договорѣ

между различными государствами и между правителями и управляемыми въ предѣлахъ одного и того же государства. Между тѣмъ конституціонные законы почитаются всюду, какъ supremae leges, какъ законы „по преимуществу", а подъ договорными законами народы не только жили въ теченіе весьма продолжительнаго періода своей исторіи, — напр., въ феодальную эпоху, — но живутъ и въ настоящее время, какъ въ своихъ международныхъ сношеніяхъ, такъ и во многихъ еще случаяхъ внутреннихъ отношеній со своими правителями. Обязательность всѣхъ этихъ законовъ можетъ быть объяснена повелительностью только юридическихъ нормъ, а не государственныхъ приказовъ.

Спорнымъ можно считать лишь слѣдующій вопросъ: есть-ли законъ только констатированіе юридической нормы, или, вмѣстѣ съ тѣмъ, и приказъ государственной власти? Нѣкоторые юристы, какъ, напр., Цительманъ, думаютъ, что юридическій законъ, подобно закону въ научномъ смыслѣ, есть просто гипотетическое сужденіе, не производящее ни правъ, ни обязанностей, а только утверждающее наступленіе извѣстныхъ послѣдствій при наличности извѣстныхъ условій [1]). Но эти юристы забываютъ о нормативной природѣ юридическаго закона, обязывающей къ извѣстнаго рода поведенію и заключающей въ себѣ актъ сознательной воли, обращенный къ другой такой же сознательной волѣ. И именно потому, что этотъ законъ есть не только отношеніе причинности, но также актъ воли, мы и встрѣчаемся при большинствѣ законовъ съ приказами государственной власти, которые, если и не составляютъ основанія ихъ обязательной силы, то все-таки существуютъ. Законодатель не только констатируетъ юридическую норму, но и желаетъ ея примѣненія. Поэтому онъ и принимаетъ мѣры, обезпечивающія ея примѣненіе, — мѣры, которыя называютъ иногда конструктивной частью закона, въ отличіе отъ его нормативной части, представленной юридической нормой. Тѣмъ не менѣе эти мѣры, если и сопровождаютъ большинство законовъ, не составляютъ ихъ необходимой принадлежности, такъ какъ мы знаемъ не мало законовъ, обходящихся безъ принудительной санкціи и все-таки юридически-обязательныхъ: это — такъ наз. leges imperfectae, о которыхъ мы будемъ говорить нѣсколько ниже. Во всякомъ случаѣ, не эта конструктивная часть закона дѣлаетъ его обязательнымъ и повелительнымъ, а только его нормативная часть, которая и есть поэтому существенный и необходимый моментъ всякаго закона [2]).

Кому принадлежитъ въ государствѣ право изданія законовъ, какіе призываются къ этому органы государственнаго устройства, и въ какомъ объемѣ пользуются они законодательной функціей, — все это вопросы государственнаго права, которые разрѣшаются различно, смотря по различію

---

[1]) Zittelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, стр. 202 и слѣд.

[2]) Duguit, ук. соч. I, стр. 539—551.

государственнаго строя, и эти вопросы мы оставимъ въ сторонѣ. Скажемъ лишь, что у насъ до изданія манифеста 17 окт. 1905 г. верховная власть законодательства была сосредоточена въ рукахъ царя: по ст. 51-ой нашихъ прежнихъ Основныхъ Законовъ только постановленія Высочайше утвержденныя, исходящія отъ лица государя, имѣли силу закона. Этой чертой законъ отличался у насъ отъ постановленій подчиненныхъ органовъ управленія: указовъ Сената, циркуляровъ министровъ, распоряженій намѣстниковъ, генералъ-губернаторовъ и т. д. Всѣ эти постановленія были подчинены — по крайней мѣрѣ, на бумагѣ — закону, какъ высшей нормѣ, изъ которой они заимствовали свою обязательную силу, и потому обязательность ихъ ограничивалась, опять на бумагѣ, законными предѣлами власти каждаго уполномоченнаго на нихъ лица или учрежденія. Въ случаѣ нарушенія закона и основанныхъ на немъ правъ, эти постановленія могли быть отмѣнены и повлечь за собою отвѣтственность лицъ, отъ которыхъ они вышли, въ порядкѣ надзора, административныхъ взысканій и даже гражданскаго иска. Отвѣтственность эта была и остается, къ сожалѣнію, номинальной—какъ по отсутствію у насъ дѣйствительной административной юстиціи, такъ и вслѣдствіе зависимости судебнаго преслѣдованія должностныхъ лицъ отъ согласія на это преслѣдованіе ихъ подлежащихъ начальствъ.

На основаніи Учрежденій Государственной Думы и Государственнаго Совѣта законы должны отличаться и у насъ отъ правительственныхъ распоряженій тѣмъ, что въ созданіи первыхъ участвуютъ, на ряду съ монархомъ, Государственная Дума и Государственный Совѣтъ, тогда какъ послѣднія издаются въ порядкѣ управленія и обходятся безъ участія представительныхъ учрежденій. Единственный случай отступленія правительственныхъ распоряженій отъ опредѣляющаго ихъ въ матеріальномъ смыслѣ принципа подзаконности представляютъ у насъ издаваемыя въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ и въ порядкѣ такъ наз. верховнаго управленія распоряженія или указы (Nothverordnungen), объ отличіи которыхъ отъ законовъ мы уже говорили.

В) Законъ есть юридическая норма, возникшая и обнародованная въ установленномъ впередъ порядкѣ. Здѣсь мы возвращаемся къ формѣ закона, имѣющей важное значеніе и требующей нѣкоторыхъ дополнительныхъ замѣчаній.

Если подъ формой закона разумѣть все, что исходитъ отъ суверенныхъ органовъ государства, то понятіе этой формы было бы чрезвычайно расширено. Подъ него подошло бы всякое предписаніе верховной власти, распознаваемое для того, кого оно касается; и если бы понятіе закона строилось на такомъ пониманіи его формы, то оно было бы до крайности растяжимо, обнимая собою какъ юридическія нормы, такъ и судебныя рѣшенія, и множество административныхъ актовъ въ тѣсномъ смыслѣ. Формы закона въ юридическомъ смыслѣ тутъ бы не было.

Что всякое опредѣленіе воли, долженствующее связать другого, можетъ исходить только отъ того, за кѣмъ такая власть признана юридически, что это опредѣленіе воли должно быть объявлено и доведено до свѣдѣнія того, кого оно имѣетъ въ виду связать,—все это само собою вытекаетъ изъ существа всякаго обязательнаго акта воли и не даетъ еще понятія формы въ юридическомъ смыслѣ. Это послѣднее выступаетъ только тамъ, гдѣ наличность закона ставится въ зависимость отъ извѣстной, строго спеціализированной формы, которая объявляется условіемъ дѣйствительности облекаемаго въ нее содержанія права и его юридическихъ послѣдствій. Поэтому мы будемъ имѣть юридическую форму закона только тамъ, гдѣ въ положительномъ правѣ оказывается постановленіе такого рода, что извѣстные акты, исходящіе отъ высшихъ органовъ государственной власти, должны быть облечены,—въ отличіе отъ другихъ, могущихъ быть такъ же обязательными, актовъ государственной власти,—въ особую, имъ однимъ присвоенную форму, которая дастъ выраженнымъ только въ этой формѣ актамъ силу закона и право на это названіе, въ его конституціонномъ смыслѣ.

Абсолютныя монархіи не оставляютъ мѣста для такого понятія формы закона вслѣдствіе дѣйствующаго въ нихъ принципа: quod principi placuit, legis habet vigorem. Всякое распознаваемое и даже нераспознаваемое изъявленіе воли монарха производитъ здѣсь соотвѣтствующее ему юридическое дѣйствіе независимо отъ какихъ бы то ни было особыхъ формъ, такъ что, если въ абсолютныхъ монархіяхъ и образуются иногда съ теченіемъ времени нѣкоторыя формальныя различія между законами, повелѣніями, административными распоряженіями и т. д., то различія эти сводятся, по большей части, къ канцелярскимъ тонкостямъ, не оказывающимъ вліянія на дѣйствительность монаршихъ рѣшеній. То же самое, т.-е. отсутствіе опредѣленной формы закона, можетъ встрѣтиться и въ абсолютныхъ демократіяхъ, гдѣ народное собраніе или его представительный органъ отправляютъ такъ же неограниченно, какъ и абсолютный монархъ, всю полноту власти, принадлежащей государству. Впервые понятіе закона, въ указываемомъ тутъ и принятомъ теперь во всѣхъ конституціонныхъ государствахъ формальномъ его значеніи, устанавливается во французской конституціи 1791 года, дающей названіе законовъ лишь тѣмъ актамъ государственной власти, которые проходятъ черезъ законодательное собраніе и получаютъ королевскую санкцію или ея эквивалентъ, т.-е. троекратное голосованіе одного и того же проекта закона въ трехъ послѣдовательныхъ сессіяхъ законодательнаго собранія. Эта форма закона видоизмѣняется, смотря по различію государственнаго строя, но во всѣхъ конституціонныхъ государствахъ она отличается тѣмъ, что исполнительная власть или вовсе не участвуетъ въ созданіи законовъ (конституціонныя республики), или участвуетъ въ необходимой для понятія закона связи съ голосованіемъ каждаго акта этого имени однимъ или

двумя законодательными собраніями (конституціонныя монархіи). Наше право до послѣднихъ реформъ въ нашемъ государственномъ строѣ не знало такого понятія формы закона, хотя и оно издавна предписывало извѣстный порядокъ установленія законовъ, не имѣвшій, однако, въ силу условій и особенностей нашей государственной жизни, того значенія, какое принадлежитъ формѣ закона въ государствахъ конституціоннаго типа. Предполагая этотъ порядокъ уже извѣстнымъ, мы остановимся только на двухъ, вызывающихъ нѣкоторыя сомнѣнія, моментахъ его, а именно—санкціи и публикаціи закона.

Санкціей закона называется утвержденіе его верховной властью,—утвержденіе, которое составляетъ необходимое условіе возникновенія закона, но не опредѣляетъ ни его обязательнаго дѣйствія, ни момента вступленія въ силу. Санкція есть скорѣе, какъ выражается Іеллинекъ [1]), заключительный актъ того эмбріологическаго процесса образованія закона, въ которомъ онъ не проявляетъ еще своего юридическаго дѣйствія. Поэтому санкція представляетъ собою не юридическій моментъ рожденія закона, а только его психологически необходимую причину, и это можно отмѣтить съ особенной ясностью въ монархическихъ государствахъ. Санкція не связываетъ здѣсь ни монарха, ни кого бы то ни было. Данная до обнародованія закона, она можетъ быть до этого же обнародованія взята назадъ, и въ этомъ случаѣ не будетъ никакого закона, тогда какъ, если бы санкція имѣла сама по себѣ юридическое значеніе, она связывала бы, по крайней мѣрѣ, монарха, въ смыслѣ препятствія къ отступленію отъ нея. Слѣдовательно, санкція есть только внутренній психическій актъ, которымъ монархъ выражаетъ свое рѣшеніе предписать тотъ или другой законъ; но это—не юридическій актъ уже потому, что воля, не обнаруженная во внѣ, не имѣетъ юридическаго значенія. Съ психологической точки зрѣнія актъ воли возможенъ только тогда, когда ему предшествуетъ рѣшеніе произвести его, и въ этомъ отношеніи санкція есть необходимое условіе закона. Но юридическое значеніе акты воли во всѣхъ областяхъ права получаютъ лишь тогда, когда они объявлены или могутъ быть выведены изъ данныхъ обстоятельствъ дѣла. Уже поэтому обязательное дѣйствіе закона связывается вездѣ съ его публикаціей, а не съ санкціей, лишенной до той же публикаціи всѣхъ признаковъ юридическаго акта. Эта санкція дается, какъ общее правило, въ формѣ подписи монарха подъ текстомъ закона, и къ ней присоединяется обыкновенно въ конституціонныхъ государствахъ подпись одного изъ министровъ, имѣющая цѣлью установить отвѣтственность этого министра за подлинность и правильное составленіе закона.

Что касается публикаціи, или обнародованія закона, то обнародованіе это представляетъ собой не только необходимое условіе обязательной

[1]) Iellinek, Gesetz und Verordnung, стр. 327 и слѣд.

силы закона, но и моментъ, которымъ опредѣляется вступленіе его въ силу. Необнародованный законъ такъ же необязателенъ, какъ необязательна всякая необъявленная или нераспознаваемая воля: lex non obligat nisi rite promulgata. Это обнародованіе можетъ происходить только черезъ уполномоченный на то органъ государственной власти, который не всегда совпадаетъ съ призваннымъ къ участію въ законодательствѣ органомъ этой власти. Такое совпаденіе мы видимъ въ Германіи, гдѣ публикація имперскихъ законовъ есть право и обязанность императора, а публикація партикулярныхъ или мѣстныхъ законовъ производится мѣстными же государями. У насъ, напротивъ, „законы обнародываются во всеобщее свѣдѣніе Правительствующимъ Сенатомъ въ установленномъ порядкѣ и прежде обнародованія въ дѣйствіе не приводятся“ (ст. 91 Осн. Зак. изд. 1906 г). Изъ этой статьи, въ связи со слѣдующей за ней ст. 92, говорящей, что „законодательныя постановленія не подлежатъ обнародованію, если порядокъ ихъ изданія не соотвѣтствуетъ положеніямъ сихъ Основныхъ Законовъ“, видно, что нашъ Сенатъ не только публикуетъ законы, но имѣетъ также право и обязанность слѣдить за правильностью ихъ изданія. Однако, подчиненное положеніе нашего Сената и бумажный типъ нашего „обновленнаго строя“ производятъ то, что это право и эта обязанность остаются мертвой буквой, и Сенатъ не только не воспользовался ни разу своимъ правомъ, но, напротивъ, распубликовалъ цѣлый рядъ законовъ, изданныхъ помимо одобренія Государственной Думы и послѣ 27 апр. 1906 г., когда новые Основные Законы вступили въ силу. Сюда слѣдуетъ отнести и указъ 3 іюня 1907 г. объ измѣненіи избирательнаго права, изданный, конечно, не въ томъ порядкѣ, который предписанъ этими Основными Законами [1]).

Формы публикаціи законовъ различны и проходятъ, въ общемъ, слѣдующія фазы развитія. Сначала господствуетъ устная форма, и господствуетъ даже тогда, когда устанавливается практика писаннаго законодательства. Народные законы оглашаются въ народныхъ собраніяхъ, королевскіе—въ сословныхъ сеймахъ и имъ подобныхъ учрежденіяхъ. Кромѣ того, оглашеніе новыхъ законовъ происходитъ въ церквахъ, судахъ, городскихъ ратушахъ, на рынкѣ и т. д., и это оглашеніе повторяется иногда въ тѣхъ же мѣстахъ ежегодно. Этотъ порядокъ удерживается отчасти до новаго времени, но съ изобрѣтеніемъ книгопечатанія практически-преобладающее значеніе получаетъ публикація черезъ печать. Проходитъ, однако, много времени, прежде чѣмъ печатаніе закона признается необходимой и исключительной формой его публикаціи. Этотъ шагъ сдѣланъ только въ XIX в., и теперь публикація путемъ печати есть единственная юридически-обязательная форма обнародованія законовъ. Всюду основаны особые періодическіе органы печати, въ которыхъ помѣщается

[1]) Лазаревскій, ук. соч., стр. 453.

все, что должно имѣть силу закона. Такими органами служатъ: Reichsgesetzblatt въ Германіи, Journal officiel и Bulletin des lois во Франціи, у насъ—Собраніе узаконеній и распоряженій правительства, начавшее выходить съ 1863 г., и т. д. Съ учрежденіемъ этихъ органовъ дѣло публикаціи централизуется, и прежніе несовершенные способы ея отмѣняются или выходятъ изъ употребленія. И если эти послѣдніе не обезпечивали знанія закона и страдали крайностями локализаціи, приводившими къ тому, что моментъ публикаціи опредѣлялся неясно и въ различныхъ мѣстностяхъ различно, то въ настоящее время вопросъ о публикаціи не представляетъ большихъ затрудненій. Публикація и вступленіе закона въ силу опредѣляются помѣщеніемъ его текста въ спеціально назначенномъ для того печатномъ органѣ и выходомъ въ свѣтъ соотвѣтствующаго номера этого органа. Одно лишь англійское право считаетъ законъ вступившимъ въ силу со дня его установленія въ обыкновенномъ парламентскомъ порядкѣ и независимо отъ какой-бы то ни было публикаціи. Но другія европейскія законодательства требуютъ безусловно этой публикаціи и связываютъ ее съ напечатаніемъ закона въ посвященномъ этому дѣлу оффиціальномъ изданіи [1]).

Въ основаніи указаннаго требованія лежитъ, конечно, презумпція, по которой напечатанный законъ предполагается уже поэтому извѣстнымъ всѣмъ, кому надлежитъ примѣнять его и сообразовать съ нимъ свое поведеніе. Но такъ какъ дѣйствительность не всегда отвѣчаетъ этой презумпціи, и законъ, сегодня отпечатанный, напр., въ Петербургѣ, дѣлается извѣстнымъ въ какой-нибудь отдаленной провинціи только черезъ нѣсколько недѣль или даже мѣсяцевъ, то для согласованія презумпціи съ дѣйствительностью современныя законодательства и устанавливаютъ обыкновенно, между днемъ появленія закона въ печатномъ органѣ и днемъ вступленія его въ силу въ отношеніи ко всѣмъ подчиненнымъ ему лицамъ, извѣстный промежутокъ времени, называемый vacatio legis. Этотъ промежутокъ времени опредѣляется или однообразно для всего государства, какъ это происходитъ, напр., въ Бельгіи, гдѣ законъ вступаетъ въ силу одновременно для всего государства черезъ 10 дней послѣ его публикаціи, въ Италіи—черезъ 15, въ Германской Имперіи—черезъ 14 дней, и т. д., или исчисляется различно, смотря по разстоянію отъ мѣста публикаціи, какъ

---

[1]) Нѣкоторые французскіе и нѣмецкіе юристы различаютъ отъ публикаціи такъ наз. промульгацію закона, какъ предшествующую первой стадію въ образованіи закона, и понимаютъ подъ этой промульгаціей формальное установленіе подписью главы государства конституціоннаго бытія закона. Но это различіе едва-ли имѣетъ какое-нибудь значеніе, такъ какъ „промульгація“ въ означенномъ смыслѣ совпадаетъ до своего оглашенія съ санкціей закона, а послѣ оглашенія—съ его публикаціей, входя составнымъ элементомъ въ эту послѣднюю. См. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, I, стр. 72; Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 131.

напр., во Франціи, гдѣ законъ вступаетъ въ силу въ каждомъ округѣ, составляющемъ подраздѣленіе департамента, черезъ день по полученіи здѣсь оффиціальнаго изданія, въ Испаніи — черезъ 4 дня послѣ напечатанія закона въ провинціальной оффиціальной газетѣ, и т. д. Въ теченіе всего промежуточнаго времени законъ производитъ свои юридическія послѣдствія только въ формальномъ, но не матеріальномъ смыслѣ, т.-е. онъ считается юридически возникшимъ и связываетъ собой факторы законодательной власти, которые не могутъ больше отступиться отъ него иначе, какъ въ порядкѣ, опредѣленномъ для отмѣны закона вообще; но граждане или поданные связываются дѣйствіемъ такого закона только по истеченіи срока, установленнаго для vacatio legis.

Такимъ образомъ, несмотря на относительную необязательность закона во все теченіе vacatio legis, онъ тѣмъ не менѣе существуетъ и дѣйствуетъ формально съ момента публикаціи: монархъ въ конституціонномъ государствѣ не можетъ односторонне отмѣнить его, а министръ, который по приказанію монарха вздумалъ бы пріостановить дальнѣйшее оглашеніе или исполненіе такого закона, совершилъ бы преступленіе противъ конституціи. Правда, что въ абсолютныхъ монархіяхъ, гдѣ никто, кромѣ правительства, не освѣдомленъ о существованіи закона передъ его окончательнымъ оглашеніемъ, поставленныя сейчасъ положенія не имѣютъ большого значенія и представляютъ собою крайнюю степень такъ назыв. lex imperfectissima. Но и здѣсь публикація закона есть вступленіе его въ силу и, слѣдовательно, существенный моментъ закона. Все, что слѣдуетъ за публикаціей, не представляетъ собою съ юридической точки зрѣнія свободной дѣятельности законодателя и имѣетъ цѣлью или обезпечить возможно бо́льшее распространеніе закона, или оправдать презумпцію о наличности знанія этого закона въ самый моментъ его публикаціи. Этой цѣли служитъ, какъ уже сказано, vacatio legis, срокъ которой можетъ быть въ каждомъ конкретномъ случаѣ удлиненъ или сокращенъ, такъ что часто въ текстѣ самого публикуемаго закона указывается, что онъ долженъ вступить въ силу не непосредственно съ момента своего обнародованія, а по истеченіи извѣстнаго срока, которымъ въ этихъ случаяхъ и опредѣляется моментъ публикаціи. И это спеціальное означеніе момента обязательнаго дѣйствія закона встрѣчается, по большей части, при большихъ и особенно важныхъ законодательныхъ актахъ, затрагивающихъ слишкомъ крупные интересы и уже поэтому требующихъ времени для спеціальнаго ознакомленія съ ними какъ судовъ, такъ и заинтересованныхъ лицъ. При отсутствіи подобныхъ сроковъ, поставленныхъ въ самомъ законѣ относительно вступленія его въ силу, всякій законъ дѣйствуетъ формально, по общему правилу, съ того дня, въ который онъ отпечатанъ въ журналѣ, назначенномъ для обнародованія законовъ, а свои матеріальныя послѣдствія для подчиненныхъ ему лицъ онъ производитъ по истеченіи срока, установленнаго для vacatio legis.

Въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ вопросъ о публикаціи законовъ стоитъ такъ: она производится Правительствующимъ Сенатомъ (ст. 91 Основн. Зак. изд. 1906 г.), которому вмѣнено въ обязанность не публиковать законовъ, порядокъ изданія которыхъ не соотвѣтствуетъ положеніемъ новыхъ Основныхъ Законовъ (ст. 92), а обязательная сила закона, по его обнародованіи, принимается, при неустановленіи въ самомъ законѣ срока для этого обязательнаго дѣйствія, „со дня полученія на мѣстѣ листа сенатскаго изданія, въ коемъ законъ напечатанъ“ (ст. 93). Наконецъ, у насъ есть еще постановленіе ст. 95 тѣхъ же Основн. Зак.: „никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ“. Это значитъ, разъ публикація закона имѣетъ мѣсто, то нельзя ссылаться ни на неосвѣдомленность о ней, ни на ошибку въ знаніи или пониманіи закона (error juris). Это положеніе входитъ въ ученіе о такъ назыв. неизвиняемости ошибки въ законѣ, и оно коренится въ мысли, что, если публикація и имѣетъ своей цѣлью ознакомленіе всего общества съ закономъ, то основаніе обязательной силы закона лежитъ все-таки въ немъ самомъ, а не въ его публикаціи. И выраженіе этого ученія мы имѣемъ въ приведенной сейчасъ нормѣ какъ нашего, такъ и прусскаго, австрійскаго и многихъ другихъ еврочейскихъ кодексовъ [1]), заимствовавшихъ ее, въ свою очередь, изъ римскаго права (ignorantia juris nocet), гдѣ она опиралась, однако, не на фикцію всеобщаго знанія законовъ, а, съ одной стороны, на необходимость обезпечить этой нормой прочность права, и съ другой—на мысль о выраженіи въ словахъ закона того, что уже живетъ или должно жить въ правовомъ сознаніи каждаго. Въ этомъ же смыслѣ толкуется эта норма и современной юриспруденціей, когда она, вмѣстѣ съ совсѣмъ опускающимъ ее новымъ нѣмецкимъ уложеніемъ, отвергаетъ прежнее ученіе о неизвиняемости ошибки въ законѣ и допускаетъ извиняемость этой ошибки въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ противоположное рѣшеніе было бы противорѣчіемъ идеѣ, оправдывающей предположеніе о всеобщей обязательности знанія закона [2]).

Перейдемъ отсюда къ важнѣйшему и труднѣйшему въ теоріи закона вопросу объ его дѣйствіи, которое можно разсматривать: 1) со стороны его отношенія къ индивидуальной волѣ и дѣятельности судьи, и 2) со стороны его отношенія къ массѣ подчиненныхъ ему лицъ и условіямъ мѣста и времени его примѣненія. Въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть дѣло съ различіями въ интенсивной силѣ закона, во второмъ—съ различіями въ его экстенсивномъ дѣйствіи. Въ обоихъ случаяхъ слово законъ будетъ употребляться нами въ смыслѣ юридической нормы вообще.

---

[1]) Allg. Landrecht, Einl. § 12; Oesterr. Gesetzb. § 2 и др.

[2]) Gierke, ук. соч., стр. 135. Dernburg, Das bürgerliche Recht, I, стр. 69.

2. Дѣйствіе закона въ отношеніи къ индивидуальной волѣ и дѣятельности судьи.

Юридическія нормы могутъ стоять въ двоякомъ отношеніи къ индивидуальной волѣ и проявлять въ обоихъ случаяхъ различныя степени интенсивности. Онѣ могутъ быть принудительныя, т.-е. осуществляться независимо отъ индивидуальной воли и оставаться неизмѣнными для всѣхъ, кто вступаетъ въ регулируемыя ими отношенія, и диспозитивныя, т.-е. предоставлять индивидуальной волѣ возможность отступленія отъ установливаемаго ими порядка и обнаруживать свое дѣйствіе лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда индивидуальная воля вовсе не выразила или выразила не вполнѣ свой образъ регулированія того отношенія, въ которое она вступила.

А) Принудительныя юридическія нормы (jus cogens) не оставляютъ мѣста никакимъ опредѣленіямъ индивидуальной воли и называются также абсолютными. Онѣ составляютъ общее правило въ публичномъ правѣ, гдѣ невозможность измѣненія этихъ нормъ частнымъ соглашеніемъ передается извѣстнымъ изреченіемъ римскаго права: jus publicum privatorum pactis mutari non potest (l. 38 D. 2, 14) [1]). Но въ публичномъ правѣ встрѣчаются и диспозитивные законы, какъ, напр., множество нормъ гражданскаго процесса, приводимыхъ въ движеніе частной иниціативой, или нормы о преслѣдованіи извѣстныхъ категорій преступленій исключительно по частнымъ жалобамъ и т. п.. Гражданское право есть, по преимуществу, какъ это будетъ показано ниже, область диспозитивныхъ нормъ, хотя и здѣсь мы встрѣчаемся съ многочисленнымъ составомъ принудительныхъ нормъ, основанныхъ на соображеніяхъ общаго блага, нравственности и общественнаго порядка. Таковы, напр., нормы, устанавливаемыя въ интересахъ слабыхъ и беззащитныхъ, или воспрещающія безнравственные договоры, или вытекающія изъ особыхъ свойствъ извѣстныхъ институтовъ права, какъ то: обязанности совмѣстной жизни для супруговъ, права залогопринимателя на удовлетвореніе изъ продажи заложенной вещи и т. д. Такія нормы тоже не могутъ быть измѣнены частными соглашеніями, и, напр., договоры, исключающіе отвѣтственность предпринимателя за несчастный случай съ его рабочимъ, или совмѣстную жизнь супруговъ, или право залогового кредитора на удовлетвореніе изъ заложенной вещи, были бы абсолютно недѣйствительны.

Принудительныя нормы подраздѣляются, въ свою очередь, на 1) отрицательныя, т.-е. запреты извѣстныхъ дѣйствій (сдѣлокъ), достигающіе сами

---

[1]) Въ ст. 6 французскаго Code civil это же правило формулировано слѣдующимъ образомъ: On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

своей цѣли лишеніемъ этихъ дѣйствій какихъ бы то ни было юридическихъ послѣдствій (напр., запрещеніе дареній между супругами по римскому праву), и 2) положительныя, т.-е. приказы, дѣйствующіе одинаково съ запретами, когда они касаются правоспособности, дѣеспособности, судебной защиты, личной свободы и другихъ благъ, отъ которыхъ никто не можетъ ни отречься путемъ частнаго опредѣленія своей воли, ни видоизмѣнить относящихся сюда правилъ. Но возможно, что принудительныя нормы будутъ грозить своимъ нарушителямъ только наказаніемъ или принудительнымъ исполненіемъ, оставляя въ силѣ противорѣчащія имъ сдѣлки, какъ возможно и то, что онѣ не будутъ грозить ни наказаніемъ, ни принудительнымъ исполненіемъ, разсчитывая на свое моральное дѣйствіе и иныя санкціи; наконецъ, онѣ могутъ, въ видѣ высшей санкціи, комбинировать объявленіе недѣйствительности сдѣлки и съ угрозой наказанія. На этомъ различіи юридическихъ послѣдствій принудительныхъ нормъ основано и старое Ульпіановское раздѣленіе законовъ на: leges perfectae, plus quam perfectae, minus quam perfectae, imperfectae.

Leges perfectae совпадаютъ съ первой изъ указанныхъ выше категорій принудительныхъ нормъ, вмѣстѣ съ ея подраздѣленіемъ на отрицательныя и положительныя, насколько тѣ и другія не допускаютъ юридически своего нарушенія отрицаніемъ за этимъ нарушеніемъ какихъ бы то ни было юридическихъ послѣдствій: таковы, напр., нормы, объявляющія ничтожнымъ обѣтъ вѣчнаго безбрачія, отказъ отъ права на судебную защиту и т. д. Leges plus quam perfectae соединяютъ недѣйствительность сдѣлки съ наказаніемъ одной или обѣихъ участвующихъ въ ней сторонъ, какъ мы видимъ это, напр., въ случаяхъ законовъ, запрещающихъ ростовщичество, уголовный обманъ, абсолютное принужденіе и т. д.. Leges minus quam perfectae считались по римской терминологіи лишь тѣ законы, нарушеніе которыхъ влекло за собой одно наказаніе виновника этого нарушенія, не затрогивая дѣйствительности совершонной имъ сдѣлки. Но мы можемъ отнести въ эту категорію и тѣ нормы, нарушеніе которыхъ, не производя недѣйствительности сдѣлки, обезвреживается и принудительнымъ исполненіемъ. Укажемъ, въ видѣ примѣра, на законы о гербовыхъ пошлинахъ, нарушеніе которыхъ влечетъ за собой не ничтожность сдѣлки, сохраняющей свою силу, а одно лишь принудительное взысканіе установленнаго на сей конецъ денежнаго штрафа. Наконецъ, leges imperfectae не угрожаютъ ни ничтожностью сдѣлки, ни наказаніемъ, ни принудительнымъ исполненіемъ, но стремятся достигнуть своей цѣли иными способами: напр., различными мѣрами косвеннаго воздѣйствія, возможнымъ ущербомъ, если не въ настоящемъ, то въ будущемъ, своей нравственной санкціей и т. п.. Такой характеръ носитъ въ современномъ правѣ запрещеніе брака въ теченіе такъ назыв. „траурнаго года“, или брака между опекуномъ и подопекаемой, пока длится опека: священникамъ и должностнымъ лицамъ, завѣдующимъ актами гражданскаго состоянія, за-

прещено, подъ страхомъ личной отвѣтственности, совершать и регистрировать такіе браки, остающіеся, однако, дѣйствительными и ненаказуемыми. Сюда же можно отнести обязанности, возлагаемыя въ конституціонныхъ монархіяхъ на главу верховной власти по опубликованію законовъ, ихъ исполненію, и другимъ функціямъ государственнаго управленія; обязанности присяжныхъ засѣдателей судить по совѣсти и т. д. Классическимъ примѣромъ такихъ leges imperfectae въ римскомъ правѣ служила lex Cincia, запрещавшая даренія свыше извѣстной суммы, но не объявлявшая ихъ ни ничтожными, ни наказуемыми.

Важнѣйшій при примѣненіи всѣхъ принудительныхъ законовъ вопросъ: какъ отличить различные по своему дѣйствію законы этого рода какъ другъ отъ друга, такъ и отъ диспозитивныхъ законовъ—разрѣшается научнымъ толкованіемъ, такъ какъ дѣйствующія законодательства не даютъ на этотъ вопросъ, по большей части, общаго отвѣта. Римское право поздней императорской эпохи (l. 5 C. 1, 14) предлагало въ случаяхъ сомнѣнія связывать ничтожность сдѣлокъ со всѣми запретительными въ отношеніи къ нимъ нормами. Точно такъ же и новое нѣмецкое гражданское уложеніе содержитъ въ своемъ § 134 слѣдующее положеніе: „юридическая сдѣлка, заключенная вопреки запрету закона, ничтожна, если противное не можетъ быть выведено изъ самого закона“. Но всѣ эти положенія представляютъ собой не что иное, какъ общія правила толкованія законовъ, допускающія, по признанію нѣмецкаго уложенія, и обратное рѣшеніе, когда „противное можетъ быть выведено изъ самого закона“. Поэтому, если законъ не содержитъ въ себѣ указанія на степень интенсивности своего дѣйствія, то вопросъ о принадлежности его къ разряду lex perfecta или lex imperfecta опредѣляется толкованіемъ всего законодательства, и при этомъ толкованіи надо руководствоваться, прежде всего, цѣлью того запрета закона, о которомъ идетъ дѣло. Если этотъ запретъ относится къ результату или юридическому эффекту сдѣлки и имѣетъ въ виду воспрепятствовать наступленію тѣхъ хозяйственныхъ или политическихъ послѣдствій, которыя считаются противными общественному и государственному порядку, то принадлежность такого запрета къ lex perfecta не можетъ подлежать сомнѣнію. Таковы, напр., запреты, налагаемые въ виду обще-хозяйственныхъ или иныхъ общественныхъ соображеній на право отчужденія, и послѣдствія этихъ запретовъ распространяются на дѣйствія, противныя не только буквальному смыслу, но также содержанію и цѣли закона: все, что совершается въ обходъ закона (in fraudem legis), обсуждается наравнѣ съ тѣмъ, что прямо его нарушаетъ. И если законъ запрещаетъ, напр., завѣщать что-либо въ пользу извѣстныхъ лицъ, то этимъ послѣднимъ нельзя отказать ничего и черезъ третье подставное лицо. Напротивъ, если запретъ касается внѣшнихъ условій развитія сдѣлки, не имѣющихъ отношенія къ достигаемому черезъ нее результату, какъ это бываетъ, напр., при запретахъ

торговли въ праздничные дни, когда преслѣдованію подвергается не результатъ сдѣлки, а только заключеніе ея въ извѣстные дни, то о lex perfecta не можетъ быть, очевидно, рѣчи.

Часто законодатель не указываетъ на ту или другую силу своихъ распоряженій только потому, что она само собою подразумѣвается. Какъ сомнѣваться, напр., въ диспозитивномъ характерѣ нормы, не разрѣшающей должнику частичное исполненіе его обязательства (§ 266 нѣм. улож.)? Напротивъ, абсолютно-принудительны приказы и запреты, основанные на соображеніяхъ нравственности, такъ какъ, если право и нравственность представляютъ собой различныя и независимыя другъ отъ друга области, то отношеніе между ними все-таки таково, что право не становится въ сознательное противорѣчіе съ нравственностью. Отсюда—всегда предполагаемая какъ въ римскомъ, такъ и въ современномъ правѣ, и не исключаемая никакими договорными соглашеніями—недѣйствительность договоровъ contra bonos mores, т.-е. противныхъ нравственности. Сюда причисляются и сдѣлки, противорѣчащія общественному и государственному порядку, и сдѣлки, ограничивающія свободу личности въ несоотвѣтствующихъ ея нравственному достоинству дѣйствіяхъ. Иначе, т.-е. не стѣсняя въ этомъ отношеніи личности объективнымъ правопорядкомъ, пришлось бы осудить ее на самоубійство.

Значительная часть абсолютно-принудительныхъ нормъ гражданскаго права обязана своимъ происхожденіемъ и соображеніямъ иного, а именно—полицейско-юридическаго порядка. Таковы, напр., нормы, предписывающія опредѣленныя формы для извѣстныхъ разрядовъ сдѣлокъ. Эти формы устанавливаются въ видахъ обезпеченности права, и нарушеніе ихъ влечетъ за собой ничтожность сдѣлки. Не то значеніе имѣютъ формы, предписываемыя по фискальнымъ соображеніямъ: напр., упомянутая уже нами сдѣлка съ нарушеніемъ требованій гербоваго устава остается въ силѣ, налагая обязанность уплаты денежной пени [1]).

Б) Диспозитивныя нормы [2]) преобладаютъ, какъ это уже упоминалось, въ гражданскомъ правѣ и противополагаются принудительнымъ нормамъ въ томъ смыслѣ, что онѣ не навязываются, какъ эти послѣднія, индивидуальной волѣ и осуществляются только при отсутствіи или неполнотѣ уклоняющихся отъ нихъ опредѣленій той же индивидуальной воли. Французскій Code civ. въ ст. 1134 говоритъ даже, что правильно совершонные договоры „замѣняютъ законъ“ для лицъ, которыя ихъ совершаютъ.

Преобладаніе такихъ нормъ въ гражданскомъ правѣ объясняется

---

[1]) Kuhlenbeck, Pandekten zum bürgerl. Gesetzb., I, стр. 27—32. Dernburg, Das bürgerl. Recht, I, стр. 53—54. Endemann, Die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, 1887, введеніе и § 9.

[2]) Bülow, Dispositives Civilprocessrecht въ ук. м. Ehrlich, Das zwingende und nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzb., 1899.

преобладающей ролью именно въ этой области личности, ея самоопредѣленія и свободы. Ей указываютъ лишь границы, далѣе которыхъ она не должна идти въ осуществленіи своей свободы. Внутри этихъ границъ нормы гражданскаго права не только не стѣсняютъ личной инициативы, но скорѣе поощряютъ ее и ставятъ въ возможно благопріятныя условія. Самостоятельная и цѣлесообразная дѣятельность личности предполагается огромнымъ большинствомъ этихъ нормъ, и изъ обычнаго содержанія ея индивидуальныхъ опредѣленій онѣ заимствуютъ часто и свое содержаніе. На нихъ опирается нормальный или составляющій общее правило правопорядокъ, допускающій, однако, и видоизмѣненія изъ-за того же принципа уваженія къ опредѣленіямъ индивидуальной воли. Таковъ, напр., „законный порядокъ“ наслѣдованія, „законный порядокъ“ супружескихъ отношеній по имуществу, при отсутствіи уклоняющихся отъ нихъ индивидуальныхъ опредѣленій, и таково значительное большинство нормъ, регулирующихъ договорныя обязательства, въ силу господствующаго теперь принципа свободы вступленія въ эти обязательства, участникамъ которыхъ предоставлено заключать договоры по своему усмотрѣнію и наполнять ихъ инымъ содержаніемъ, чѣмъ то, какое они имѣли бы по закону въ томъ случаѣ, если бы договаривающіяся стороны не выговорили въ нихъ особыхъ и отъ нихъ самихъ исходящихъ условій. Тѣмъ не менѣе, нельзя говорить, что отдѣльныя лица отмѣняютъ опредѣленіями своей воли диспозитивныя нормы, или что примѣненіе этихъ послѣднихъ обусловлено положительно волей договаривающихся сторонъ. Отдѣльныя лица не имѣютъ власти отмѣнять нормы, составляющія во всѣхъ случаяхъ не индивидуальное, а соціальное созданіе, и, кромѣ того, дѣйствіе диспозитивныхъ нормъ не исключено и въ отношеніи субъектовъ, лишенныхъ юридической воли. Можно говорить лишь объ отрицательной условленности диспозитивныхъ нормъ индивидуальной волей, такъ какъ юридическія послѣдствія этихъ нормъ наступаютъ только тогда, когда индивидуальная воля не высказывается въ иномъ смыслѣ.

Многіе юристы, за которыми слѣдуетъ и новое нѣмецкое гражданское уложеніе, различаютъ два вида диспозитивныхъ нормъ. Однѣ изъ нихъ выражаютъ то, что законодатель считаетъ соотвѣтствующимъ праву и природѣ даннаго юридическаго отношенія, не навязывая, однако, своего взгляда индивидуальной волѣ. Таково, напр., наслѣдованіе по закону, наступающее лишь въ томъ случаѣ, если оно не исключено распоряженіями послѣдней воли наслѣдодателя. Характеръ такихъ нормъ—субсидіарный, или восполнительный, такъ какъ онѣ примѣняются въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ выраженія индивидуальной воли. Но это не исключаетъ ихъ примѣненія и тогда, когда онѣ неизвѣстны заинтересованнымъ лицамъ. Требуется не знаніе этихъ нормъ, всегда предполагаемое, но выраженіе индивидуальной воли, направленное на ихъ замѣну въ данномъ случаѣ своими опредѣленіями. Слѣдовательно, и эти нормы

вступаютъ въ силу независимо отъ индивидуальной воли, только не вопреки этой волѣ [1]). Поэтому диспозитивныя нормы указываемаго типа называютъ также восполнительными или посредствующими.

Другія диспозитивныя нормы, называемыя то гипотетическими, то правилами толкованія, осуществляются на основаніи презумптивной воли участниковъ даннаго юридическаго отношенія и представляются, поэтому, только презумпціями, которыя падаютъ при всякомъ противорѣчіи съ дѣйствительной волей этихъ лицъ. Онѣ выражаютъ презумптивную волю участниковъ сдѣлки по тѣмъ пунктамъ, которые опущены почему-либо въ ихъ волеизъявленіяхъ. О нихъ говорятъ, поэтому, какъ объ осадкѣ здраваго смысла въ свободныхъ отношеніяхъ гражданскаго оборота, и онѣ служатъ лишь въ помощь толкованію тѣхъ волеизъявленій, которыя остаются не законченными. Изъ обычнаго теченія дѣлъ въ гражданскомъ оборотѣ дѣлается заключеніе о содержаніи индивидуальной воли въ данномъ случаѣ, и это заключеніе сохраняетъ свою силу до тѣхъ поръ, пока оно не опровергается обстоятельствами того же случая. Примѣры подобныхъ нормъ представляютъ, съ одной стороны, такъ наз. naturalia negotii въ составѣ различныхъ сдѣлокъ и, съ другой—правила толкованія договоровъ и завѣщаній, куда можно отнести, хотя бы, вопросъ о томъ, что̀ считать „принадлежностью“ вещи, раздѣляющей судьбу этой послѣдней при исполненіи различныхъ сдѣлокъ, и т. д.: о тѣхъ и другихъ мы будемъ говорить въ свое время. Скажемъ еще, что практическими выводами изъ указаннаго различія между диспозитивными нормами не слѣдуетъ спѣшить: оба вида этихъ нормъ слишкомъ близко соприкасаются и постоянно переходятъ другъ въ друга [2]).

В) Строгое и мягкое (эластичное) право—выражаютъ сходное, но не совпадающее съ противоположеніемъ принудительнаго и диспозитивнаго права различіе въ интенсивномъ дѣйствіи юридическихъ нормъ по отношенію къ дѣятельности судьи. Не всѣ нормы преподаютъ этому послѣднему правила, выраженныя въ абсолютной и аподектической формѣ. Существуютъ нормы, устанавливающія только границы, изъ которыхъ судьѣ предписано не выходить, но внутри которыхъ ему предоставлена свобода дѣйствія и свобода рѣшенія. Первая категорія нормъ образуетъ строгое или абсолютное право (jus strictum), вторая—мягкое или эластичное (jus aequum), и если первая изъ этихъ формъ права преобладаетъ на раннихъ ступеняхъ развитія и въ болѣе близкое къ намъ время господства школы „естественнаго права“ и недовѣрія къ судебной власти, то новыя поколѣнія относятся съ бо̀льшимъ довѣріемъ къ суду и меньше вѣрятъ въ способность законодательства къ совмѣщенію точно

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, I, стр. 126—127.

[2]) Dernburg, ук. соч., стр. 53. Kuhlenbeck, тамъ же, стр. 32—33. Eck, ук. соч., I, стр. 31—32.

опредѣленнаго и одновременно справедливаго регулированія всѣхъ жизненныхъ отношеній. Поэтому современныя законодательства и, въ ихъ числѣ, особенно, нѣмецкое и новѣйшее швейцарское уложенія предписываютъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ рѣшеніе по такъ назыв. „судебному усмотрѣнію“. Это—не открытыя двери для судебнаго произвола, а собственное признаніе законодателя въ томъ, что онъ не можетъ твердыми и разъ навсегда закрѣпленными правилами удовлетворить всѣмъ требованіямъ жизни, и что уже поэтому судьѣ долженъ быть предоставленъ, въ интересахъ справедливости, извѣстный просторъ въ приспособленіи этихъ правилъ къ особенностямъ каждаго отдѣльнаго случая. Правосудіе остается и здѣсь нелицепріятнымъ, равнымъ для всѣхъ и основаннымъ не на субъективныхъ соображеніяхъ о справедливости, постороннихъ объективному составу даннаго случая, а на совокупности всѣхъ обстоятельствъ этого случая, оцѣниваемыхъ по совѣсти, согласно воззрѣніямъ гражданскаго оборота и культурнымъ задачамъ права. Это—не перенесеніе на судью законодательныхъ функцій и не простое толкованіе законовъ, а исполненіе судьей даннаго ему законодателемъ порученія и возвращеніе обществу, черезъ его вліяніе на судью, того участія въ конкретномъ правосозданіи, которое находитъ свое выраженіе въ судебномъ рѣшеніи.

Сошлемся, въ видѣ примѣровъ такихъ нормъ изъ нѣмецкаго уложенія, на его опредѣленія о толкованіи договоровъ по совѣсти и въ согласіи съ воззрѣніями гражданскаго оборота, о правѣ судьи понижать по своему усмотрѣнію размѣръ условленной договорной неустойки, постановлять прекращеніе договоровъ товарищества, личнаго найма и нѣкоторыхъ другихъ юридическихъ отношеній, если на это окажутся „серьезныя основанія“ („wichtige Gründe“), и т. д. Нѣкоторыя изъ этихъ нормъ, какъ, напр., нормы о прекращеніи товарищества, личнаго найма и т. д. „по серьезнымъ основаніямъ“, объ отказѣ по тѣмъ же основаніямъ опекуна отъ своей должности, о тѣхъ или другихъ правомочіяхъ и обязанностяхъ договаривающихся сторонъ „смотря по обстоятельствамъ дѣла“, и т. д.—обращены и къ индивидуальной волѣ, но въ послѣднемъ счетѣ подлежатъ тому же судебному усмотрѣнію. Существенное отличіе этихъ нормъ отъ диспозитивныхъ состоитъ въ томъ, что первыя остаются всегда повелительными, мѣняя только въ извѣстныхъ предѣлахъ свое содержаніе, тогда какъ послѣднія допускаютъ свое полное устраненіе и замѣну себя уклоняющимися отъ нихъ опредѣленіями индивидуальной воли [1]).

Обратимся теперь къ дѣйствію закона въ его экстенсивномъ распространеніи.

---

[1]) Crome, ук. соч., I, стр. 66—69. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, стр. 46—49. Hachenburg, Vorträge, 1898 (2-te Aufl.), стр. 8 и слѣд.

3. Дѣйствіе закона относительно лицъ ему подчиненныхъ.

Общее правило таково: всѣ подчинены одинаково дѣйствію законовъ и никто не исключенъ изъ этого дѣйствія. Прежнія ограниченія этого правила, состоявшія въ освобожденіи извѣстныхъ лицъ и сословій отъ подчиненія общимъ законамъ и въ предоставленіи имъ спеціальной юрисдикціи, отмѣняются теперь повсюду, и равенство всѣхъ передъ закономъ, провозглашенное впервые, въ видѣ юридической нормы, знаменитыми „деклараціями правъ человѣка и гражданина“, составляетъ теперь принципъ публичнаго права всѣхъ культурныхъ народовъ. Со времени изданія Судебныхъ Уставовъ 20 Ноября 1864 года этотъ принципъ освященъ и нашимъ законодательствомъ въ ст. 2 Учрежд. Суд. Уст. и ст. 17 Уст. Гражд. Суд. Ст. 63 прежнихъ Основныхъ Законовъ, говорившая о равенствѣ всѣхъ и каждаго передъ закономъ, „поскольку то до нихъ принадлежать можетъ“, и допускавшая поэтому различное дѣйствіе закона по вѣроисповѣднымъ, національнымъ, сословнымъ и другимъ соціальнымъ различіямъ, не вошла въ новое изданіе Основныхъ Законовъ и можетъ считаться отмѣненной. И равенство всѣхъ передъ закономъ есть не только право, но и обязанность, вытекающая изъ конституціоннаго понятія закона, какъ такого акта верховной власти, который служитъ общимъ основаніемъ для всего порядка публичныхъ и гражданскихъ отношеній данной страны. Однако, мы увидимъ сейчасъ, что это заключеніе не безусловно и можетъ быть признано правильнымъ только въ принципѣ, такъ какъ теперь еще существуютъ цѣлыя категоріи лицъ, освобожденныхъ отъ дѣйствія или всѣхъ, или только нѣкоторыхъ законовъ, или подчиненныхъ другимъ законамъ, чѣмъ законы того государства, въ предѣлахъ котораго они остаются.

а) Нельзя признать подчиненнымъ дѣйствію законовъ главу государства въ абсолютныхъ монархіяхъ, такъ какъ абсолютный монархъ есть самъ источникъ законовъ и ничѣмъ не стѣсненъ въ распоряженіи ими. Этотъ выводъ изъ понятія абсолютной монархіи былъ сдѣланъ еще римлянами и основанъ на слѣдующемъ разсужденіи: разъ законъ есть воля императора, то подчиненіе послѣдняго закону составляетъ не обязанность, а дѣло чести и милости императора. Напротивъ, въ государствахъ конституціоннаго типа монархъ подчиненъ законамъ и пользуется привилегіей безотвѣтственности лишь по вопросамъ публичнаго права, гдѣ его отвѣтственность покрывается отвѣтственностью министровъ (The king can do no wrong). Но и въ этихъ государствахъ высокимъ положеніемъ монарха и его семейства обусловливаются часто особыя нормы, которыми личныя, семейныя и имущественныя отношенія членовъ правящей династіи регулируются иначе, чѣмъ такія же отношенія обыкновенныхъ гражданъ. Тѣмъ не менѣе, если въ отношеніи къ третьимъ лицамъ монархъ и члены его

семейства охранены общими гражданскими законами, то они не могутъ не допустить дѣйствія этихъ законовъ и противъ себя. Исключена только принудительная санкція—даже въ формѣ принудительнаго исполненія, обращеннаго на имущество [1]). Что касается нашего права, то вопросъ о подчиненности главы государства дѣйствію законовъ разрѣшался въ нашей литературѣ и въ положительномъ, и въ отрицательнымъ смыслѣ. Правильнымъ мы считаемъ только отрицательный отвѣтъ, такъ какъ если глава государства признается стоящимъ выше закона, источникомъ закона, то о подчиненности его закону не можетъ быть рѣчи.

б) Не всѣ законы распространяютъ свое дѣйствіе на всѣ лица, составляющія тотъ или другой народъ или пребывающія въ томъ или другомъ государствѣ. Можетъ быть, одни конституціонные и уголовные законы, вмѣстѣ съ мѣропріятіями по полиціи безопасности, имѣютъ такое общее значеніе для всего населенія данной страны. Обыкновенно же примѣненіе закона къ каждому данному лицу предполагаетъ то, что это лицо находится въ условіяхъ, предусмотрѣнныхъ этимъ закономъ. Напр., законы о бракѣ, поземельной собственности, морской ипотекѣ, правахъ и обязанностяхъ должностныхъ лицъ и т. д. дѣйствуютъ лишь для тѣхъ, кто вступаетъ въ бракъ, владѣетъ поземельной собственностью, морскимъ судномъ, или занимаетъ публичную должность. Поэтому вполнѣ возможно, что законъ примѣняется въ извѣстный промежутокъ времени только къ ограниченному числу лицъ и даже къ одному лицу, какъ это можно видѣть, хотя бы, на законахъ, опредѣляющихъ спеціально права и обязанности президента республики, президента верхней палаты, палаты депутатовъ или иного признаннаго лишь въ единственномъ числѣ должностного лица [2]).

в) Лица, принадлежащія къ иностраннымъ посольствамъ, не подчиняются, по общему обычаю международнаго права, законодательству тѣхъ государствъ, при правительствѣ которыхъ они аккредитованы. Они носятъ съ собою, какъ бы, частицу своей родины и пользуются правомъ экстерриторіальности, или внѣземельности, подлежа, такимъ образомъ, дѣйствію законовъ своего отечества, а не законовъ того государства, гдѣ они живутъ.

г) Иностранцы, т.-е. граждане или подданные одного государства, живущіе на территоріи другого государства, подчинены законамъ послѣдняго не безусловно, но лишь настолько, насколько эти законы касаются ихъ по своему содержанію и цѣли. Отвѣтъ на вопросъ: какимъ характеромъ, космополитическимъ или территоріальнымъ, отличается тотъ или другой законъ, и какъ велика должна быть сфера его примѣненія, рас-

---

[1]) Crome, ук. соч., стр. 95. Интересныя данныя по исторіи настоящаго вопроса можно найти въ монографіи Gierke, Joh. Althusius, 1904, 2-te Aufl.

[2]) P. Planiol, ук. соч., стр. 65.

пространяется ли она только на подданныхъ или, въ то же время, и на иностранцевъ—есть дѣло интерпретацій закона и изслѣдованія его цѣли. Попытки разрѣшить этотъ вопросъ на основаніи одного какого-нибудь принципа осуждены впередъ на неудачу, какъ мы это покажемъ ниже, когда будемъ говорить о дѣйствіи закона въ условіяхъ мѣста его примѣненія.

д) Рядомъ съ общими законами, обязательными для всего населенія данной страны, мы всюду встрѣчаемся еще съ особенными законами, которые устанавливаются для того или другого разряда лицъ, обособляемыхъ въ силу какихъ-либо физическихъ условій, или принадлежащихъ къ извѣстному племени, вѣроисповѣданію, корпораціи или роду занятій. Такіе особенные законы (jus speciale) дѣйствуютъ и теперь для малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ, женщинъ, лицъ, вступающихъ въ бракъ, состоящихъ на военной и государственной службѣ, или принадлежащихъ торговому, ремесленному и рабочему классу, равно какъ и нѣкоторымъ медіатизированнымъ династіямъ, привилегированнымъ дворянскимъ родамъ и т. д. Основаніемъ дѣйствія этихъ законовъ, не всегда благопріятныхъ для подчиненныхъ имъ лицъ, служатъ не только взгляды и отношенія, унаслѣдованные отъ прошлаго, но и такія соображенія, съ которыми приходится считаться и современному правопорядку. Сюда можно отнести соображеніе объ усиленной защитѣ тѣхъ категорій лицъ, которыя не могутъ или могутъ лишь въ недостаточной мѣрѣ защитить себя сами, осуществленіе требованій нравственности, справедливости и т. д. Но отъ устанавливаемаго по этимъ соображеніямъ особаго права надо отличать такъ наз. сингулярное, или исключительное право (jus singulare), которое характеризуютъ обыкновенно и какъ исключеніе изъ общаго правила, и какъ противорѣчащее общимъ принципамъ права регулированіе извѣстныхъ фактическихъ отношеній [1]). Мы можемъ признать правильной характеристику такого права только по внѣшнему признаку отступленія его отъ общаго правила, формулированнаго въ нормѣ общаго права, тогда какъ „противопринципность“ нормъ сингулярнаго права кажется намъ несогласимой съ идеей права. Эти нормы, какъ и всѣ другія, основаны на своихъ принципахъ, противорѣчіе которыхъ принципамъ общаго права не мѣшаетъ имъ оставаться принципами сингулярныхъ нормъ [2]). Дальнѣйшія разъясненія будутъ даны послѣ.

е) Дѣйствіе законовъ не одинаково для разныхъ лицъ и по мѣсту ихъ постояннаго пребыванія: если одни законы обязательны для всѣхъ и по всей территоріи государства, то другіе дѣйствуютъ только въ от-

---

[1]) Unger, System des österr. allg. Privatrechts, I, стр. 49—51. Windscheid-Kipp, Pand., I, стр. 123—125. Дернбургъ, Пандекты (русск. пер.), I, стр. 85.

[2]) Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ (русск. переводъ его же пандектъ), 1897, стр. 114—117.

дѣльныхъ ея частяхъ. Этотъ вопросъ будетъ разсмотрѣнъ особо въ ученіи о дѣйствіи закона въ условіяхъ мѣста его примѣненія.

ж) Наконецъ, если всѣ законы разсчитаны только на будущее время, то нѣкоторые изъ нихъ распространяютъ свою силу и на прошлое, давая возможность говорить о такъ назыв. обратномъ дѣйствіи законовъ. Этотъ вопросъ мы тоже разсмотримъ особо въ ученіи о дѣйствіи закона въ условіяхъ времени его примѣненія.

Изъ приведенныхъ различій въ дѣйствіи закона слѣдуетъ заключить, что равномѣрное подчиненіе ему всѣхъ и каждаго есть только формальное положеніе, основанное на такомъ же формальномъ представленіи о законѣ. Отсюда не слѣдуетъ того, чтобы каждый законъ и по содержанію своему примѣнялся одинаково ко всѣмъ лицамъ, стоящимъ какъ внѣ, такъ и внутри данной государственной территоріи. Напротивъ, дѣйствіе закона въ матеріальномъ смыслѣ, т.-е. въ смыслѣ его содержанія и распространенія на лицъ, ему подчиненныхъ, оказывается еще болѣе разнообразнымъ, чѣмъ дѣйствіе его въ интенсивномъ смыслѣ, и въ этомъ разнообразіи экстенсивнаго дѣйствія законовъ особенно выдѣляется различіе между мѣстнымъ и общимъ правомъ, къ разсмотрѣнію котораго мы теперь и переходимъ.

4. Дѣйствіе закона относительно мѣста его примѣненія.

Дѣйствіе закона въ условіяхъ мѣста его примѣненія имѣетъ много общаго съ его дѣйствіемъ во времени. Въ обоихъ случаяхъ надо вырѣшить слѣдующій вопросъ: долженъ-ли судья примѣнять къ каждому представляющемуся ему дѣлу право своей страны и только въ данный моментъ его дѣйствія, безъ отношенія къ тому, гдѣ и когда возникли событія, служащія предметомъ спора, или онъ долженъ, въ видѣ общаго правила, обсуждать каждое дѣло по законамъ той страны или того мѣста, гдѣ возникли спорныя событія, и того времени, когда они возникли? И при всемъ различіи обоихъ случаевъ—въ первомъ дѣло идетъ о стоящихъ другъ подлѣ друга въ пространствѣ, во второмъ—о слѣдующихъ другъ за другомъ во времени законахъ—методъ и принципъ рѣшенія остаются тѣми же [1]).

Преобладающее въ современной юриспруденціи мнѣніе склоняется къ обсужденію обоихъ случаевъ на основаніи толкованія законовъ, о примѣненіи которыхъ ведется споръ, и мы увидимъ, что это рѣшеніе есть единственно правильное. Но доктрина, господствовавшая, по крайней мѣрѣ, до половины XIX в. и передавшая своихъ эпигоновъ даже нашему времени, стояла за то, что каждое государство должно считать свое и дѣйствующее въ настоящемъ право лучше, чѣмъ чужое и

[1]) О сходствѣ и различіи обоихъ случаевъ см. обширное сочиненіе Affolter'a: Das intertemporale Recht, 1902—3, I, стр. 6—14.

болѣе раннее. Отсюда и заключеніе: судья долженъ всегда примѣнять свое и настоящее, а не чужое и болѣе раннее право. Несостоятельность этой доктрины выяснится изъ послѣдующаго изложенія, которое мы не можемъ сдѣлать слишкомъ краткимъ, такъ какъ мѣстомъ и временемъ дѣйствія юридическихъ нормъ опредѣляется одинъ изъ важнѣйшихъ вопросовъ практическаго правовѣдѣнія, а именно вопросъ: съ какимъ содержаніемъ права мы должны согласовать нашъ повседневный образъ дѣйствій? И этотъ вопросъ, несмотря на свой, повидимому, элементарный характеръ, представляетъ до сихъ поръ много запутаннаго и неяснаго. Особенныя трудности встрѣчаются при опредѣленіи дѣйствія закона относительно мѣста его примѣненія, и здѣсь намъ необходимо остановиться, прежде всего, на понятіи „общаго права“, противоположеніе котораго „партикулярному“, или мѣстному праву составляетъ главное содержаніе настоящаго ученія.

А) Понятіе общаго права.

Это понятіе имѣетъ примѣненіе тамъ, гдѣ выступаетъ противоположность или между цѣлымъ и частью государственнаго организма, или между бо́льшими и меньшими кругами лицъ и отношеній, на которыя распространяется дѣйствіе извѣстнаго объективнаго права, или, наконецъ, между общимъ правиломъ и допускаемыми изъ него исключеніями. Во всѣхъ этихъ случаяхъ общимъ правомъ будетъ то, которое примѣняется ко всей территоріи даннаго государства или ко всѣмъ кругамъ лицъ и отношеній въ предѣлахъ этой территоріи, составляя для нихъ общее правило. Этому праву противополагается не общее право отдѣльныхъ разрядовъ лицъ и отношеній, вмѣстѣ съ допущенными изъ него исключеніями. Слѣдовательно, съ понятіемъ общаго права соединяется одна логическая категорія общаго, или генерическаго, въ отличіе отъ различныхъ категорій мѣстнаго, особеннаго и исключительнаго, характеризующихъ собой части цѣлаго или изъятія изъ общаго правила.

Такимъ образомъ, протовололожность между общимъ и не общимъ правомъ мыслима съ трехъ сторонъ: 1) пространства или географическаго положенія права, т.-е. той или другой территоріальной распространенности его; 2) предмета права, т.-е. бо́льшаго или меньшаго круга отношеній, обнимаемыхъ данными юридическими нормами; и 3) системы или логики права, т.-е. отношенія между правиломъ и исключеніемъ изъ него. Въ смыслѣ перваго, или географическаго противоположенія, современный юридическій языкъ отличаетъ общее право отъ партикулярнаго, или мѣстнаго; въ смыслѣ второго, или предметнаго противоположенія— общее право отъ особеннаго, или спеціальнаго; и въ смыслѣ третьяго, или логическаго противоположенія—общее отъ исключительнаго или сингулярнаго права.

1. Въ первомъ, т.-е. географическомъ отношеніи, общее право означаетъ право, общее для нѣсколькихъ областей, господствующее надъ ними и объединяющее ихъ въ одну общую область, въ противоположность мѣстнымъ, или партикулярнымъ правамъ, имѣющимъ для себя только отдѣльныя области. Это противоположеніе выражается теперь достаточно установившимися терминами: jus commune и jus particulare, и въ этомъ смыслѣ выраженіе „общее право“ употребляется чаще всего и предпочтительнѣе передъ другими его значеніями. 2. Во второмъ, или предметномъ смыслѣ, общее право обнимаетъ всѣ находящіяся въ данной области права отношенія, лица и вещи, въ противоположность юридическимъ нормамъ, затрагивающимъ лишь отдѣльные классы этихъ лицъ, вещей и отношеній; такъ, напр., мы знаемъ обще-гражданское и особое торговое право, общее вещное право и особое право движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ, общее договорное право и особое право договора купли-продажи, найма и т. д... Это противоположеніе передается словами: jus generale и jus speciale. 3. Наконецъ, въ своемъ третьемъ, или логическомъ значеніи, общее право означаетъ право, составляющее общее правило съ его логическими послѣдствіями, въ противоположность исключеніямъ изъ этого правила, допускаемымъ изъ какихъ-либо особыхъ основаній. Эти исключенія называютъ иногда привилегіями, которыя дѣлятъ въ этомъ случаѣ на общія, входящія составной частью въ дѣйствующее объективное право, и спеціальныя, имѣющія своимъ предметомъ пожалованія отдѣльныхъ субъективныхъ правъ отдѣльнымъ лицамъ. Общее право въ этомъ смыслѣ именовалось въ римскомъ правѣ jus commune или ratio legis, а исключительное право—jus singulare или privilegium; но мы увидимъ ниже, что послѣдній терминъ примѣняется въ настоящее время только къ субъективнымъ правамъ, основаннымъ на индивидуальныхъ актахъ государственной власти.

Что касается взаимнаго отношенія между означенными тремя значеніями понятія „общее право“, то эти значенія не зависятъ другъ отъ друга и связываются самымъ различнымъ образомъ. Такъ, наприм., географически-общее право можетъ быть какъ общимъ, такъ и спеціальнымъ, въ смыслѣ предмета, и представлять собою какъ нормальное право, такъ и аномалію. То же слѣдуетъ сказать и о партикулярномъ правѣ. Наконецъ, какъ общее, такъ и спеціальное право, въ смыслѣ предмета, бываетъ и нормально, и аномально. Считать поэтому партикулярное право видомъ спеціальнаго, какъ это думаютъ нѣкоторые юристы, или выставлять такія трихотоміи: jus generale, jus speciale и jus singulare, или jus commune, jus speciale и jus particulare—значитъ смѣшивать принципы различныхъ классификацій [1]).

---

[1]) Bruns, Gemeines Recht, въ Kleinere Schriften v. J. Bruns, 1882, стр. 20—24.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ имѣть въ виду только географическое различіе между общимъ и партикулярнымъ правомъ, такъ какъ оно, какъ это было уже замѣчено, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и самое важное. Кромѣ того, два остальныхъ противоположенія—общаго и спеціальнаго, общаго и исключительнаго права—не требуетъ сейчасъ особаго разсмотрѣнія: первое кладется и такъ въ основаніе изложенія системы гражданскаго права, а со вторымъ мы встрѣтимся еще, когда будемъ говорить о субъективныхъ правахъ. Поэтому обратимся прямо къ противоположенію общаго и мѣстнаго права, въ смыслѣ различнаго пространства дѣйствія того и другого, и разсмотримъ это противоположеніе сперва съ догматической, а потомъ и исторической стороны.

Б) Противоположеніе общаго и мѣстнаго права съ догматической стороны.

Понятіе общаго права въ географическомъ смыслѣ и противоположеніе его партикулярному праву основаны, какъ это было уже сказано, на отношеніи бо̀льшей территоріи права къ меньшей или ея отдѣльнымъ частямъ. Каждое право имѣетъ опредѣленную и географически ограниченную область, которой оно управляетъ и которой оно вмѣстѣ съ тѣмъ и ограничивается. Предѣлы этой области опредѣляются дѣйствующими въ ней источниками права. Насколько извѣстная область обладаетъ общими правообразованіями, основанными на обычаѣ, законѣ и другихъ общихъ источникахъ права, настолько же она обладаетъ и общимъ правомъ.

Рядомъ съ послѣднимъ возникаютъ и существуютъ партикулярныя права, и, притомъ, двоякимъ путемъ: 1) или отдѣльныя мѣстности сами создаютъ и удерживаютъ за собой, независимо отъ общихъ, и свои особые источники, свои мѣстныя правообразованія; 2) или общее законодательство, на ряду съ общимъ правомъ для цѣлой территоріи, издаетъ и особыя юридическія нормы для отдѣльныхъ частей этой территоріи, въ виду особыхъ потребностей этихъ частей. Такое раздѣленіе общаго и партикулярнаго права происходитъ въ бо̀льшей или меньшей степени во всѣхъ государствахъ, и оно лежитъ въ природѣ нормальнаго правообразованія. Каждое сколько-нибудь значительное правовое общеніе состоитъ изъ различныхъ, болѣе или менѣе самостоятельныхъ членовъ, которые, независимо отъ общей жизни, ведутъ и особую юридическую жизнь, имѣютъ особыя воззрѣнія, потребности, отношенія, и потому уже нуждаются, рядомъ съ общимъ, и въ мѣстномъ правѣ. При этомъ, внутри отдѣльныхъ частей цѣлаго возможны еще меньшія части, повторяющія въ уменьшенномъ масштабѣ то же отношеніе между общимъ и партикулярнымъ правомъ, которое уже существуетъ между цѣлымъ и его частями. Тогда

партикулярное право въ отношеніи къ цѣлому выступаетъ общимъ въ отношеніи къ подраздѣленіямъ своей территоріи: напр., „обще-саксонское право“ въ отношеніи къ мѣстнымъ правамъ отдѣльныхъ саксонскихъ земель есть само мѣстное въ отношеніи къ „обще-германскому“ праву.

Существенно для понятія общаго права то, чтобы общность различалась отъ сходства въ правѣ, т.-е. тѣхъ случаевъ, когда права различныхъ и независимыхъ другъ отъ друга правовыхъ областей сходятся между собою только въ своемъ содержаніи, — все равно, оказывается ли это сходство случайнымъ или ясно сознаваемымъ. При такомъ сходствѣ не можетъ быть рѣчи объ общемъ правѣ даже въ томъ случаѣ, если одно государство заимствуетъ у другого цѣлое законодательство, какъ это сдѣлали, напр., Баденъ или наше Царство Польское въ отношеніи къ французскому Code civil. Въ этихъ случаяхъ не можетъ быть рѣчи объ общемъ правѣ просто потому, что понятіе это предполагаетъ отсутствующее здѣсь единство въ источникахъ права и въ основаніи ихъ обязательной силы. То, что даетъ праву практическое значеніе и реальность, лежитъ не столько въ его содержаніи, сколько въ живой силѣ его источниковъ. Мы встрѣчаемъ мертвыя права, вовсе не примѣняющіяся въ жизни, несмотря на всю опредѣленность своего содержанія, тогда какъ незаписанное и поэтому уже менѣе опредѣленное въ своемъ содержаніи право оказывается часто и дѣйствующимъ, и вполнѣ реальнымъ. Практическую основу права составляетъ его примѣнимость, основанная на авторитетныхъ источникахъ права: законѣ, обычаѣ, судебной практикѣ. Поэтому безъ единства въ источникахъ не можетъ быть единства и въ правѣ. Упомянутые случаи простого сходства въ правѣ предлагали называть фактическимъ или матеріальнымъ общимъ правомъ, а случаи общности въ источникахъ права—юридическимъ или формальнымъ общимъ правомъ (Вехтеръ). Но большинство нѣмецкихъ юристовъ примѣняетъ, со времени Тёля, къ случаямъ фактическаго сходства въ правѣ выраженіе „всеобщее право“ (allgemeines Recht), въ отличіе отъ „общаго права“ (gemeines Recht) въ техническомъ смыслѣ этого понятія.

Труднѣйшій вопросъ въ теоріи общаго права есть вопросъ о границахъ и условіяхъ его дѣйствія. Отвѣчая на этотъ вопросъ, Брунсъ предлагаетъ различать общее право, основанное на законѣ, отъ общаго права, основаннаго на обычаѣ.

а) Общее право, основанное на законѣ. Законъ можетъ быть источникомъ права только въ предѣлахъ даннаго государства, такъ какъ производящій его формальный факторъ есть законодательная государственная власть, издающая законы лишь для подчиненныхъ ей областей. Поэтому и законодательство, общее нѣсколькимъ государствамъ, если только послѣднія дѣйствительно самостоятельны и независимы другъ отъ друга, разрѣшается въ столько же отдѣльныхъ законодательствъ для

каждаго изъ этихъ государствъ. Такъ это случилось, напр., съ нѣмецкимъ вексельнымъ правомъ до образованія Германской имперіи: оно было общимъ для всѣхъ германскихъ государствъ, но основаніе его обязательности лежало въ особыхъ законодательныхъ актахъ, изданныхъ каждымъ правительствомъ. То же самое нужно сказать о всѣхъ законодательныхъ начинаніяхъ и бывшаго Германскаго союза, которыя дѣлались настоящими законами для союзныхъ государствъ только чрезъ особые законодательные акты этихъ государствъ. Общее же для всѣхъ союзныхъ государствъ законодательство возможно лишь въ такомъ союзѣ, гдѣ центральная власть имѣетъ право непосредственнаго законодательства въ отношеніи ко всѣмъ членамъ союза, какъ мы видимъ это, напр., въ Швейцаріи и Соединенныхъ Штатахъ. Отсюда уже видно, что вопросъ о предѣлахъ дѣйствія общаго права, основаннаго на законѣ, разрѣшается отношеніемъ законодательства для цѣлаго государства къ правообразованіямъ отдѣльныхъ его мѣстностей; въ союзныхъ государствахъ этотъ вопросъ рѣшается опять отношеніемъ центральнаго законодательства къ законодательству и другимъ правообразованіямъ отдѣльныхъ союзныхъ государствъ. Напротивъ, въ случаѣ простой общности въ правѣ двухъ или нѣсколькихъ независимыхъ другъ отъ друга государствъ рѣчь можетъ идти не объ общемъ, а лишь о сходномъ правѣ этихъ государствъ. Здѣсь не будетъ единства въ источникахъ, а потому не будетъ и общности ни въ территоріи права, ни въ основаніи его обязательнаго дѣйствія.

б) Общее право, основанное на обычаѣ. Относительно обычнаго права вопросъ стоитъ не такъ просто и получаетъ иное освѣщеніе. Производящимъ факторомъ этого права служитъ не законодательная власть, а юридическая практика народа, основанная на наблюденіи типическихъ свойствъ повторяющихся часто споровъ и сдѣлокъ. Эта практика находится подъ непосредственнымъ воздѣйствіемъ національныхъ и расовыхъ особенностей даннаго народа, унаслѣдованныхъ имъ привычекъ, его историческаго прошлаго и настоящаго, лежащаго въ условіяхъ его жизни, потребностяхъ гражданскаго и торговаго оборота, и т. д. Складывающееся этимъ путемъ общее обычное право—хотя и отражаетъ на себѣ связанныя съ самымъ процессомъ своего возникновенія и развитія черты индивидуальнаго правообразованія и не получаетъ той общности, какая приписывается ему господствующими на этотъ счетъ теоріями, — все-таки дѣлается возможнымъ благодаря постоянному обобщенію индивидуальныхъ рѣшеній и распространенію ихъ, въ силу расовыхъ и другихъ общихъ условій жизни, все на бо̀льшее и бо̀льшее число отношеній и лицъ. Во всякомъ случаѣ, это обычное право, какъ и всякое другое, стоитъ независимо отъ дѣятельности государственной власти, и если одинъ и тотъ же народъ, разбиваясь на нѣсколько государствъ, не теряетъ ни своихъ расовыхъ свойствъ, ни своего историческаго прошлаго и остального наслѣдія предковъ, а продолжаетъ существовать приблизительно въ тѣхъ же усло-

віяхъ жизни и умственнаго развитія, что̀ и прежде, то и его обычное право можетъ не прекратить своего существованія во всѣхъ этихъ государствахъ и остаться общимъ для нихъ всѣхъ, не взирая на раздѣляющія ихъ политическія границы. Въ доказательство возможности такого общаго права, опирающагося на обычай, для многихъ независимыхъ государствъ, — что̀ совершенно невозможно, какъ мы это видѣли, для общаго права, основаннаго на законѣ, — можно указать опять на Германію, которая состояла, какъ извѣстно, до послѣдняго времени изъ множества государствъ, упражнявшихъ общее имъ всѣмъ обычное право. Эта общность права, основанная на обычаѣ, не противорѣчитъ и установленному выше понятію общаго права, такъ какъ она опирается здѣсь не на законодательство, дѣйствующее только въ предѣлахъ даннаго государства, а на общность происхожденія, условій жизни, юридической науки, судебной практики, и на постоянное взаимодѣйствіе родственныхъ другъ другу государствъ.

Отъ общаго обычнаго права нужно опять отличать случаи одного сходства въ обычаяхъ, — сходства, которое наблюдается часто въ исторіи чуждыхъ другъ другу народовъ вслѣдствіе сходныхъ условій ихъ жизни или прохожденія ими однѣхъ и тѣхъ же стадій развитія. Въ этихъ случаяхъ мы снова будемъ имѣть дѣло, по недостатку общности въ источникахъ права, не съ общими, а лишь со сходными между собою обычаями. Замѣтимъ, наконецъ, что, несмотря на независимость общаго права, основаннаго на обычаѣ, отъ государственной власти, дѣйствіе послѣдней — особенно, если оно отличается тенденціей къ централизаціи, — оказываетъ большое вліяніе и на образованіе общихъ обычаевъ. Чѣмъ крѣпче политическое единство народа, тѣмъ національность его развивается въ болѣе единомъ направленіи, и тѣмъ единѣе дѣлается, естественно, и вся его юридическая жизнь. Напротивъ, при отсутствіи государственнаго единства общія правообразованія затрудняются, а полное политическое обособленіе ведетъ съ теченіемъ времени къ уничтоженію и общности въ правѣ. Это фактическое и чисто посредствующее вліяніе государственной власти на обычное право не слѣдуетъ, однако, смѣшивать съ юридическимъ основаніемъ послѣдняго, которое не зависитъ, какъ мы это знаемъ, отъ государственной власти и можетъ поэтому обнаруживать свое дѣйствіе и далеко за ея предѣлами [1]).

в) Отношеніе общаго права къ мѣстному. Это отношеніе можетъ быть двоякое: абсолютное и субсидіарное, или восполняющее, почему и общее право называется въ одномъ случаѣ абсолютнымъ, въ другомъ — субсидіарнымъ. Первымъ общее право бываетъ тогда, когда оно не допускаетъ противорѣчащихъ ему опредѣленій мѣстнаго права и стремится навсегда устранить эти послѣднія. Такое абсолютно-общее право

[1]) Bruns, ук. соч., стр. 26 и слѣд.

можетъ возникнуть только путемъ закона, а не обычая, такъ какъ обычай характеризуется въ такой же мѣрѣ тенденціей къ децентрализаціи, въ какой законъ стремится, напротивъ, къ централизаціи, и понятно, что чѣмъ централистичнѣе государство, тѣмъ болѣе его общее право носитъ указанный выше абсолютный характеръ. Въ Римѣ, напр., все право, за исключеніемъ обычаевъ, оставленныхъ стоящимъ внѣ общенія съ нимъ некультурнымъ народностямъ, было вмѣстѣ съ тѣмъ и абсолютно-общимъ, тогда какъ въ Германіи до послѣдняго времени существовало очень мало законовъ, носящихъ характеръ такого общаго права. Во Франціи опять все право, со времени изданія Code civil, стало абсолютно-общимъ, и источники партикулярнаго права допущены только въ колоніяхъ.

Субсидіарно-общее право, въ противоположность абсолютному, предоставляетъ свободу партикулярнымъ правообразованіямъ и находитъ примѣненіе тамъ, гдѣ не встрѣчаетъ противорѣчащихъ ему опредѣленій партикулярнаго права. При этомъ отношеніе между тѣмъ и другимъ правомъ можетъ быть опять двоякое: 1) общее право признается основаніемъ для всего дѣйствующаго права, а опредѣленія партикулярнаго права представляются конкретными видами или формами развитія того же общаго права; 2) партикулярное право является цѣликомъ или, по крайней мѣрѣ, въ главныхъ своихъ чертахъ основаніемъ содержанія всего дѣйствующаго права, а общее право служитъ лишь въ отдѣльныхъ случаяхъ для пополненія его пробѣловъ. Въ первомъ случаѣ принципъ отношенія между общимъ и партикулярнымъ правомъ можетъ быть выраженъ такъ: общее право дѣйствуетъ настолько, насколько оно не вытѣсняется и не видоизмѣняется партикулярнымъ правомъ; во второмъ—общее право не имѣетъ силы внѣ случаевъ пополненія имъ пробѣловъ партикулярнаго права. Съ дѣйствіемъ послѣдняго принципа мы встрѣчаемся во многихъ нѣмецкихъ государствѣ, какъ, напр., въ Баваріи и Вюртембергѣ, гдѣ давно существуютъ особые кодексы, обнимающіе все законодательство или нѣкоторые большіе отдѣлы его, безъ того, чтобы это вело къ отреченію отъ общаго права, служащаго для пополненія пробѣловъ, оставленныхъ мѣстнымъ законодательствомъ. Другія нѣмецкія законодательства держатся перваго изъ указанныхъ принциповъ субсидіарно-общаго права, въ силу котораго оно дѣйствуетъ всюду, гдѣ партикулярное право ему не противорѣчитъ [1]).

Абсолютно-общее право, исключающее всѣ партикулярныя правообразованія, мы встрѣчаемъ въ Германіи только въ положеніяхъ общеимперскаго законодательства относительно предметовъ, регулируемыхъ этимъ законодательствомъ, которое и представляетъ собою, поэтому, со времени образованія Германской Имперіи 1871 года, сильнѣйшій въ

[1]) Bruns, тамъ же, стр. 31—32.

формальномъ смыслѣ источникъ общаго права въ Германіи. Но такъ какъ имперское законодательство охватываетъ далеко не все право, то предметы, не затрагиваемые этимъ законодательствомъ, вѣдаются партикулярнымъ правомъ, которое обнимаетъ собою въ этомъ смыслѣ все право, стоящее внѣ имперскаго законодательства, этого единственно обязательнаго для всей Германіи источника абсолютно-общаго права. Въ этомъ смыслѣ партикулярнымъ правомъ въ Германіи должны быть признаны не только провинціальныя и земскія права отдѣльныхъ германскихъ государствъ, какъ, напр., прусскій Landrecht, баварскій Codex Maximilianeus, баденская передѣлка французскаго кодекса, саксонскій кодексъ 1863 г. и т. д., но и такъ назыв. „неписанное общее право“ Германіи, состоящее изъ реципированныхъ положеній римскаго и удержанныхъ судебной практикой положеній древне-германскаго права. То же надо сказать о городскихъ правахъ и такъ назыв. „Hausgesetze“, т.-е. спеціальныхъ законахъ для правящихъ династій и высшихъ дворянскихъ фамилій, представляющихъ собой партикулярное право, опредѣляемое уже не территоріальнымъ, а личнымъ и сословнымъ признаками.

Между партикулярными правами такихъ мѣстностей, которыя заключаютъ въ себѣ нѣсколько подраздѣленій, стоящихъ другъ къ другу въ отношеніи частей къ цѣлому, партикулярное право, дѣйствующее въ меньшей территоріи, или разсчитанное на меньшіе круги лицъ, исключаетъ партикулярное право, дѣйствующее въ бо̀льшей территоріи и разсчитанное на бо̀льшіе круги лицъ. Отсюда и извѣстная поговорка германскаго права: „Willkür“ (автономное положеніе, напр., статутъ дворянской фамиліи) „bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht“, т.-е. автономное положеніе права исключаетъ собою городское право, городское право исключаетъ земское. Въ случаяхъ, оставляемыхъ этими партикулярными источниками права безъ разрѣшенія, приходитъ на помощь субсидіарно-общее право Германіи, опирающееся, какъ извѣстно, на реципированныя положенія Corpus juris civilis и на общегерманское обычное право (consuetudo per universam Germanium). Субсидіарность этого права, въ дополненіе къ поговоркѣ: „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht“, выражается слѣдующими словами: „Landrecht bricht gemeines Recht“, т.-е. земское право исключаетъ собою общее. Эти положенія не имѣютъ силы, если дѣло идетъ о различіяхъ между какимъ бы то ни было партикулярнымъ и новымъ имперскимъ законодательствомъ. Отношеніе между тѣмъ и другимъ облекается въ формулу „Reichsrecht bricht Landrecht“, т.-е. имперское право исключаетъ земское [1]).

Перейдемъ отсюда къ исторической характеристикѣ противоположенія общаго права мѣстному.

---

[1]) Stobbe, Handbuch, I. стр. 200—201.

B) Противоположеніе общаго и мѣстнаго права съ исторической стороны.

При историческомъ разсмотрѣніи понятій „общаго“ и „партикулярнаго“ права бросается въ глаза противоположность между новымъ и древнимъ міромъ. Въ классической древности эти понятія были мало развиты, такъ какъ въ древней Греціи слишкомъ преобладала раздѣльность отдѣльныхъ племенъ и государствъ, а въ древнемъ Римѣ, наоборотъ—единство цѣлаго государства. Поэтому въ греческомъ мірѣ мы не встрѣчаемъ понятія общаго права, а въ Римѣ не видимъ партикулярнаго. Въ Греціи могутъ быть констатированы только болѣе или менѣе матеріально-сходныя права отдѣльныхъ племенъ, городовъ и союзовъ, а въ Римѣ—съ одной стороны, абсолютно-общее право города Рима, распространенное со времени Каракаллы, вмѣстѣ съ правомъ римскаго гражданства, на всѣ народы, вошедшіе въ составъ римской имперіи (это право не допускало противорѣчія себѣ мѣстныхъ обычаевъ и статутовъ), и съ другой — особое jus italicum для Италіи, единичные муниципіальные законы (leges municipales), касавшіеся преимущественно управленія, и незначительныя обычныя права мало соприкасавшихся съ римской культурой провинцій [1]).

Такимъ образомъ, въ древности не могъ и возникнуть вопросъ о противоположеніи общаго права партикулярному, тогда какъ въ новое время это противоположеніе выступаетъ въ бо́льшей или меньшей степени развитія и сознательности этого развитія почти у всѣхъ народовъ и, полнѣе всего, въ Германіи. Объясненіе этого различія между древнимъ и новымъ міромъ можно видѣть—по крайней мѣрѣ, отчасти—въ томъ, что европейскіе народы впервые сознали и поставили передъ собою задачу примирить въ своей государственной и общественной жизни равномѣрное развитіе какъ цѣлаго политическаго организма, такъ и его отдѣльныхъ частей, тогда какъ древній міръ не зналъ этой задачи и жертвовалъ всѣмъ или мѣстной самостоятельности, или государственному единству. Процессъ развитія этого противоположенія въ исторіи европейскихъ законодательствъ представляетъ большой интересъ и служитъ ключомъ къ объясненію состава этихъ законодательствъ. Но вопросъ этотъ слишкомъ сложенъ и слишкомъ выходитъ изъ предѣловъ общаго курса гражданскаго права, для того, чтобы мы могли прослѣдить его, хотя бы, въ общихъ чертахъ. Ограничимся, поэтому, нѣсколькими замѣчаніями.

Прежде всего, нельзя не сказать, что отношеніе между общимъ и партикулярнымъ правомъ идетъ въ большинствѣ случаевъ параллельно съ отношеніемъ между публичнымъ и гражданскимъ правомъ. Пока публичное

---

[1]) Bruns, тамъ же, стр. 33—35.

и гражданское право не отдѣлены другъ отъ друга и предоставлены всѣмъ случайностямъ вліянія мѣстныхъ политическихъ условій и еще болѣе узкихъ союзныхъ формъ общественной жизни,—до тѣхъ поръ мы видимъ всюду преобладаніе партикуляризмовъ на счетъ общаго права. По мѣрѣ обособленія гражданскаго права отъ публичнаго наблюдается, напротивъ, постоянное усиленіе общаго права на счетъ партикулярнаго. Такимъ образомъ, съ процессомъ отдѣленія гражданскаго права отъ публичнаго, свидѣтельствующимъ о прогрессѣ права, мы замѣчаемъ и постепенное накопленіе нормъ общаго права, тогда какъ противоположный процессъ усиленія публичнаго права на счетъ гражданскаго приводитъ и къ противоположному результату. Отсюда ставится самъ собой слѣдующій вопросъ: всегда-ли партикуляризмы въ правѣ сохранятъ свое самостоятельное значеніе, или наступитъ время, когда они исчезнутъ, уступивъ мѣсто общности и единству, если не всѣхъ, то, по крайней мѣрѣ, основныхъ институтовъ права, и если не у всѣхъ народовъ, то, по крайней мѣрѣ, у тѣхъ, которые достигаютъ извѣстной степени культуры? Господствующее мнѣніе считаетъ подобное единство въ правѣ утопіей (Монтескьё, Савиньи, Лоранъ и др.), но нѣкоторые юристы, какъ, наприм., Блунчли (Allgemeine Staatslehre), Цительманъ (Die Möglichkeit eines Weltrechts, 1888), Офнеръ (Der Grundgedanke des Weltrechts, 1889) и др., предвидятъ въ будущемъ полную гармонію въ правѣ и такую организацію міра, которая должна быть основана на подчиненіи его одному и тому же закону.

Не берясь за рѣшеніе поставленнаго вопроса, укажемъ на несомнѣнно выступающую въ исторіи европейскихъ законодательствъ тенденцію, если не къ полному единообразію, то къ весьма замѣтной общности въ основныхъ институтахъ какъ публичнаго, такъ и гражданскаго права. Сама эта тенденція есть результатъ множества историческихъ фактовъ, изъ числа которыхъ можно вспомнить въ области нравственныхъ идей о христіанствѣ, въ области политическихъ учрежденій и принциповъ — объ англійской конституціи и французской революціи 1789 года, и въ области гражданскаго права—о распространеніи римскаго права, прежде всего, въ силу извѣстной конституціи Каракаллы, даровавшей римское гражданство всѣмъ подданнымъ римской имперіи, и, затѣмъ, въ силу не менѣе извѣстнаго факта рецепціи того же римскаго права въ большинствѣ европейскихъ государствъ. Къ однородному порядку явленій принадлежитъ и рецепція въ средніе вѣка франкскаго права среди большинства германскихъ племенъ [1]), и распространеніе Саксонскаго и Швабскаго Зерцалъ въ германскихъ государствахъ XIII и XIV вв., и, наконецъ, въ новое время— огромное вліяніе, оказанное французскимъ Code civil на новѣйшія законодательства обѣихъ частей свѣта. Сюда же можно отнести введеніе фран-

[1]) Sohm, Fränkisches und Römisches Recht.

цузскихъ кодексовъ гражданскаго, торговаго и морского права въ Египтѣ, перенесеніе голландскаго права XVIII в. въ Южную Африку, усвоеніе себѣ Японіей сначала англійскаго, потомъ французскаго, а теперь и нѣмецкаго гражданскаго права, и т. д.

Противъ доказательной силы приведенныхъ фактовъ возражаютъ иногда ссылками на непрочность экзотической рецепціи европейскихъ законодательствъ въ странахъ низшей культуры и на подстановку подъ рецепцію римскаго права въ Зап. Европѣ фикціи о продолженіи римской имперіи [1]). Но эти возраженія едва ли имѣютъ рѣшающее значеніе и, во всякомъ случаѣ, недѣйствительны противъ проявленій того юридическаго космополитизма, который находилъ свое выраженіе еще въ римскомъ jus gentium и кладетъ теперь свою печать на всѣ институты права, объединяющіе реальные интересы культурнаго міра. Наглядныя выраженія этого космополитизма мы видимъ въ международныхъ почтовыхъ, телеграфныхъ, телефонныхъ, монетныхъ и т. п. союзахъ, равно какъ и въ международныхъ договорахъ о транспортѣ товаровъ по желѣзнымъ дорогамъ, о защитѣ авторскаго права, патентовъ на изобрѣтенія и т. д. Содержаніе этихъ международныхъ союзовъ и договоровъ составляютъ общія для всѣхъ вступающихъ въ нихъ народовъ юридическія нормы, которыя регулируютъ однообразно всю область соотвѣтствующихъ имъ отношеній и осуществляютъ—по крайней мѣрѣ, въ этой области—идеалъ всеобщаго права.

Всѣ указанныя явленія, въ связи съ общностью условій научнаго развитія и методовъ научной работы, содѣйствуютъ такому общенію въ юридическихъ принципахъ, которое получаетъ все больше и больше значенія—особенно, въ настоящее время, когда мѣстные обычаи и партикулярные законы отступаютъ на задній планъ и повсюду выдвигается кодифицированное право, основанное у культурныхъ народовъ на приблизительно однихъ и тѣхъ же началахъ. Поэтому, если умозаключать отъ прошлаго къ будущему, то идеалъ единаго и общаго для всѣхъ культурныхъ народовъ права, различающагося только въ своихъ подробностяхъ, покажется намъ не такимъ утопическимъ, какимъ онъ представляется большинству юристовъ, слѣдующихъ въ этомъ вопросѣ традиціямъ исторической школы, и преувеличивающихъ, очевидно, значеніе національнаго момента въ правѣ.

Идеалъ, о которомъ идетъ рѣчь, можетъ считаться почти осуществленнымъ даже теперь для многихъ отраслей права, во главѣ которыхъ слѣдуетъ поставить торговое право. Здѣсь мы видимъ яснѣе, что гдѣ-либо, какъ, съ одной стороны, развитіе путей сообщенія, произведенное успѣхами современной техники, и, съ другой—сходныя всюду, при извѣстномъ подобіи экономическихъ условій, потреб-

[1]) Meili, Das internationale Civil- und Handelsrecht, 1902, I, стр. 16.

ности въ быстротѣ оборота, обезпеченности права и кредита—придаютъ торговлѣ все болѣе и болѣе международный характеръ. Это позволяетъ говорить, что торговля не имѣетъ отечества, и приводитъ торговое право, если не къ тождественнымъ, то къ чрезвычайно сходнымъ между собой нормамъ для торговыхъ операцій всѣхъ странъ и всѣхъ народовъ. Приблизительно то же самое можно сказать о правѣ вексельномъ, морскомъ, желѣзнодорожномъ, почтовомъ, телеграфномъ, телефонномъ, авторскомъ, патентномъ и, отчасти, новомъ рабочемъ законодательствѣ. Не будетъ ошибкой утверждать ту же тенденцію для всего гражданскаго права [1]), внутри институтовъ котораго надо, однако, обратить вниманіе на слѣдующее важное различіе.

Не всѣ институты гражданскаго права съ одинаковою скоростью принимаютъ въ себя элементы общаго права: одни изъ нихъ дѣлаютъ это легче и скорѣе, чѣмъ другіе; одни утрачиваютъ свое партикуляризмы, а другіе удерживаютъ ихъ и поддаются труднѣе процессу обобщенія. Такъ, наприм., институты имущественнаго права раньше другихъ выдѣляются изъ публичнаго права и прежде всѣхъ прочихъ институтовъ права пріобрѣтаютъ характеръ общности, тогда какъ институты семейнаго права сохраняютъ устойчивѣе и продолжительнѣе свои партикулярныя черты и гораздо позже переходятъ къ стадіи общности. Далѣе, и въ предѣлахъ институтовъ имущественнаго права замѣчается новое различіе въ степени приближенія ихъ къ общности: раньше всего пріобрѣтаютъ ее институты имущественнаго права, относящіеся къ прижизненнымъ сдѣлкамъ, тогда какъ наслѣдственное право характеризуется до сихъ поръ партикуляризмами; институты движимыхъ имуществъ получаютъ общность раньше, чѣмъ институты недвижимыхъ имуществъ; институты обязательственнаго права—раньше, чѣмъ институты вещнаго права, и т. д.

Болѣе обстоятельныя свѣдѣнія по настоящему вопросу можно почерпнуть изъ курса гражданскаго права Дювернуа. Мы ограничимся сказаннымъ и перейдемъ къ обозрѣнію противоположенія между общимъ и мѣстнымъ правомъ въ нашемъ законодательствѣ.

Г) Источники общаго и мѣстнаго права въ Россіи.

Обращаясь къ судьбамъ общаго права въ Россіи, мы должны сказать, что отсутствіе въ нашемъ правѣ до Московскаго періода условій для его формальнаго единства и господство субъективнаго начала въ правообразованіи были неблагопріятны и для развитія общаго права. Движеніе права происходило путемъ договоровъ, практики отдѣльныхъ

[1]) Meili, Der internationale Geist in der Jurisprudenz, 1897, стр. 8 и слѣд.

княжескихъ указовъ, постановленій вѣча, судебныхъ рѣшеній и т. п. Процессъ постепеннаго накопленія и формулированія матеріаловъ права виденъ даже на спискахъ Русской Правды, которые пополнялись припиской новыхъ статей къ первоначальному тексту. Затѣмъ, явное преобладаніе какъ въ Псковской и Новгородской судныхъ грамотахъ, такъ и въ другихъ старыхъ памятникахъ нашего права формальной или процессуальной точки зрѣнія надъ матеріальной — указываетъ, какъ это уже разъяснялось, на начальную ступень развитія права, гдѣ нѣтъ или еще очень слабо самое представленіе объ обще-обязательной юридической нормѣ, и формальная или процессуальная точка зрѣнія на право исключаетъ собой идею матеріальнаго права. Отсюда само собою напрашивается заключеніе объ отсутствіи или, по крайней мѣрѣ—недостаточности сознанія въ древней Россіи противоположенія между общимъ и партикулярнымъ правомъ,—тѣмъ болѣе, что это сознаніе еще болѣе затруднялось слабостью политической связи между отдѣльными славянскими племенами. Поэтому утвержденіе Пахмана въ его „Исторіи кодификаціи гражданскаго права“, что Русская Правда была въ древней Руси источникомъ общаго права, является голословнымъ, опровергаясь, вдобавокъ, кромѣ упомянутыхъ соображеній, и признанными самимъ авторомъ фактами. Довольно сказать, что большая часть списковъ Русской Правды найдена на сѣверѣ Россіи, что указанія на нее встрѣчаются преимущественно въ Новгородскихъ лѣтописяхъ, и что юридическіе памятники позднѣйшаго времени, дѣйствовавшіе въ различныхъ областяхъ Россіи, о ней вовсе не упоминаютъ. Изъ всего этого не можетъ быть иного вывода, кромѣ того, что Русская Правда была сборникомъ не общаго, а лишь партикулярнаго обычнаго права тѣхъ славянскихъ племенъ, для которыхъ она была составлена.

Подобный же характеръ Новгородской, Псковской и другихъ грамотъ еще несомнѣннѣе, хотя эти грамоты свидѣтельствуютъ уже о значительномъ развитіи гражданскаго права, идущемъ рука объ руку съ разцвѣтомъ городской жизни и торговаго оборота нашихъ сѣверныхъ народоправствъ. Объ этомъ развитіи можно судить, по справедливому замѣчанію Дювернуа [1]), уже по тому, что лицо и вещь представляются въ Псковской и Новгородской судныхъ грамотахъ совершенно абстрактно и безъ отношенія къ какимъ бы то ни было сословнымъ признакамъ или исключительнымъ условіямъ правообладанія вещами того или другого рода и для того или другого круга лицъ. Обѣ грамоты говорятъ: „а кто на комъ поищетъ“, „а которому человѣку“, и такъ же абстрактно называютъ вещами: землю, воду, товаръ, закладъ и т. д. Кромѣ того, мы встрѣчаемъ здѣсь и защиту простого владѣнія, и пріобрѣтеніе собственности въ силу давности, и такое обиліе свободныхъ договорныхъ формъ, о какомъ не можетъ быть и рѣчи въ памятникахъ древняго права.

---

[1]) Н. Дювернуа, Чтенія по гражданскому праву, 1902, I, стр. 198 и слѣд.

Однако, этимъ зачаткамъ самобытнаго и обособленнаго отъ публичныхъ элементовъ гражданскаго права не суждено было развиться, такъ какъ съ потерей Новгородской и Псковской областями ихъ политической самостоятельности наступаетъ время Московской централизаціи, весьма неблагопріятное для развитія гражданскаго права. На первый планъ выступаетъ защита государства отъ всевозможныхъ „набѣговъ и наѣздовъ“ и такъ назыв. „собираніе земли“, не оставляющія мѣста ни для личной свободы, ни для самостоятельности гражданскаго права. Тѣмъ не менѣе, начало образованія общаго права можно относить у насъ только ко времени Московской централизаціи, когда государственная власть настолько крѣпнетъ, чтобы сдѣлаться центромъ правообразованія, способнымъ производить обязательные для всѣхъ подчиненныхъ ей областей законы. Сюда принадлежатъ оба Судебника и Уложеніе царя Алексѣя Михайловича 1649 года. Характеризующія эти сборники преобладаніе идеи государственнаго управленія и слабое развитіе гражданскаго права повторяются и во всѣхъ позднѣйшихъ законодательныхъ актахъ. Порядокъ изложенія, не отступающій, въ общемъ, отъ процессуальныхъ опредѣленій, указываетъ и въ нашемъ правѣ на живучесть того древняго судебнаго представленія о правѣ, которое было констатировано нами какъ въ Римѣ, такъ и у другихъ народовъ.

Но Уложеніе 1649 г. перестало скоро удовлетворять потребностямъ времени, вызывавшимъ къ жизни новые законы, которые часто противорѣчили Уложенію и при своемъ изобиліи, затрудняли практику. Поэтому Петръ I и рѣшилъ указомъ 1700 г. „снести“ Уложеніе 1649 г. съ постановленіями, послѣ него состоявшимися, и учредилъ для этой цѣли „Уложенную Палату“, составленную изъ бояръ, окольничихъ, стольниковъ, думныхъ дьяковъ и проч. Дѣятельность этой комиссіи не дала, однако, практическихъ результатовъ—такъ же, какъ не дала ихъ дѣятельность и всѣхъ другихъ комиссій, собиравшихся для кодификаціонныхъ цѣлей до самаго царствованія Николая I. Что касается Екатерины II, прославившей себя столькими преобразованіями въ области государственнаго управленія, то она не оставила, правда, безъ вниманія и дѣла кодификаціи, учредивъ для этой цѣли уже восьмую по счету „комиссію о сочиненіи проекта новаго Уложенія“. Для руководства этой комиссіи былъ изданъ и знаменитый „Наказъ“, въ основаніе котораго легли просвѣтительныя идеи XVIII в. Но идеи эти вскорѣ были взяты назадъ и возвращены по принадлежности ихъ законнымъ владѣльцамъ на Западѣ: Екатерининская комиссія была, какъ извѣстно, распущена, не окончивъ своего дѣла. Александръ I такъ же приступалъ къ кодификаціи, и къ его царствованію относится извѣстный проектъ Гражданскаго Уложенія 1809 года, составленный гр. Сперанскимъ по образцу французскаго кодекса, и другіе проекты, принадлежащіе этому же времени. Ни одному изъ этихъ проектовъ не суждено было получить санкцію закона. Наконецъ, наше пра-

вительство, въ лицѣ Николая I, оставило мысль о новомъ уложеніи и остановилось на сводѣ существующихъ уже законовъ, откуда должно было быть исключено все, что перестало дѣйствовать, но существующее оставлено безъ измѣненій. Для осуществленія этой цѣли прежняя комиссія по составленію законовъ была преобразована въ 1826 г. во Второе отдѣленіе Е. В. Канцеляріи, по порученію котораго возвращенный изъ ссылки Сперанскій выработалъ два обширныхъ сборника законовъ, дѣйствующихъ по настоящее время и извѣстныхъ подъ именами „Полнаго Собранія“ и „Свода законовъ Россійской Имперіи“. Съ исторіей кодификаціи этихъ сборниковъ, равно какъ и кодификаціи предшествующаго времени, можно ознакомиться по цитированному выше обширному, хотя и не свободному отъ крупныхъ недостатковъ, сочиненію Пахмана. Мы ограничимся нѣсколькими общими указаніями на составъ и значеніе нашихъ сборниковъ законовъ.

„Полное Собраніе Законовъ Россійской Имперіи“ состоитъ изъ подлинныхъ постановленій, указовъ и узаконеній, издававшихся нашими царями послѣ Уложенія 1649 года до настоящаго времени. Оно расположено въ хронологическомъ порядкѣ и издано въ первый разъ въ 1830 г. (45 томовъ), заключая въ себѣ какъ отмѣненные, такъ и сохранившіе свою силу законы. Позже было издано „Второе Полное Собраніе“ (55 томовъ), куда вошли новыя узаконенія съ 1825 по 1867 гг.; затѣмъ пошло „Третье Полное Собраніе“ (по одному тому въ годъ). Вслѣдствіе расположенія юридическаго матеріала въ хронологическомъ порядкѣ и большого количества томовъ, „Полное Собраніе Законовъ“ признано неудобнымъ для пользованія, и значеніе практическаго источника права получило у насъ не это „Собраніе“, а „Сводъ Законовъ Россійской Имперіи“, представляющій собою систематическую выборку только дѣйствующихъ положеній права изъ перваго сборника. Въ виду же практической цѣли Свода законовъ постановлено переиздавать его отъ времени до времени, а въ промежутки между такими изданіями выпускать „Продолженія“ къ Своду, гдѣ должны указываться тѣ статьи послѣдняго изданія Свода, которыя подверглись измѣненію. Первое изданіе Свода законовъ называется оффиціально изданіемъ 1832 г., и за нимъ послѣдовали: второе изданіе 1842 г. и третье 1857 г. Затѣмъ переиздавались лишь отдѣльные томы Свода, а Продолженія, выпускавшіяся сначала ежегодно, стали потомъ запаздывать и въ настоящее время выходятъ разъ въ 5—6 лѣтъ. О законахъ, выходящихъ въ этотъ промежутокъ времени, приходится справляться въ „Собраніи узаконеній и распоряженій правительства“, а такъ какъ послѣднее Продолженіе ко всѣмъ томамъ Свода вышло въ 1906 г., то о послѣдовавшихъ за нимъ узаконеніяхъ нельзя освѣдомиться иначе, какъ по тому же оффиціальному журналу.

Что касается отношенія между Сводомъ и Полнымъ Собраніемъ законовъ въ юридическомъ смыслѣ, то отношеніе это оказывается до сихъ

поръ спорнымъ, благодаря особенностямъ нашего такъ назыв. кодификаціоннаго порядка изложенія законодательныхъ актовъ. Нѣсколько законовъ сходнаго содержанія, при включеніи ихъ въ Сводъ, сливаются часто въ одну статью—также, какъ и одинъ законъ, если онъ касается различныхъ отраслей права, разбивается по системѣ Свода на части и распредѣляется по различнымъ томамъ. Въ этой работѣ всегда возможны неточности, ошибки, не говоря уже о передержкахъ. Возможно, слѣдовательно, и противорѣчіе между текстомъ закона и текстомъ Свода. Какой-же изъ этихъ текстовъ долженъ быть предпочтенъ другому?

Отвѣчая на этотъ вопросъ, надо помнить, что, когда на обсужденіе Государственнаго Совѣта были внесены Сводъ и Полное Собраніе законовъ, предстояло остановиться на одномъ изъ двухъ рѣшеній: или признать статьи Свода единственнымъ основаніемъ для рѣшенія дѣлъ, при чемъ тексты Полнаго Собранія могли бы служить только доказательствомъ статей Свода, или допустить обращеніе въ случаяхъ сомнѣнія и къ текстамъ Полнаго Собранія, для отысканія въ нихъ отвѣта на эти сомнѣнія. Третье предположеніе, состоявшее въ томъ, чтобы признать тексты Полнаго Собранія единственнымъ основаніемъ для рѣшеній, а статьи Свода считать только средствомъ къ пріисканію и объясненію этихъ текстовъ, было рѣшительно отвергнуто, и какъ журналъ засѣданія Государственнаго Совѣта, такъ и положенная на немъ резолюція императора Николая I не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что Сводъ законовъ былъ признанъ исключительнымъ источникомъ дѣйствующаго у насъ права. Резолюція Николая I гласила такъ: „Сводъ разсылается нынѣ же, какъ положительный законъ, котораго исключительное дѣйствіе начинается съ 1-го января 1835 г.“. Отсюда ясно, что Сводъ объявленъ положительнымъ закономъ, который, какъ и всякій положительный законъ, отмѣняетъ предшествующее законодательство во всемъ, что противорѣчитъ ему, и что каждая его статья получаетъ силу не изъ того закона, откуда она извлечена, а изъ одного обнародованія ея въ составѣ Свода [1]). Но все это относится только къ первому изданію Свода въ 1832 г., такъ какъ резолюція императора Николая I имѣла своимъ предметомъ одно это изданіе, а вовсе не послѣдующія изданія, которыя не утверждались высшей въ государствѣ властью и являлись всегда работой не законодательныхъ, а административныхъ учрежденій.

Инымъ рѣшеніемъ настоящаго вопроса, т.-е. распространеніемъ резолюціи Николая I на всѣ послѣдующія изданія Свода, кодификаціонная инстанція была бы поставлена выше законодательной власти, и это противорѣчило бы не только понятію закона и конституціоннаго строя, но и нашимъ прежнимъ Основнымъ законамъ, по которымъ „никакое мѣсто или правительство въ государствѣ не можетъ само собой установить новаго закона,

[1]) П. Цитовичъ, Курсъ русскаго гражданскаго права. 1878, I, стр. 10 и слѣд.

и никакой законъ не можетъ имѣть своего совершенія безъ утвержденія Самодержавной власти“ (ст. 51). Поэтому нельзя считать положительнымъ закономъ ни одного изданія Свода и Продолженій къ нему, кромѣ изданія 1832 г., а слѣдуетъ, напротивъ, утверждать, что всѣ проредактированныя въ этихъ послѣдующихъ изданіяхъ статьи законовъ имѣютъ лишь настолько юридической силы, насколько онѣ согласны съ текстомъ тѣхъ законовъ, которые служатъ ихъ источникомъ. Если здѣсь возникаетъ какое-либо разногласіе, то предпочтеніе должно быть, несомнѣнно, отдано тексту закона, а не тексту Свода. Это мнѣніе, по свидѣтельству Лазаревскаго [1]), признано въ настоящее время и русской юридической литературой, и практикой Правительствующаго Сената.

Сводъ раздѣленъ на 16 томовъ, въ ряду которыхъ важнѣйшее значеніе для насъ имѣетъ томъ X, первая часть котораго называется „Сводомъ законовъ гражданскихъ“. Независимо отъ этой 1 ч. X тома постановленія гражданскаго права встрѣчаются и въ другихъ частяхъ этого тома, котораго 2-я часть говоритъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ, а 3-я содержитъ въ себѣ законы межевые. 2-я часть X тома замѣнена теперь Судебными Уставами 1864 года, между частями которыхъ особенный интересъ представляетъ для насъ Уставъ гражданскаго судопроизводства, заключающій въ себѣ много постановленій и матеріальнаго права. Но кромѣ трехъ частей X тома и Судебныхъ уставовъ, включенныхъ теперь въ томъ XVI Свода законовъ, законы гражданскаго права разбросаны и по другимъ томамъ этого Свода. Такъ, наприм., въ IX т. изложены законы о поземельныхъ и другихъ отношеніяхъ крестьянъ, въ XI т. помѣщены законы торговые, уставы кредитный, ремесленный, заводской и фабричной промышленности; въ XII т. мы находимъ постановленія о гражданскихъ правахъ колонистовъ; въ томахъ отъ I до III, посвященныхъ государственному управленію, излагаются также гражданскіе законы, насколько они касаются казеннаго хозяйства, и т. д.

Предполагая заниматься только общимъ гражданскимъ правомъ, мы ограничимъ наше отношеніе къ Своду Законовъ, преимущественно, 1-ой частью X тома и скажемъ два слова объ ея системѣ. Она напоминаетъ римско-французскую систему, и вдохновитель ея, гр. Сперанскій, заявлялъ, что „планъ Свода составленъ по образцу римскаго, французскаго, прусскаго и австрійскаго законодательствъ“. Но исключительность матеріала Свода, въ который, кромѣ указовъ стараго времени не вошло почти ничего изъ того, что обыкновенно входитъ и должно входить во всякій законодательный кодексъ (обычное право, доктрина юристовъ, судебная практика и проч.), произвела то, что, хотя въ немъ и дѣйствительно оказалось много предметовъ, какихъ нѣтъ

[1]) Лазаревскій, Лекціи по русскому государственному праву, стр. 156—7.

въ другихъ уложеніяхъ, но самъ авторъ плана вынужденъ былъ къ слѣдующему признанію: „сколько объемъ нашего Свода обширенъ и полонъ, столько составныя его части недостаточны и скудны". Особенною недостаточностью и скудостью, не встрѣчающимися ни въ одномъ европейскомъ кодексѣ, отличается нашъ „Сводъ законовъ гражданскихъ". Здѣсь нѣтъ ни общихъ руководящихъ положеній, ни строгихъ опредѣленій институтовъ и юридическихъ понятій, ни выдержанности, ни послѣдовательности, ни ясности. Крайняя скудость въ содержаніи отдѣловъ, большое количество статей и ссылокъ къ нимъ по вопросу о недвижимыхъ имуществахъ, съ рѣзкими сословными различіями по ихъ обладанію, и чрезвычайная бѣдность въ опредѣленіяхъ, касающихся понятія имущества вообще и движимаго имущества въ частности; множество постановленій о бракѣ, основанныхъ на конфессіональныхъ соображеніяхъ, и ни одного положенія, которое признавало бы права личности, свободы совѣсти, равенства передъ закономъ и другіе принципы, положенные въ основаніе гражданскаго порядка всѣхъ цивилизованныхъ народовъ; далѣе, масса правилъ о различныхъ обрядностяхъ, формахъ актовъ, гербовыхъ сборахъ и другихъ предметахъ, которые за ихъ малымъ отношеніемъ къ гражданскому праву могли бы быть съ большимъ удобствомъ перенесены въ особый процессуальный или нотаріальный уставъ; наконецъ, крайняя неудовлетворительность статей по договорному праву, въ которыхъ одни изъ договоровъ только намѣчены и почти исключительно съ внѣшней, обрядовой стороны, а другіе оставлены совсѣмъ безъ вниманія,—всѣ эти крупные недостатки нашихъ гражданскихъ законовъ выступятъ передъ нами во всей своей наготѣ при обзорѣ отдѣльныхъ институтовъ гражданскаго права. Не останавливаясь пока на этихъ недостаткахъ, мы отмѣтимъ еще разъ тотъ фактъ, что всѣ или, по крайней мѣрѣ, огромное большинство законовъ, содержащихся въ нашемъ Сводѣ, составляетъ общее право Россіи, отличающееся отъ дѣйствующихъ въ ней мѣстныхъ законовъ тѣмъ, что оно не ограничено въ своемъ дѣйствіи какою-либо частью территоріи Россіи, а распространяется на всю Россію, кромѣ изъятыхъ изъ его дѣйствія мѣстностей, въ которыхъ, за исключеніемъ Финляндіи, оно входитъ въ силу само собою, ipso jure, если только мѣстный законъ почему-либо не примѣняется или отмѣняется.

Согласно сказанному, отношеніе между мѣстнымъ и общимъ правомъ у насъ таково, что первое въ извѣстныхъ частяхъ государства исключаетъ второе. Это видно изъ ст. 48 нашихъ Основныхъ законовъ, которая постановляетъ: „Законы Имперіи дѣйствуютъ или единообразно въ общей ихъ силѣ или съ мѣстными, въ нѣкоторыхъ ихъ частяхъ, измѣненіями. Пространство сихъ измѣненій, мѣста, гдѣ они допускаются, и связь ихъ съ законами общими опредѣляется въ особыхъ законахъ, учрежденіяхъ и уставахъ". Кромѣ того, въ ст. 79 тѣхъ же Осн. зак. (ст. 88 изд. 1906 г.) мы чи-

таемъ: „Законы, особенно для какой-либо губерніи (мѣстности) или какого-либо рода людей (части населенія) изданные, новымъ общимъ закономъ не отмѣняются, если въ немъ именно такой отмѣны не постановлено“. Отсюда не можетъ быть другого заключенія, кромѣ того, что мѣстные законы по всѣмъ предметамъ, которыхъ они касаются, отмѣняютъ дѣйствіе общихъ законовъ. И такіе мѣстные законы дѣйствуютъ у насъ въ Польшѣ, Финляндіи, Остзейскихъ губерніяхъ, Бессарабіи, Грузіи и у нѣкоторыхъ инородцевъ и иностранныхъ колонистовъ.

По отношенію къ общимъ законамъ указанныя мѣстности стоятъ въ троякомъ положеніи. Однѣ изъ нихъ совсѣмъ недоступны для общихъ законовъ, имѣющихъ силу для всей Россіи, и подчинены исключительно своимъ мѣстнымъ законамъ: таково положеніе Финляндіи, управляемой Шведскимъ Уложеніемъ 1734 г. и послѣдовавшими за нимъ законами, издаваемыми въ особомъ порядкѣ, для Финляндіи установленномъ и утвержденномъ нашей государственной властью. Другія мѣстности, какъ наприм., бывшее Царство Польское и Остзейскій край, мало доступны для общихъ законовъ. Польша подчинена еще во времена Наполеона I дѣйствію французскаго гражданскаго кодекса, передѣланнаго въ 1825 г. въ „Гражданское Уложеніе Царства Польскаго“, а Остзейскій край управляется своимъ мѣстнымъ, кодифицированнымъ въ 1864 г. законодательствомъ („Сводъ гражд. узаконеній губерній Остзейскихъ“) во всѣхъ предусматриваемыхъ имъ случаяхъ. Общіе законы дѣйствуютъ здѣсь только тогда, когда они сами на это указываютъ, и въ случаяхъ пробѣловъ въ мѣстномъ законодательствѣ. Для иллюстраціи этого положенія приведемъ ст. 2 Свода мѣстныхъ узаконеній Остзейскаго края, гдѣ сказано: „заимствуя силу свою также, какъ законы общіе, отъ единой власти самодержавной, мѣстныя узаконенія простираются на тѣ только губерніи и области, коимъ они особенно предоставлены, и обнимаютъ тѣ только случаи, на кои именно постановлены. Во всѣхъ другихъ случаяхъ дѣйствіе общихъ законовъ Имперіи сохраняетъ и въ сихъ губерніяхъ и областяхъ полную свою силу“. Наконецъ, есть мѣстности, какъ, напр., Бессарабія, Закавказье и территоріи, заселенныя нѣкоторыми инородцами и колонистами, открытыя дѣйствію общихъ законовъ также субсидіарно, т.-е. въ смыслѣ дополненія ими мѣстныхъ законовъ, но въ несравненно сильнѣйшей степени, чѣмъ это имѣетъ мѣсто въ Польшѣ и Остзейскихъ губерніяхъ, такъ какъ источники мѣстнаго права тамъ слишкомъ недостаточны и представляютъ такіе пробѣлы, которые не могутъ быть заполнены иначе, какъ общимъ правомъ, изложеннымъ въ Сводѣ. Въ этомъ смыслѣ состоялось и Высочайшее Повелѣніе 20 октября 1859 г., которымъ положено: „1) дѣйствующія въ разныхъ частяхъ Закавказскаго края, составляющихъ прежнія Грузію, Имеретію и Гурію, постановленія изъ Уложенія Царя Вахтанга замѣнить общими законами Имперіи, во всемъ ихъ пространствѣ, допустивъ нѣкоторыя изъятія, требуемыя мѣ-

стными особенностями края; 2) изъятія сіи ввести въ общій сводъ гражданскихъ законовъ Имперіи, въ видѣ дополненія подлежащихъ статей этого свода".

Надо еще замѣтить, что и въ Малороссіи до 1842 г. дѣйствовало свое законодательство, въ видѣ Литовскаго Статута и другихъ источниковъ мѣстнаго права, сила которыхъ была признана царемъ Алексѣемъ Михайловичемъ при присоединеніи Малороссіи къ Московскому государству. Дѣйствіе этихъ источниковъ права сохранилось въ Малороссіи и при первомъ изданіи нашего Свода законовъ въ 1832 году, но ко второму изданію этого Свода въ 1842 г. самостоятельное существованіе означенныхъ памятниковъ права прекратилось, и въ Сводъ были введены лишь немногія статьи Литовскаго Статута, въ видѣ изъятій изъ общихъ законовъ, установленныхъ для губерній Черниговской и Полтавской. Такимъ образомъ, относительно упомянутыхъ губерній нашъ Сводъ законовъ содержитъ въ себѣ, рядомъ съ общимъ правомъ для всей Россіи, и партикулярное право однихъ этихъ губерній. Особые законы дѣйствуютъ у насъ и для иностранныхъ колонистовъ губерній: Саратовской, Ставропольской, Лифляндской, Петербургской и Закавказья. Эти колонисты получаютъ на особыхъ основаніяхъ поземельные надѣлы, пользуются особыми правами относительно опеки, вступленія въ обязательства и т. д. Принадлежащіе сюда законы изложены во 2 ч. т. XI Свода законовъ. Существуютъ особыя постановленія и для инородцевъ, несмотря на то, что имъ предоставлено, по большей части, жить по своимъ обычаямъ. Въ виду недостаточности, а иногда и чрезмѣрной жестокости этихъ обычаевъ, правительство создаетъ для инородцевъ и особыя, исключительныя правила: такъ, въ т. X и XI Свода законовъ попадаются различныя изъятія изъ общихъ правилъ, установленныя для инородцевъ въ отношеніи къ ихъ найму, заключенію съ ними договоровъ займа и проч... Слѣдовательно, и относительно инородцевъ нашъ Сводъ даетъ постановленія партикулярнаго права, которымъ инородцы подчиняются, однако, не какъ таковые, а какъ инородцы, живущіе въ извѣстныхъ мѣстностяхъ, точно такъ же, какъ и право управляться мѣстными обычаями признано за нашими крестьянами не вообще, а за крестьянами, живущими въ деревнѣ и подчиненными юрисдикціи волостныхъ судовъ. Говоря другими словами, партикулярныя права подчинены теперь у насъ, какъ и всюду, дѣйствію территоріальнаго, а не личнаго или племенного начала.

За исключеніемъ указанныхъ мѣстностей и народностей, единственнымъ источникомъ законовъ гражданскихъ во всѣхъ коренныхъ русскихъ губерніяхъ и во всей Россійской Имперіи вообще служитъ, какъ это было уже сказано, „Сводъ законовъ Россійской Имперіи". Но недостатки этого Свода такъ значительны и положенные въ его основаніе юридическіе матеріалы XVII и XVIII вв. до такой степени устарѣли, что потребность въ новомъ законодательствѣ, которое стояло бы въ большемъ соотвѣт-

ствіи съ измѣнившимися условіями жизни и новыми воззрѣніями на общественныя и гражданскія отношенія, чувствуется теперь въ нашемъ обществѣ сильнѣе, чѣмъ когда-нибудь. Сознаніе необходимости такого новаго законодательства было не чуждо и составителямъ Свода, хорошо видѣвшимъ, что приготовленная ими работа была не новымъ кодексомъ, отвѣчающимъ современнымъ имъ условіямъ жизни, а историческимъ сборникомъ старыхъ постановленій, соединенныхъ лишь во внѣшнюю систему и приправленныхъ немногими заимствованіями изъ французскаго и другихъ европейскихъ законодательствъ. Поэтому гр. Сперанскій и заявлялъ, что Сводъ есть не уложеніе, а лишь матеріалъ для будущаго уложенія. Сборы къ составленію этого послѣдняго шли во все продолженіе царствованія Александра II и ознаменовались назначеніемъ множества комиссій, которымъ поручалась обработка отдѣльныхъ вопросовъ и институтовъ гражданскаго права, особенно требовавшихъ измѣненія и новой законодательной регламентаціи. Планъ состоялъ, слѣдовательно, въ измѣненіи Свода и въ введеніи новой кодификаціи—по частямъ, т.-е. отдѣльнымъ институтамъ права. Съ этой цѣлью и были назначены особыя комиссіи для составленія ипотечнаго устава, новаго регулированія правъ по обязательствамъ и договорамъ, новаго положенія объ опекѣ, о договорѣ найма и т. д... Всѣ эти предположенія оставались, однако, безъ осуществленія, такъ какъ большинство назначенныхъ комиссій не выражало своей дѣятельности ни однимъ внѣшнимъ актомъ, т.-е. не оглашало даже своихъ работъ, если таковыя производились. Выработанные нѣкоторыми изъ этихъ комиссій проекты, какъ наприм., проектъ ипотечнаго устава, не получили до сихъ поръ силы закона; другіе, какъ, напр., проектъ устава объ опекѣ, были настолько плохи и проникнуты отжившими началами, что объ осуществленіи ихъ нельзя было и думать. На смѣну всѣмъ этимъ комиссіямъ явилась одна кодификаціонная комиссія, замѣненная, въ свою очередь, особымъ кодификаціоннымъ отдѣломъ при Канцеляріи Государственнаго Совѣта, которому поручено составленіе общаго гражданскаго уложенія, долженствующаго отмѣнить дѣйствующій теперь „Сводъ законовъ гражданскихъ“ во всемъ его цѣломъ и ввести новое и общее для всей Россіи гражданское законодательство. Труды этого кодификаціоннаго отдѣла теперь обнародованы въ видѣ весьма несовершеннаго проекта Гражданскаго Уложенія и обширныхъ къ нему объяснительныхъ записокъ, съ содержаніемъ которыхъ мы будемъ знакомиться по мѣрѣ изложенія соотвѣтствующихъ имъ институтовъ гражданскаго права.

Д) Коллизія разномѣстныхъ законовъ.

а) Понятіе коллизіи и область частичнаго международнаго права. Разномѣстными законами называются законы, дѣйствующіе въ различныхъ государствахъ или въ различныхъ частяхъ одного и того же

государства. Эти законы могутъ противорѣчить другъ другу, и вопросъ о томъ, какимъ изъ нѣсколькихъ исключающихъ взаимно законовъ долженъ руководствоваться судья въ случаяхъ коллизіи, или столкновенія разномѣстныхъ законовъ, разрѣшается не такъ просто, какъ это можно было бы заключить изъ установленныхъ выше положеній о территоріальномъ характерѣ современныхъ законодательствъ и отношеніи между общимъ и мѣстнымъ правомъ. Тотъ принципъ, что судья примѣняетъ къ рѣшеніямъ гражданскихъ споровъ законы своей страны, терпитъ многочисленныя отступленія по дѣламъ, въ которыхъ принимаютъ участіе иностранцы, или предметомъ которыхъ служатъ имущества, лежащія въ другой странѣ, и отношенія, возникающія не въ томъ государствѣ, гдѣ они разрѣшаются. Такъ назыв. международная вѣжливость (comitas gentium) и уваженіе, которымъ одно государство обязано другому, и иныя соображенія, о которыхъ мы будемъ говорить нѣсколько ниже, заставляютъ современное право ограничивать территоріальное начало по отношенію къ дѣйствію закона и обязываютъ судью примѣнять въ извѣстныхъ случаяхъ не свое, а чужое право. Точно такъ же и принципъ отмѣны мѣстнымъ правомъ общаго, когда это послѣднее выступаетъ субсидіарно-, а не абсолютно-общимъ правомъ, не разрѣшаетъ ни столкновенія между нѣсколькими мѣстными правами въ предѣлахъ одного и того же государства, ни столкновенія субсидіарно-общаго права съ мѣстнымъ, когда заинтересованныя лица имѣютъ постоянное жительство не въ томъ судебномъ округѣ, гдѣ разбирается данное дѣло, а въ другомъ мѣстѣ, управляемомъ своими мѣстными законами. Тѣ же сомнѣнія возникаютъ, когда вопросъ касается имуществъ, лежащихъ внѣ того округа, гдѣ дѣйствуетъ данный мѣстный законъ, или суду приходится обсуждать сдѣлки, совершонныя въ иной территоріи, чѣмъ та, гдѣ должно быть постановлено судебное рѣшеніе. Какъ должно быть постановлено это рѣшеніе? По законамъ-ли того мѣста, съ которымъ участники связаны своимъ происхожденіемъ (lex originis), или по законамъ того мѣста, гдѣ производится дѣло (lex fori), или по законамъ мѣстожительства участвующихъ лицъ (lex domicilii), или по законамъ мѣстонахожденія имущества (lex rei sitae), или, наконецъ, по законамъ мѣста совершенія даннаго акта (lex loci actus)?

Всѣ эти вопросы не разрѣшаются предыдущимъ изложеніемъ и образуютъ въ своей совокупности, вмѣстѣ съ вопросомъ о примѣненіи въ одномъ государствѣ права другого государства, особое ученіе, называемое collisio statutorum (conflit des lois), также — частнымъ международнымъ правомъ (droit international privé). Первое изъ этихъ названій прилагается обыкновенно къ случаямъ столкновенія разномѣстныхъ законовъ въ предѣлахъ одного и того же государства, второе — къ столкновеніямъ законовъ различныхъ государствъ, хотя принципъ и основанія для рѣшенія тѣхъ и другихъ случаевъ одинаковы, если не говорить о томъ, что принципъ національности права, связывающій лицо съ пра-

вомъ того государства, котораго оно состоитъ подданнымъ (lex patriae), замѣняется въ случаяхъ столкновенія разномѣстныхъ законовъ въ предѣлахъ одного и того же государства принципомъ мѣстожительства, по силѣ котораго рѣшающее значеніе принадлежитъ праву той мѣстности, гдѣ это лицо постоянно пребываетъ или сосредоточиваетъ свою дѣятельность (lex domicilii) [1]).

По поводу отношенія между тѣмъ и другимъ рядомъ случаевъ столкновенія законовъ слѣдуетъ замѣтить, что столкновенія законовъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ одного и того же государства, были выдвинуты гораздо раньше столкновеній законовъ, дѣйствующихъ въ различныхъ государствахъ, такъ какъ въ теченіе весьма продолжительнаго періода исторіи и повсюду иностранцы были или совсѣмъ безправны, или чрезвычайно ограничены въ своей правоспособности. Поэтому уже вопросы, вызываемые столкновеніями законовъ, и ставились сначала не въ отношеніи къ иностранцамъ, а въ отношеніи къ подданнымъ каждаго отдѣльнаго государства, подчиненнымъ различнымъ законамъ своей страны. Нѣкоторыя государства, какъ, наприм., Германія, Швейцарія, Россія и многія другія, не достигли до сихъ поръ полнаго единства въ своемъ правѣ, и разрѣшеніе случаевъ стволкновенія разномѣстныхъ законовъ имѣетъ для нихъ и въ настоящее время большое значеніе, далеко превосходящее значеніе столкновенія законовъ, дѣйствующихъ въ различныхъ государствахъ. Это объясняетъ, почему юриспруденція всѣхъ народовъ обращала сначала преимущественное вниманіе на случаи столкновенія законовъ перваго рода и на нихъ выработала ученіе, носившее долго названіе collisio statutorum. Это названіе нельзя считать удачнымъ уже потому, что оно предполагаетъ только патологическое состояніе столкновенія различныхъ законовъ, но не регулированіе этими законами тѣхъ или другихъ отношеній гражданскаго права, составляющее главное содержаніе и главную цѣль настоящаго ученія. Поэтому же старое названіе и замѣнено теперь новымъ, а именно названіемъ „частное международное право“, которое указываетъ, съ одной стороны, на присущій этому ученію элементъ международнаго права и, съ другой—дѣлаетъ возможнымъ включеніе въ него и случаевъ столкновенія законовъ различныхъ государствъ, получившихъ большое значеніе только въ послѣднее время. Усваивая себѣ эту терминологію, мы должны, однако, для избѣжанія смѣшенія въ понятіяхъ, постоянно помнить различіе частнаго международнаго права какъ отъ такъ назыв. общенароднаго права (droit des gens, римское jus gentium), такъ и отъ той дисциплины, которую называютъ публичнымъ международнымъ правомъ.

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pand., I, стр. 144. Gierke, Deutsches Privatr., I, стр. 210. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privat-und Strafrechts, 1889, I, стр. 119 и слѣд.

Римское jus gentium выражало два понятія: съ одной стороны, право однихъ иностранцевъ, ставшее впослѣдствіи правомъ всѣхъ подданныхъ римской имперіи, въ отличіе отъ jus civile, составлявшаго достояніе однихъ римскихъ гражданъ, и съ другой — правила чисто международныхъ сношеній, какъ, наприм., право войны, заключеніе международныхъ трактатовъ и т. д. Въ первомъ изъ этихъ значеній jus gentium не имѣетъ примѣненія къ современному праву, такъ какъ юридическое положеніе иностранцевъ опредѣляется теперь законодательствомъ каждаго государства, устанавливающаго права какъ своихъ подданныхъ, такъ и иностранцевъ. Во второмъ значеніи — нормъ для международныхъ сношеній — jus gentium передавалось долго и передается до сихъ поръ французскимъ выраженіемъ droit des gens, которое не заключаетъ въ себѣ уже существеннаго элемента римскаго jus gentium, т.-е. права иностранцевъ, но переходитъ часто изъ понятія международнаго права въ понятіе общенароднаго, т.-е. одинаковаго или сходнаго для всѣхъ людей права. Большое различіе въ томъ и другомъ смыслѣ одного и того же выраженія заставило извѣстнаго англійскаго юриста Бентама передѣлать римское jus gentium и производное отъ него droit des gens въ jus inter gentes, и стоило только перевести это выраженіе на европейскіе языки, чтобы изъ него образовались общепринятыя теперь названія: droit international, international law, internationales Recht, международное право — въ смыслѣ нормъ для сношеній различныхъ государствъ и народовъ между собою.

По различію предмета этихъ сношеній, т.-е. смотря по тому, служатъ ли имъ коллективные интересы государствъ, какъ таковыхъ, или отдѣльные интересы одного или многихъ лицъ, — все равно идетъ-ли при этомъ споръ между государствомъ и отдѣльнымъ лицомъ, какъ подданнымъ другого государства, или между подданными различныхъ государствъ, или даже между подданными одного и того же государства, когда связывающее ихъ юридическое отношеніе возникаетъ въ одномъ государствѣ и должно быть разрѣшено въ другомъ, — словомъ, смотря по тому, что является предметомъ международныхъ сношеній: публичное или гражданское право, — большинство современныхъ писателей дѣлятъ международное право на публичное и частное. Нѣкоторые изъ нихъ, какъ, напр., Laurent [1]), идутъ даже такъ далеко, что считаютъ частное международное право частью публичнаго.

Другое теченіе въ литературѣ частнаго международнаго права, представленное, главнымъ образомъ, Meili, Jitta и большинствомъ цивилистовъ, отрицаетъ принадлежность его международному праву и, указывая на различіе, съ одной стороны, субъектовъ того и другого

[1]) Le droit civil international, 1880, I, Introd., стр. 9 и слѣд. См. также Pillet, Le droit international privé, стр. 8 и слѣд.

права (тамъ — отдѣльное лицо, здѣсь государство), и съ другой — формъ защиты (тамъ—судебная власть каждаго даннаго государства, здѣсь—несовершенныя санкціи международнаго права), считаетъ эту область частью каждой данной системы гражданскаго права [1]). Это различіе взглядовъ на частное международное право имѣетъ не только теоретическое, но и важное практическое значеніе, такъ какъ, принимая первый изъ указанныхъ взглядовъ, мы были бы вынуждены подчинить настоящую отрасль права правиламъ, выведеннымъ изъ международныхъ сношеній различныхъ государствъ другъ съ другомъ, тогда какъ признаніе ея простымъ отдѣломъ каждой существующей системы гражданскаго права означало бы подчиненіе ея только данной государственной власти и исключеніе изъ нея международнаго элемента.

Мы отвергаемъ обѣ эти крайнія точки зрѣнія и склоняемся, въ общемъ, къ взгляду Цительмана, который указываетъ судьѣ при разрѣшеніи случаевъ столкновенія разномѣстныхъ законовъ руководствоваться, прежде всего, коллизіонными нормами своего отечества, т.-е. поставленными даннымъ положительнымъ законодательствомъ нормами для разрѣшенія этихъ столкновеній, а въ случаѣ отсутствія такихъ нормъ или представляемыхъ ими сомнѣній—обращаться къ надгосударственнымъ нормамъ частнаго международнаго права [2]). Это—опять творчество въ юриспруденціи, которое, если и не сразу получаетъ значеніе общеобязательнаго источника права, оставаясь сначала только правомъ науки, то постепенно пробиваетъ себѣ путь къ международному признанію и дѣлаетъ это тѣмъ легче, что оно возвышается надъ каждымъ отдѣльнымъ національнымъ правомъ и его исключительно національной обработкой.

Теорія Цительмана синтетизируетъ обѣ приведенныя выше точки зрѣнія и, несмотря на нѣкоторое преувеличеніе въ оцѣнкѣ чисто международныхъ нормъ настоящей отрасли права, исходитъ изъ вѣрной мысли. Внутреннее право не можетъ быть единственнымъ источникомъ частнаго международнаго права уже потому, что его другой и столь же самостоятельный источникъ составляютъ коллизіонныя нормы всѣхъ государствъ, стоящихъ въ международномъ общеніи и ограничивающихъ въ извѣстной степени другъ друга даже въ законодательномъ суверенитетѣ. Это указываетъ и на различіе частнаго международнаго права отъ публичнаго, и на близость перваго къ гражданскому праву, разъ мы присоединимъ къ этому послѣднему, при его пробѣлахъ, и элементъ международныхъ нормъ, если не матеріальнаго гражданскаго права, то, по крайней мѣрѣ, коллизіонныхъ нормъ этого права.

---

[1]) Meili, Das internationale Civil- und Handelsrecht, 1902, I, стр. 52 и слѣд. Jitta, La méthode du droit international privé, 1890, стр. 35 и слѣд. Hölder, Pandekten, 1891, стр. 82 и слѣд. Gierke, Deutsches Privatr., I, стр. 213 и слѣд.

[2]) Zittelmann, Internationales Privatrecht, 1897, I, стр. 53—196.

Со сдѣланной оговоркой мы можемъ признать и принадлежность частнаго международнаго права гражданскому праву въ виду того, что оно регулируетъ юридическія отношенія не между государствами или народами, какъ таковыми, и не между государствомъ и отдѣльными лицами, а исключительно юридическія отношенія отдѣльныхъ лицъ. Въ ряду этихъ послѣднихъ можетъ выступать и государство, покупающее, напр., или продающее на сторонѣ какую-нибудь территорію, желѣзную дорогу и т. п., и дѣйствующее при этомъ въ качествѣ субъекта не публичнаго, а гражданскаго права. Субъектами юридическихъ отношеній въ частномъ международномъ правѣ, какъ и въ гражданскомъ, являются индивиды или индивидуализированныя государства, и средства защиты тутъ тѣ же и приводятся въ движеніе той же индивидуальной иниціативой, что и въ гражданскомъ правѣ. Когда французъ заключаетъ договоръ купли-продажи съ испанцемъ, это не затрогиваетъ публичнаго права ни Франціи, ни Испаніи. Возникающее изъ этого договора отношеніе выходитъ за предѣлы нормальной сферы какъ французскаго, такъ и испанскаго законодательства, обращаясь не столько въ интернаціональное, сколько, такъ сказать, въ экстранаціональное. По своей природѣ и типу защиты, это отношеніе не выходитъ изъ области гражданскаго права и ничѣмъ существеннымъ не отличается отъ того отношенія, которое завязалось бы въ силу того же договора между двумя французами или двумя испанцами.

Примемъ еще въ соображеніе, что, если бы частное международное право не было гражданскимъ, то ни одно государство не могло бы распространить свое законодательство на эту область. И почему бы гражданское право утрачивало свою природу, примѣняясь къ международному обороту? [1]). Если мы видимъ, что юридическія отношенія, составляющія предметъ частнаго международнаго права, носятъ признаки отношенія гражданскаго права, являясь, такъ сказать, модуляціей или извѣстной

[1]) Laurent утверждаетъ раздѣльность и независимость частнаго международнаго права отъ гражданскаго, ссылаясь на названія той и другой отрасли права. Но если юридическія отношенія, составляющія предметъ извѣстной отрасли права, не гармонируютъ съ даннымъ ей названіемъ, то вина за это падаетъ на названіе, а не на право, которое не можетъ получать свою природу отъ даннаго ему названія. Другой аргументъ Лорана, хотя и болѣе серьезенъ, такъ же не выдерживаетъ критики. „Нормы частнаго международнаго права—говоритъ онъ—отличаются по самой своей природѣ отъ нормъ гражданскаго права: гражданское право, по своему существу, есть внутреннее право, исходящее отъ законодателя каждаго отдѣльнаго государства; частное международное право есть внѣшнее право, возникающее изъ столкновенія законовъ". Laurent въ указ. м. Противъ этого разсужденія говорятъ, прежде всего, коллизіонныя нормы внутренняго происхожденія. Затѣмъ, намъ уже извѣстно, что характеръ права опредѣляется не нормами, которыя имѣютъ всегда одну и ту же природу и могутъ исходить и отъ законодателя данной страны, не переставая быть нормами частнаго международнаго права. Не природа нормы, а природа юридическаго отношенія, къ которому примѣняется та или другая норма, опредѣляетъ собою характеръ права.

формой выраженія этого отношенія, то намъ не остается ничего, какъ признать частное международное право отдѣломъ гражданскаго права [1]).

Изъ сказаннаго не слѣдуетъ, однако, ни отрѣшенія частнаго международнаго права отъ публичнаго, ни разрыва между тѣмъ и другимъ. Напротивъ, связь тутъ весьма тѣсна, и въ ней лежитъ, если не оправданіе, то объясненіе доктрины, которую мы оспариваемъ. Связь эта вытекаетъ какъ изъ понятія частнаго международнаго права, такъ и изъ причинъ его возникновенія и характера санкціи, сопровождающей его постановленія. Разсмотримъ вкратцѣ эти пункты соприкосновенія частнаго международнаго права съ публичнымъ.

Въ самомъ понятіи частнаго международнаго права лежитъ то, что, выходя за предѣлы національнаго права, оно затрагиваетъ вопросъ о суверенитетѣ различныхъ государствъ и уже поэтому вступаетъ въ близкое соотношеніе съ публичнымъ международнымъ правомъ. Передъ рѣшеніемъ каждаго отдѣльнаго спора по частному международному праву представляется слѣдующій преюдиціальный вопросъ: можно-ли примѣнить законъ одного государства на территоріи другого, и въ какой мѣрѣ примѣненіе этого закона согласимо съ суверенитетомъ того государства, отъ котораго ждутъ признанія иностраннаго закона. Этотъ вопросъ касается разграниченія области суверенитета различныхъ государствъ; онъ не зависитъ отъ спеціальныхъ постановленій того или другого національнаго законодательства и принадлежитъ, очевидно, вѣдѣнію международнаго права. Сюда присоединяется и связь въ формахъ развитія публичнаго и частнаго международнаго права. Ни то, ни другое не устанавливается исключительно путемъ рѣшеній, исходящихъ отъ какой-нибудь высшей власти, которой ни одно самостоятельное государство не можетъ признать за другимъ. Какъ то, такъ и другое развиваются изъ принциповъ, принимаемыхъ постепенно всѣми культурными народами, и изъ возникающихъ между отдѣльными государствами соглашеній, которыя находятъ свое выраженіе въ международныхъ трактатахъ и обычаяхъ.

Причины возникновенія частнаго международнаго права коренятся, съ одной стороны, въ различіи законовъ и, съ другой—въ различіи суверенитета. Это различіе слѣдуетъ изъ условій жизни и развитія человѣческихъ обществъ; въ этихъ же условіяхъ оно находитъ и свою границу, которая постоянно отодвигается отъ мелкихъ группъ человѣческаго общенія, каковы племя, семья, родъ, до все болѣе и болѣе возрастающихъ общественныхъ агрегацій, сливающихся въ понятіе человѣчества. Современная жизнь выступаетъ изъ узкихъ предѣловъ семьи, рода, національности, государства и устанавливаетъ каждый день между членами человѣческаго рода новыя отношенія, требующія юридической санкціи. Эта санкція не дается имъ положительнымъ правомъ тѣхъ обществен-

[1]) Jitta въ указ. м.

ныхъ группъ, которыя раздѣляютъ человѣчество на извѣстное число народовъ и государствъ. Юридическая жизнь человѣчества едина, нераздѣльна, всеобща, тогда какъ положительное право всюду различно, раздроблено и запечатлѣно чертами національной индивидуальности. Противорѣчіе между національнымъ правомъ и дѣйствительностью, и усиливающееся съ каждымъ днемъ сознаніе взаимозависимости и солидарности всѣхъ народовъ, — вотъ настоящій источникъ возникновенія и развитія какъ частнаго, такъ и публичнаго международнаго права, которыя связываются, такимъ образомъ, еще ближе единствомъ идеи, вызывающей ихъ къ жизни.

Что касается, наконецъ, характера санкціи частнаго международнаго права, то надо сказать, что, за исключеніемъ рѣдкихъ постановленій положительныхъ законодательствъ о примѣненіи къ иностранцамъ въ извѣстныхъ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ ихъ собственнаго права, санкція эта, въ общемъ, весьма несовершенна и сходится близко съ санкціей публичнаго международнаго права. Въ чемъ же состоитъ эта послѣдняя? Многіе указываютъ на войну, но не подтверждаютъ этого указанія серьезными доводами, которые едва-ли и могутъ быть найдены для такого способа разрѣшенія юридическихъ споровъ, результаты котораго обнаруживаютъ перевѣсъ физической силы, а не права. Вѣрнѣе было бы видѣть эту санкцію въ послѣдствіяхъ, сопровождающихъ въ международныхъ сношеніяхъ непризнаніе чужого права: въ изолированіи народовъ, попирающихъ справедливость, въ постигающемъ ихъ рано или поздно возмездіи, давшемъ поводъ одному писателю сказать, что „исторія міра есть судилище міра“. Можно вспомнить и о растущей съ каждымъ днемъ силѣ общественнаго мнѣнія, заставляющей мирныя государства оправдывать передъ обществомъ свой образъ дѣйствія и вступать въ союзы другъ съ другомъ, для того, чтобы противодѣйствовать злоупотребленіямъ торжествующей силы. Но само собой разумѣется, что всѣ эти элементы санкціи несовершенны и не выдерживаютъ сравненія съ санкціей положительнаго права, за которой стоитъ весь принудительный аппаратъ данной государственной власти. Поэтому-то международное право и имѣетъ до сихъ поръ болѣе теоретическое, чѣмъ практическое значеніе, и когда оно въ рѣдкихъ случаяхъ выступаетъ, какъ положительное право, то дѣйствіе его ограничивается отдѣльными отношеніями, не отличаясь тѣмъ характеромъ общности и абсолютности, который присущъ нормамъ положительнаго права. Это, такъ сказать, право въ процессѣ образованія, осуществленія котораго, какъ положительнаго права, можно ждать только при полномъ развитіи идей международной солидарности.

Слѣдуетъ, однако, отмѣтить одно крупное различіе между санкціей частнаго и публичнаго международнаго права. Вопросы, возбуждаемые столкновеніемъ гражданскихъ законовъ двухъ или нѣсколькихъ госу-

дарствъ, обсуждаются судебными учрежденіями одного изъ этихъ государствъ, и находятъ то или другое разрѣшеніе въ этихъ учрежденіяхъ, тогда какъ вопросы публичнаго международнаго права рѣшаются, если не войной, то путемъ дипломатическихъ переговоровъ, представляющихъ, во всякомъ случаѣ, несравненно меньше гарантій права, чѣмъ рѣшенія судебной власти, въ какія бы неблагопріятныя условія эти послѣднія ни были заключены. Это различіе въ санкціи, вмѣстѣ съ указанными выше точками соприкосновенія и отличія частнаго и публичнаго международнаго права, показываютъ, что, какъ ни тѣсно связаны между собою обѣ эти области, онѣ должны быть, тѣмъ не менѣе, отличены и обособлены. Частное международное право, въ силу его предмета, состоящаго изъ отношеній гражданскаго права, надо относить не къ международному, а къ гражданскому праву—точно такъ же, какъ не менѣе многочисленные пункты соприкосновенія и не менѣе тѣсная связь между публичнымъ и гражданскимъ правомъ не мѣшаютъ намъ различать то и другое и считать гражданское право не частью публичнаго, а самостоятельной отраслью права.

б) Историческое развитіе частнаго международнаго права и обзоръ его теоріи. Вслѣдствіе указанныхъ выше особенностей въ процессѣ образованія, цѣли и санкціи частнаго международнаго права, не трудно понять, почему ученіе это признается по справедливости однимъ изъ труднѣйшихъ въ области правовѣдѣнія и состоитъ не столько изъ нормъ положительныхъ законодательствъ, почти не существующихъ, сколько изъ положеній практики и юридической доктрины, которыя вырабатывались и вырабатываются до сихъ поръ трудомъ всѣхъ народовъ, стоящихъ въ международномъ общеніи, и которыя уже поэтому распространяютъ свое дѣйствіе далеко за политическія границы каждаго изъ этихъ народовъ. Но несмотря на такую международную подготовку настоящаго ученія, оно далеко еще не выработано, и мы не встрѣчаемъ въ этой области между юристами согласія ни въ основныхъ понятіяхъ, ни въ подробностяхъ регламентаціи. Это различіе взглядовъ и принциповъ, выдвигавшихся въ разное время для разсматриваемаго нами ученія, зависѣло въ значительной мѣрѣ отъ связи, въ которой частное международное право стояло съ признаніемъ правоспособности иностранцевъ и развитіемъ идеи государства.

Сначала иностранцы были повсюду безправны. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда правоспособность ихъ признавалась, они судились только по своему праву, т.-е. праву того племени, которому они принадлежали. Это—принципъ такъ назыв. племенного права (lex originis), по которому подвѣдомственность лица тѣмъ или другимъ законамъ опредѣляется не подчиненностью его той или другой государственной власти, не мѣстомъ жительства и не какими-либо иными и спеціальными началами подсудности, а только племеннымъ происхожденіемъ. Римлянинъ,

въ какомъ бы государствѣ онъ ни находился, подлежалъ въ силу этого принципа дѣйствію римскаго права; германецъ одного племени, поселившись среди другого, сохранялъ свое прирожденное право и передавалъ его дѣтямъ.

Свое объясненіе принципъ племенного права находитъ не въ воображаемой, хотя и подчеркиваемой до сихъ поръ многими нѣмецкими писателями, любви древнихъ германцевъ къ свободѣ, а въ условіяхъ разрушенія римской имперіи и въ отсутствіи государственнаго единства между народами средневѣковой Европы, разрушившими эту имперію. Особенное развитіе этотъ принципъ получаетъ во времена франкской монархіи, но уже въ эпоху Саксонскаго и Швабскаго Зерцалъ дѣйствіе его значительно ослабѣваетъ, удерживаясь лишь въ нѣкоторыхъ исключительныхъ обстоятельствахъ, какъ, напр., въ отношеніи евреевъ, предоставляемыхъ въ извѣстныхъ условіяхъ своему праву, нѣкоторыхъ сословій и лицъ, надѣляемыхъ различными правами иммунитета, т.-е. свободой отъ подчиненія общему законодательству, католической церкви, живущей вездѣ по своему каноническому праву, и т. д.

Но, въ общемъ, господство племенного принципа прекращается вмѣстѣ съ установленіемъ прочной осѣдлости племенъ и развитіемъ идеи государства въ смыслѣ единства, заключеннаго въ опредѣленную территорію. Военная служба выдвигается на первый планъ, и представленіе объ обязанности по несенію этой службы распространяется на всѣ области права. Съ этой точки зрѣнія всѣ лица и вещи, находящіяся въ предѣлахъ данной территоріи, подчиняются ея праву, и на мѣсто lex originis вступаетъ въ силу lex domicilii, опредѣляющій подсудность каждаго по мѣсту его жительства и независимо отъ его происхожденія. Право племени, занимающаго извѣстную территорію, сообщается, какъ бы, самой территоріи, и иностранцы подчиняются тому же территоріальному праву сначала по отношенію къ своимъ земельнымъ владѣніямъ въ предѣлахъ того государства, гдѣ они живутъ, а потомъ и по отношенію къ остальнымъ правамъ. Это—принципъ территоріальнаго права, который дѣйствуетъ въ первое время съ полной исключительностью и можетъ быть сведенъ къ признанію всякаго права территоріальнымъ (omnes consuetudines sunt reale, toutes coutumes sont réelles). Начало суверенитета охраняется съ такой ревностью, что примѣненіе чужого права въ предѣлахъ даннаго государства считается униженіемъ этого начала. Отсюда и возникаетъ мысль, что каждое государство имѣетъ право требовать, чтобы внутри его границъ примѣнялись только его законы, и что, наоборотъ, ни одно государство не имѣетъ права разсчитывать на дѣйствіе своихъ законовъ внѣ своихъ политическихъ границъ. Съ теченіемъ времени этотъ суровый принципъ теряетъ, однако, свою силу, такъ какъ близкія сношенія между государствами, развивающіяся вмѣстѣ съ ростомъ торговли и другихъ какъ хозяйственныхъ, такъ и идеальныхъ отношеній, заставляютъ эти государства относиться менѣе

ревниво къ своему суверенитету и болѣе терпимо къ чужому праву. Крѣпнетъ убѣжденіе въ силѣ принципа взаимности, однимъ изъ выраженій котораго оказывается мысль, что государство не можетъ охранить лучше правъ своихъ гражданъ въ предѣлахъ другого государства, какъ признавая и охраняя у себя права иностранцевъ.

Такимъ образомъ, частное международное право переходитъ постепенно на точку зрѣнія международнаго общенія, замѣняющую собою прежнюю точку зрѣнія территоріальнаго верховенства. Дѣйствіе территоріальнаго начала въ его исключительности начинаетъ уступать мѣсто соображеніямъ о національности и другихъ началахъ подсудности, которыя не имѣли прежде никакой силы, а теперь, при извѣстныхъ условіяхъ, получаютъ ее рядомъ съ территоріальнымъ началомъ, остающимся господствующимъ, но уже не исключительнымъ принципомъ подсудности. Прежде всего, образуется особая подсудность для недвижимыхъ имуществъ и одинаково съ ними обсуждаемыхъ вещныхъ правъ на такія имущества: они признаны стоящими in loco rei sitae, т.-е. подлежащими законамъ того мѣста, гдѣ они находятся, независимо какъ отъ мѣстожительства управомоченнаго лица, такъ и отъ той государственной власти, которой это лицо подчинено. Вопросы правоспособности и дѣеспособности были выдѣлены уже средневѣковой доктриной изъ территоріальной подсудности, а для юридическихъ сдѣлокъ въ средніе же вѣка выработалось положеніе—locus regit actum: это означало обсужденіе юридическихъ сдѣлокъ по законамъ того мѣста, гдѣ онѣ были совершены. Вопросы наслѣдственнаго права разрѣшались на основаніи законовъ мѣста, которому принадлежало умершее лицо (прямое отступленіе отъ территоріальнаго принципа), и т. д.

Однако, въ общемъ, средневѣковые источники права и литература заключали въ себѣ слишкомъ неопредѣленныя и несовершенныя указанія на способы разрѣшенія коллизіи разномѣстныхъ правъ. Этотъ вопросъ оставался въ тѣни и послѣ рецепціи римскаго права, которая не могла принести ему большой пользы уже потому, что римское право было, какъ извѣстно, абсолютно-общее право, дѣйствовавшее одинаково по всей римской имперіи, не допускавшее партикулярныхъ правообразованій и лишенное поэтому даже повода заниматься вопросомъ о столкновеніи разномѣстныхъ правъ. Положительныя законодательства новаго времени оставляли въ большинствѣ случаевъ этотъ вопросъ также безъ разрѣшенія, и практика съ юриспруденціей были предоставлены собственнымъ силамъ, не имѣя опоры ни въ римскомъ правѣ, ни въ положительномъ законѣ. Этимъ объясняется множество противорѣчій и неудовлетворительное состояніе всего ученія, продолжающееся до настоящаго времени. Въ ряду теорій, выставленныхъ въ разное время для разрѣшенія конфликтовъ между разномѣстными законами, слѣдуетъ отмѣтить, прежде всего, такъ назыв. теорію статутовъ.

1) Родиной этой теоріи, возникшей еще въ средніе вѣка, господствовавшей до начала XIX столѣтія и оказавшей значительное вліяніе также на современныя законодательства, была Италія, гдѣ феодализмъ съ его принципомъ территоріальности долженъ былъ выдержать первые удары, нанесенные ему развитіемъ городской жизни и торговыхъ республикъ. Основатели теоріи—итальянскіе глоссаторы—поклонялись римскому праву, какъ писанному разуму (ratio scripta), и относились съ презрѣніемъ ко всѣмъ категоріямъ мѣстнаго права. Вынужденные между тѣмъ къ признанію этого послѣдняго, они выставили противъ него теорію, въ силу которой римское право считалось общимъ правомъ, а мѣстныя законодательства и обычаи или статуты—исключеніями изъ него. И такъ какъ общее право, по своему существу, должно составлять общее правило, а исключенія вызываютъ ограничительное толкованіе, то глоссаторы выводили отсюда заключеніе, что римское право имѣетъ универсальное значеніе и можетъ примѣняться всюду, тогда какъ статуты уже вслѣдствіе своего исключительнаго характера ограничены территоріей, въ которой они пользуются признаніемъ. Это первое противоположеніе между универсальнымъ римскимъ и территоріальнымъ статутнымъ правомъ приводило глоссаторовъ къ дальнѣйшему противоположенію такого же рода въ предѣлахъ самого статутнаго права, причемъ одни изъ статутовъ, названные реальными (statuta realia), должны были имѣть силу только въ той территоріи, для которой они были изданы, а другіе, персональные (st. personalia), сопровождали лицо всюду, гдѣ бы оно не находилось. Это было перенесеніемъ на статутное право различія, допущеннаго уже относительно римскаго права и статутомъ вообще, такъ что для практическаго проведенія этого различія въ жизнь оставалось только отыскать критерій, на основаніи котораго можно было бы различать статуты, входящіе въ ту или другую изъ указанныхъ категорій. Бартоль предложилъ первый считать статутъ принадлежащимъ къ числу персональныхъ или реальныхъ, смотря по первымъ словамъ его текста: если эти слова относятся къ личности, то статутъ долженъ быть персональный, если къ имуществу, то — реальный. Такъ, наприм., законъ, начинающійся словами „primogenitus succedat“, долженъ относиться къ персональнымъ статутамъ, а законъ, дебютирующій словами „bona decedentium veniant in primogenitum“—къ реальнымъ. Большой авторитетъ, которымъ Бартоль пользовался въ средневѣковой юриспруденціи, обезпечилъ за предложеннымъ имъ различіемъ почти общее признаніе, хотя нѣкоторые юристы, какъ, наприм., Бальдъ, не сглашались съ нимъ, а другіе, какъ наприм., Dumoulin, называли это различіе словеснымъ, основаннымъ на игрѣ словъ. Но если считать эту критику преувеличенной и не говорить также о неправильности отождествленія идеи закона съ первыми словами его текста,—другими словами, если признать, какъ это и было сдѣлано послѣдующей юриспруденціей, что критерій Бартоля состоитъ не въ сло-

вахъ закона, а въ его идеѣ, которая находитъ въ словахъ только свое выраженіе и служитъ основаніемъ для различія между персональнымъ и реальнымъ статутами, смотря по тому, что́ она имѣетъ въ виду: лицо или имущество,—теорія Бартоля, приведенная и къ этому виду, не выдерживаетъ критики за своей полной неопредѣленностью. Она не даетъ возможности отвѣтить на вопросъ: какому статуту принадлежитъ, наприм., законъ, запрещающій супругамъ одарять другъ друга, или законъ, разрѣшающій подвластному сыну распоряжаться той частью его имущества, которая называется peculium adventitium, такъ какъ эти законы, наравнѣ съ массой другихъ, касаются одинаково какъ лицъ, такъ и имуществъ. Неопредѣленность критерія была причиной созданія третьяго статута, смѣшаннаго (st. mixtum), заключающаго въ себѣ элементы какъ личнаго, такъ и реальнаго, и состоящаго поэтому изъ двухъ столь же неопредѣленныхъ вещей, какъ и составленное изъ нихъ цѣлое.

Теорія статутовъ несмотря на ея распространенность и массу таланта, потраченнаго на ея развитіе лучшими юристами позднѣйшаго времени, особенно во Франціи и Нидерландахъ, не выработала ни прочной системы, ни рѣшеній, основанныхъ на твердыхъ принципахъ. Не выработалось даже яснаго опредѣленія статутовъ. Какъ реальные, такъ и персональные статуты могли быть взяты въ такомъ широкомъ смыслѣ, что ни одинъ изъ нихъ не оставлялъ бы мѣста для другого. Такъ, идея абсолютнаго суверенитета можетъ сдѣлать всѣ статуты реальными. Въ виду же отношенія всѣхъ законовъ къ лицамъ, ими пользующимися, и идея персональнаго статута можетъ быть такъ распространена, что ею было бы поглощено всякое начало территоріальности и подготовлено возвращеніе къ германской системѣ племеннаго права. Вотъ почему мы и видимъ, что юристы раздѣляются въ этомъ ученіи на двѣ школы: реалистовъ и персоналистовъ, и во главѣ ихъ во Франціи XVI столѣтія стоятъ два большихъ юриста своего времени—d'Argentré и Dumoulin. Первый изъ нихъ жестоко осмѣиваетъ Бартоля и его продолжателей, называя ихъ схоластиками, и настаиваетъ съ большой силой на абсолютной обязательности территоріальныхъ законовъ для всѣхъ юридическихъ дѣйствій, совершаемыхъ въ подчиненной имъ области; единственное исключеніе допускается въ пользу законовъ, тѣсно связанныхъ съ личностью, ея качествомъ и положеніемъ. Второй слѣдуетъ, напротивъ, италіанской доктринѣ и, исправляя ее въ деталяхъ, даетъ больше простора персональному статуту. Но обѣ школы исходятъ изъ одного и того же общаго положенія, по которому всѣ мѣстные статуты реальны (toutes coutumes sont réelles), и онѣ отличаются другъ отъ друга только тѣмъ, что реалисты держатся этого положенія строже, чѣмъ персоналисты, а эти послѣдніе допускаютъ изъ него больше исключеній, чѣмъ первые. Къ несчастію, это отношеніе между правиломъ и исключеніями изъ него не было обосновано, и теорія статутовъ не считалась съ содержаніемъ

законовъ, которыми занималась. Поэтому она и рѣшала всѣ относящіеся къ нимъ вопросы механически и не объясняла ни причинъ, ни внутренней связи своихъ рѣшеній. Она была озабочена лицами, имуществами и формами актовъ, но не юридическими отношеніями, и это послужило поводомъ для одного изъ новыхъ писателей къ слѣдующей характеристикѣ статутной теоріи: „она—говоритъ Jitta въ цитированномъ выше сочиненіи—одѣла актеровъ, установила декораціи и акцессуары, но не дала пьесы, безъ которой актеры могуть быть только манекенами“ [1]).

Если же, несмотря на указанные недостатки, теорія статутовъ господствовала въ юриспруденціи въ теченіе столѣтій, это можно объяснить ея стремленіемъ къ общему праву, которое и обезпечиваетъ за ней почетное мѣсто въ исторіи гражданскаго права. Именно потому, что территоріальная верховная власть отличалась въ средніе вѣка исключительностью и была раздроблена до безконечности, — такъ что никто не могъ выйти изъ своего города, деревни или даже дома, не наткнувшись на разнообразнѣйшія права, предъявлявшія на него свои притязанія, — теорія конфликтовъ законовъ была необходимостью какъ для судей, такъ и для всего общества, заинтересованнаго въ обезпеченности права. Вопросы ставились здѣсь сами собой, и на нихъ надо было отвѣчать. Строгое примѣненіе территоріальнаго закона возмущало чувство права, и созданіе персональнаго статута,—это главное нововведеніе теоріи статутовъ,—было брешью, пробитой въ системѣ территоріальныхъ законовъ.

Статутная теорія предложила средство примѣнять въ извѣстныхъ случаяхъ другіе законы, чѣмъ территоріальные, и если это средство кажется теперь несовершеннымъ, то въ отдѣльныхъ случаяхъ оно все-таки вело къ цѣли, и съ тѣмъ бо̀льшей легкостью, что судья не обязывался этой теоріей восходить къ принципамъ права и углублять вопросы, подлежащіе его рѣшенію. Практическое значеніе статутной теоріи состояло въ томъ, что, держась въ принципѣ того положенія, что статуты не выходятъ за предѣлы дѣйствія той власти, которая ихъ издаетъ („statutum territorium non egreditur“), она постановляла тѣмъ не менѣе цѣлый рядъ исключеній, въ которыхъ статуты выходили рѣшительно за предѣлы издающей ихъ власти. Эти исключенія обнимали часто не меньшую область, чѣмъ самое правило, и находили выраженіе въ противоположномъ приведенному выше положеніи: „statutum egreditur territorium“. Такъ, наприм., было рѣшено, что персональный статутъ въ старѣйшемъ и предметномъ смыслѣ этого слова долженъ сопровождать личность („comitatur personam“) всюду, куда бы она ни попала; поэтому вопросы о правоспособности и дѣеспособности лица должны были обсуждаться всегда по законамъ того мѣста, гдѣ это лицо имѣло свой domicilium. Всюду дѣлались различія, ставились правила и исклю-

[1]) Jitta, указ. соч., стр. 26.

ченія, и если основанія для тѣхъ и другихъ выставлялись шаткія, а мнѣнія юристовъ противорѣчили другъ другу до безконечности, то получился все-таки слѣдующій результатъ. Исключительное господство территоріальнаго права было поколеблено въ основаніи и образовалось общее убѣжденіе въ томъ, что разрѣшеніе вопросовъ частнаго международнаго права стоитъ вовсе не въ такой связи съ суверенитетомъ государства, чтобы примѣненіе чужого права должно было всегда разсматриваться, какъ нарушеніе единства и независимости государственной власти. Недостатку внутренняго критерія для тѣхъ отношеній, къ которымъ должны были примѣняться тѣ или другіе статуты, многіе юристы позднѣйшей эпохи старались пособить построеніемъ теорій, въ которыхъ всѣ случаи столкновенія разномѣстныхъ правъ разрѣшались на основаніи какого-либо общаго принципа, допускающаго лишь нѣкоторыя исключенія. Эти теоріи не имѣли успѣха и не могли имѣть его, какъ мы это сейчасъ увидимъ даже при ихъ поверхностномъ обозрѣніи.

2) Остановимся прежде всего на теоріи, извѣстной подъ названіемъ comitas gentium и представляющей собой не что иное, какъ дальнѣйшее развитіе взгляда d'Argentré. Названіе „comitas gentium“ дано этой теоріи голландскимъ юристомъ XVII вѣка Voet'омъ, который старался примирить противорѣчіе между суверенитетомъ законодателя и признаніемъ законовъ, стоящихъ внѣ этого суверенитета, при помощи слѣдующаго разсужденія. Суверенитетъ непоколебимъ à priori, и ничто не можетъ заставить суверенаго законодателя допустить въ своей территоріи дѣйствіе чужихъ для него законовъ. Онъ можетъ только снизойти къ ихъ признанію изъ милости и доброжелательности, но не по обязанности. Основаніями для такого признанія служатъ для него соображенія объ интересахъ его же подданныхъ, за которыми обезпечивается путемъ взаимности примѣненіе ихъ законовъ въ чужой странѣ. Сюда присоединяется и стремленіе облегчить международныя сношенія, завоевать дружбу и опору могущественныхъ сосѣдей и т. д. Роль юриста ограничивается по этой теоріи констатированіемъ случаевъ, въ которыхъ уступки въ указанныхъ направленіяхъ сдѣланы въ той или другой странѣ, и въ подборѣ аналогій къ этимъ случаямъ. Примѣненіе суверенныхъ законовъ составляетъ jus strictum, а признаніе чужихъ— смягченіе этого jus strictum, допускаемое законодателемъ въ интересахъ своего народа, но не имѣющее для него ни обязательнаго значенія, ни какого бы то ни было юридическаго основанія.

Изложенная нами теорія глоссаторовъ по тому же вопросу была гораздо оригинальнѣе и сильнѣе. Она отрицала, какъ мы это видѣли, не абсолютный суверенитетъ вообще, а абсолютный суверенитетъ каждой отдѣльной территоріи, подчиненный ею всемірному суверенитету Императора и римскаго права. Поэтому частное международное право было у глоссаторовъ не дѣломъ произвола и милости отдѣльныхъ законодателей,

а настоящимъ и юридически обоснованнымъ правомъ, переступавшимъ только границы отдѣльныхъ государствъ. Но если римское право въ эпоху его компиляціи заявляло дѣйствительно претензію быть всемірнымъ правомъ, такъ же, какъ и римскіе императоры считали себя властителями всего міра, то въ эпоху глоссаторовъ эти претензіи могли имѣть только теоретическое значеніе и вступали въ полное противорѣчіе съ дѣйствительностью. Поэтому теорія глоссаторовъ о совмѣстимости суверенитета отдѣльныхъ государей съ обязательностью римскаго права была въ славѣ короткое время и, оторванная отъ жизни, уступила мѣсто теоріи comitas gentium. Но и за этой теоріей, раздѣляемой даже въ настоящее время многими юристами и популярной, особенно, въ англо-американской юриспруденціи, нельзя признать другого значенія, кромѣ чисто историческаго. Она, какъ и теорія глоссаторовъ, была реакціей противъ абсолютнаго суверенитета территоріальныхъ законодательствъ въ томъ видѣ, какъ этотъ суверенитетъ защищался легистами, и въ этомъ отношеніи теорія comitas gentium сыграла, конечно, полезную роль. Но подчиненіе частнаго международнаго права jus strictum, могущему стоять въ противорѣчіи съ требованіями жизни, есть очевидная ошибка, такъ какъ цѣль права состоитъ въ томъ, чтобы регулировать жизнь согласно ея условіямъ. Право, противорѣчащее жизни, противорѣчило бы въ то же время, своему понятію, и если частное международное право получаетъ значеніе права, то оно не имѣетъ надобности сгибаться ни передъ какимъ jus strictum, которое само сливается съ нимъ, какъ съ нормальнымъ результатомъ юридической жизни общества. Разсматривая же comitas gentium, какъ основаніе частнаго муждународнаго права, пришлось бы предоставить каждой странѣ оцѣнивать съ своей точки зрѣнія, естественно измѣнчивой, и тотъ интересъ, который побуждаетъ ее примѣнять въ томъ или другомъ случаѣ иностранный законъ. Это было бы дѣйствительно сведеніемъ частнаго международнаго права къ компиляціи рѣшеній судовъ различныхъ странъ по отдѣльнымъ вопросамъ столкновенія законовъ, и такую точку зрѣнія на дѣло мы и встрѣчаемъ въ сочиненіяхъ англійскихъ и американскихъ юристовъ, изъ которыхъ, несмотря на богатство ихъ матеріала и остроуміе авторовъ, нельзя извлечь ни одного общаго принципа. Этотъ вкусъ къ наблюденію, опыту и индукціи составляетъ, по замѣчанію Jitta, внутреннюю склонность англо-саксонской расы, направляющую всѣ ея умственныя усилія на накопленіе фактовъ и примѣровъ, какъ звонкой монеты, рядомъ съ которой общія идеи допускаются лишь въ качествѣ банковыхъ билетовъ, обусловленныхъ въ своей цѣнности превратимостью въ ту же звонкую монету.

Но стоя на такой же практической точкѣ зрѣнія, можно утверждать, что послѣдствіемъ системы comitas gentium было бы прекращеніе международныхъ сношеній. Иностранцы не могутъ быть увѣрены въ примѣненіи къ нимъ ихъ національнаго права, если это примѣненіе зависитъ отъ инте-

реса и каприза страны, въ которой имъ приходится жить, и въ этихъ обстоятельствахъ они, конечно, остереглись бы прочно устраиваться въ этой странѣ. Съ точки зрѣнія comitas gentium можно было бы оправдать самыя крайнія и противныя современному чувству права мѣры противъ иностранцевъ, какъ наприм., береговое право, лишеніе наслѣдственныхъ правъ и т. д. Кромѣ того, считать вѣжливость основаніемъ рѣшеній судьи значитъ вступать въ противорѣчіе съ существомъ судебной власти, которая постановляетъ рѣшенія, а не оказываетъ услугъ изъ вѣжливости и еще менѣе можетъ быть обязана розыскивать въ отдѣльныхъ спорахъ скрывающіеся за ними политическіе интересы. Законодательства обходятъ обыкновенно вопросы частнаго международнаго права молчаніемъ; международные трактаты по этимъ вопросамъ такъ же рѣдки. Поэтому рѣшеніе споровъ о наличности или отсутствіи интереса въ примѣненіи иностраннаго закона пришлось бы, на основаніи теоріи comitas gentium, предоставить исключительно судебному усмотрѣнію. Каждый судья оцѣнивалъ бы этотъ интересъ по-своему и только углублялъ бы источникъ безконечныхъ противорѣчій. Гдѣ же критерій, который ввелъ бы единство въ судебныя рѣшенія по этимъ вопросамъ?..

Отвергая по приведеннымъ соображеніямъ теорію comitas gentium, мы думаемъ, что примѣненіе чужестранныхъ законовъ и примиреніе ихъ съ суверенитетомъ каждаго законодателя въ своей территоріи можетъ быть обосновано соображеніями иного порядка. Каждое государство можетъ только теоретически, выходя изъ начала своего суверенитета, исключать примѣненіе у себя законовъ другого государства. Если таково послѣдствіе понятія суверенитета, то—помимо шаткости самого этого понятія, которое вовсе не такъ абсолютно, неограниченно и нераздѣльно, какимъ оно представляется только теоретикамъ апріорной методы — послѣдствіе это есть только фактическое, а не юридическое послѣдствіе понятія суверенитета. Осуществляя его, каждое государство нарушало бы основной принципъ международныхъ сношеній и становилось бы внѣ управляющаго теперь всѣми культурными народами закона международнаго общенія, не говоря уже о практическихъ неудобствахъ подобнаго образа дѣйствій: репрессаліяхъ за границею, разрывѣ сношеній съ другими государствами, разорительномъ изолированіи отъ всего остального міра и т. д. Слѣдовательно, каждое государство допускаетъ на своей территоріи примѣненіе чужого права не изъ милости и благоволенія, а повинуясь требованіямъ, вытекающимъ изъ существа международныхъ отношеній.

3) Переходя къ другимъ теоріямъ конфликта разномѣстныхъ законовъ, мы должны сказать, что между всѣми общими принципами, предложенными для разрѣшенія относящихся сюда случаевъ, особенно выдается одинъ: это—принципъ „національности“, пользовавшійся одно время большой славой и принимаемый до сихъ поръ многими интернаціоналистами не только какъ общій принципъ преимущественно передъ всѣми

другими, но и какъ новѣйшій ключъ къ разрѣшенію всѣхъ затрудненій частнаго международнаго права. Онъ заимствованъ сравнительно недавно изъ извѣстной политической теоріи, въ силу которой всѣ народы, связанные общностью расы, нравовъ, традицій, учрежденій, языка,—словомъ, всего того, что называютъ „сознаніемъ національности“,—имѣютъ право сбросить съ себя искуственныя узы, привязывающія ихъ вслѣдствіе случайностей политическихъ событій къ различнымъ государствамъ, и образовать собою новыя государства, основанныя на національномъ началѣ. Извѣстно, какую роль сыграла эта теорія въ войнѣ за независимость Германіи 1813 г., въ Венгерскомъ возстаніи 1849 года, въ войнѣ за освобожденіе Италіи 1859 г., наконецъ, въ нашихъ Польскихъ возстаніяхъ и войнахъ съ Турціей. Не входя въ оцѣнку этихъ войнъ и подставляемой подъ нихъ теоріи „національности“, которой прикрывались интересы, иногда очень почтенные, а иногда и весьма своекорыстные, мы отмѣтимъ только, что эта теорія дала начало и ученію, по которому національному закону должно быть предоставлено въ случаяхъ конфликта законовъ преимущество передъ всѣми другими. Въ Италіи, гдѣ борьба за политическое единство подъ знаменемъ идеи національности была особенно энергична и счастлива, это ученіе и возникло, и получило особое развитіе, благодаря трудамъ Манчини, Паскаля Фіоре и многихъ другихъ итальянскихъ интернаціоналистовъ.

Въ принципѣ, учитъ итальянская доктрина, законы каждой страны имѣютъ въ виду особыя условія жизни ея населенія и освящаютъ учрежденія, соотвѣтствующія характеру, нравамъ и традиціямъ этого населенія. Законъ есть въ большинствѣ случаевъ выраженіе личности, а такъ какъ личность опредѣляется національностью, то законъ есть и выраженіе національности. Поэтому уже личность въ своей національности должна быть уважаема повсюду, и каждый долженъ быть подчиненъ своему національному закону. Изъ этого положенія дѣлается два исключенія. Первое касается той области права, которую итальянцы называютъ добровольной, т. е. договоровъ, гдѣ прежде всего слѣдуетъ смотрѣть на намѣренія сторонъ и примѣнять законъ, избранный самими сторонами. Второе исключеніе, предписываемое уваженіемъ къ суверенитету, относится къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ національные законы иностранцевъ стоятъ въ противорѣчіи съ интересами публичнаго порядка страны, гдѣ испрашивается ихъ примѣненіе: въ этихъ случаяхъ долженъ дѣйствовать исключительно территоріальный законъ.

Изъ сферы теоріи настоящая доктрина перешла въ практику, которая санкціонирована ст. 6, 8, 11 и 12 итальянскаго гражданскаго уложенія 1866 года. Это дѣйствующее въ настоящее время итальянское право отличается двойнымъ достоинствомъ. Во-первыхъ, оно либерально-справедливо и раціонально относительно иностранцевъ, уравниваемыхъ въ пользованіи гражданскими правами съ уроженцами

Италіи—безъ того, чтобы для этого требовалась законодательная или дипломатическая взаимность, украшающая до сихъ поръ соотвѣтствующія постановленія почти всѣхъ дѣйствующихъ законодательствъ. Во-вторыхъ, итальянское законодательство санкціонируетъ дѣйствительную природу законовъ, которые, будучи установлены для народа, стоящаго въ извѣстныхъ условіяхъ развитія, должны уже поэтому сопровождать его, по общему правилу, и на чужбинѣ. Устраняется старый принципъ территоріальности закона и на его мѣсто ставится болѣе соотвѣтствующій современнымъ потребностямъ принципъ національности, въ основаніи котораго лежитъ новое представленіе о государствѣ. Это послѣднее является уже не территоріальнымъ верховенствомъ, теряющимъ силу за предѣлами своей территоріи, а націей, или извѣстной совокупностью лицъ, выступающихъ поэтому на первый планъ и въ понятіи государства.

Несмотря на указываемыя преимущества, теорія національности не свободна отъ упрековъ, которые могутъ быть обращены ко всѣмъ попыткамъ общаго и абстрактнаго рѣшенія всѣхъ вопросовъ частнаго международнаго права. Скажемъ сначала, что мы не считаемъ правильнымъ упрека, состоящаго въ указаніи на поворотъ итальянской доктрины къ средневѣковому принципу племеннаго права, который ставится до сихъ поръ многими нѣмецкими учеными въ непосредственную связь съ принципомъ національности. Но различіе между тѣмъ и другимъ значительно превосходитъ сходство. Принципъ національности опирается на сознаніе національно-государственнаго единства и на уваженіе того же сознанія у другихъ народовъ, откуда слѣдуетъ цѣлый рядъ уступокъ и въ пользу территоріальной подсудности. Напротивъ, принципъ племеннаго права основанъ на отрѣшенности каждаго племени и каждой расы отъ всѣхъ другихъ племенъ и расъ, и требуетъ себѣ абсолютнаго признанія независимо отъ соображеній о какихъ бы то ни было другихъ племенахъ и расахъ [1]). Не неся отвѣтственности за смѣшеніе столь различныхъ другъ отъ друга принциповъ, итальянская доктрина повторяетъ, однако, доводя даже до крайности, персональный статутъ теоріи глоссаторовъ и, кромѣ того, становится въ противорѣчіе какъ съ общими всѣмъ новымъ народамъ стремленіями къ единству и общности въ правѣ, такъ и съ современными требованіями международнаго оборота. Наконецъ, — и это самое важное возраженіе противъ теоріи національности въ нашемъ ученіи,—она представляетъ, какъ это уже замѣчено, неудобство слишкомъ общаго критерія, который не можетъ быть приложенъ ко всѣмъ возможнымъ случаямъ конфликта законовъ. Выведенная изъ предвзятой идеи, господствовавшей въ Италіи надъ всѣми умами въ разгаръ борьбы за независимость, она раздѣляетъ недостатки всѣхъ предвзятыхъ идей. И дѣйствительно, нельзя

[1]) Meili, ук. соч., стр. 75.

не признать, что, независимо отъ означенныхъ выше исключеній въ пользу договоровъ и публичнаго порядка, національный принципъ остается безъ вліянія еще въ массѣ другихъ юридическихъ отношеній. Какъ, наприм., разрѣшить съ помощью итальянской системы конфликтъ законовъ, касающихся формъ юридическихъ актовъ? Эти законы не подходятъ ни подъ одно изъ указанныхъ исключеній, а національное право въ примѣненіи къ нимъ едва-ли можетъ быть допущено по соображеніямъ цѣлесообразности и, дѣйствительно, не допускается ни однимъ изъ современныхъ законодательствъ.

4) Въ близкой связи съ итальянской теоріей „національности“ стоитъ теорія Эйхгорна и нѣкоторыхъ другихъ нѣмецкихъ юристовъ, предлагающихъ примѣнять во всѣхъ случаяхъ сомнѣнія право той мѣстности, въ которой данное лицо имѣетъ свой домицилъ, или мѣстожительство. Эта теорія дѣйствительно сходится въ своихъ послѣдствіяхъ съ системой племеннаго права и опровергается, помимо всего остального, тѣмъ соображеніемъ, что въ отдѣльномъ юридическомъ отношеніи можетъ участвовать нѣсколько лицъ, имѣющихъ жительство въ различныхъ мѣстахъ. Теорія домицила не даетъ возможности рѣшить, какому изъ правъ различныхъ мѣстностей должно быть отдано предпочтеніе предъ другими.

5) Слѣдующая теорія, отстаиваемая въ особенности Пухтой, предлагаетъ руководствоваться въ сомнительныхъ случаяхъ началомъ защиты „пріобрѣтенныхъ правъ“, т.-е. отдавать предпочтеніе тому закону, который уважаетъ пріобрѣтенныя права, забывая, что самый вопросъ о „пріобрѣтенныхъ“ правахъ чрезвычайно споренъ и не можетъ быть рѣшенъ прежде, чѣмъ мы не согласимся въ томъ, по какому именно праву будетъ обсуждаться этотъ вопросъ. Теорія Пухты представляетъ собою petitio principii: для квалификаціи закона, подлежащаго примѣненію, она предлагаетъ критерій, приложеніе котораго къ каждому отдѣльному случаю предполагаетъ законъ, опредѣляющій этотъ самый критерій. Наконецъ, „пріобрѣтенныя“ права могутъ пользоваться равнымъ признаніемъ въ системѣ нѣсколькихъ законодательствъ; какому же изъ этихъ законодательствъ отдать предпочтеніе предъ другими?

6) Существуетъ еще теорія (Пютеръ, Пфейферъ), рекомендующая судьѣ всегда и безусловно основываться на правѣ своего государства: она повторяетъ принципъ территоріальнаго права, игнорируя весь процессъ развитія, пройденный современнымъ государствомъ, и возвращаетъ насъ къ одной изъ исходныхъ точекъ этого процесса.

7) Наконецъ, упомянемъ объ очень популярной въ свое время теоріи Вехтера, значеніе которой лежитъ не столько въ ней самой, сколько въ разрушительной критикѣ статутной теоріи. Положительное ученіе Вехтера стоитъ на почвѣ территоріальнаго принципа и не представляетъ ничего оригинальнаго: оно принимаетъ за общее правило примѣненіе судьей его права и предписываетъ обращеніе къ нему также въ случаяхъ сом-

нѣнія; и лишь въ видѣ исключенія, когда по смыслу и духу своихъ же законовъ можно заключить о допустимости чужого права, оно не противится примѣненію и этого послѣдняяго [1]). Противъ этого ученія можно сказать, что оно не разрѣшаетъ конфликта законовъ, а какъ бы обходитъ его. Никто не сомнѣвается въ томъ, что судья связанъ коллизіонными нормами своей страны, если таковыя имѣются, и примѣняетъ ихъ къ тѣмъ случаямъ, на которые онѣ разсчитаны. А имѣлъ-ли законодатель въ виду примѣненіе даннаго матеріальнаго, а не коллизіоннаго закона и къ случаю, представляющемуся сейчасъ на разрѣшеніе судьи, этотъ вопросъ требуетъ при столкновеніи законовъ особаго отвѣта, котораго теорія Вехтера ему не даетъ. Кромѣ того, мы уже знаемъ, что сомнительные случаи приходится разрѣшать на основаніи не только своего права и его коллизіонныхъ законовъ, но также коллизіонныхъ законовъ и доктрины, выработанной правомъ всѣхъ народовъ, стоящихъ въ международномъ общеніи. Тѣмъ не менѣе, изъ ученія Вехтера могутъ быть удержаны два вѣрныхъ положенія: судья руководствуется законами своей страны, 1), когда это ими прямо предписывается, и 2), когда дѣло касается публичнаго порядка въ томъ видѣ, какъ онъ установленъ въ данной странѣ [2]).

Въ результатѣ мы видимъ, что ни одна изъ теорій, предложенныхъ для однообразнаго разрѣшенія всѣхъ относящихся къ столкновенію законовъ вопросовъ, не выдерживаетъ критики уже потому, что, рядомъ съ какимъ-нибудь общимъ правиломъ, всѣ онѣ признаютъ мало или много исключеній, уничтожающихъ силу этого правила. Вотъ почему современная юриспруденція отказывается отъ мысли свести ученіе о коллизіи разномѣстныхъ правъ къ какому бы то ни было единому принципу, предоставляя рѣшеніе отдѣльныхъ случаевъ толкованію законовъ и изслѣдованію ихъ цѣли.

Указываемый поворотъ въ ученіи произведенъ Савиньи, который ставитъ передъ нимъ слѣдующую задачу: изслѣдовать самостоятельно каждое юридическое отношеніе, о которомъ идетъ споръ, и опредѣлить путемъ такого изслѣдованія область, которой оно принадлежитъ по своей природѣ, или гдѣ оно имѣетъ, по выраженію Савиньи, „свою осѣдлость“ („Sitz des Rechtsverhältnisses“). Для поясненія этой точки зрѣнія нужно замѣтить, что среди всѣхъ народовъ приблизительно равной степени цивилизаціи Савиньи предполагаетъ извѣстную общность въ правѣ, которая выражается въ общихъ пріемахъ пониманія и разрѣшенія вопросовъ права. Поэтому „юридическія отношенія должны во всѣхъ цивилизованныхъ странахъ оцѣниваться одинаково, и задачи частнаго международнаго права сводятся къ

---

[1]) Wächter, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, Archiv f. d. civilistische Praxis, B. XXIV (1841), стр. 239—262.

[2]) Unger, System des österreich. Rechts, I, стр. 160—163. Gierke, ibid., стр. 212—217.

тому, чтобы опредѣлить для каждаго юридическаго отношенія законъ, наиболѣе соотвѣтствующій природѣ и существу этого отношенія“ [1]). Отсюда уже можно видѣть, что Савиньи, въ противоположность Вехтеру и большинству своихъ предшественниковъ, исходитъ не изъ территоріальнаго, а международнаго принципа общенія всѣхъ культурныхъ народовъ, и комбинируетъ этотъ принципъ съ изслѣдованіемъ юридической природы каждаго подлежащаго разрѣшенію юридическаго отношенія. Эта точка зрѣнія принята большинствомъ современныхъ юристовъ, и если ей дѣлали много упрековъ и, между прочимъ, тотъ, что юридическія отношенія, не имѣя тѣлеснаго бытія, не могутъ имѣть и „осѣдлости“, или еще упрекъ въ томъ, что Савиньи приписываетъ слишкомъ много значенія законамъ мѣстожительства и слишкомъ мало—законамъ національности, то упреки эти, если бы они и были основательны, не затрагивали бы сущности его теоріи. „Осѣдлость юрдическаго отношенія“ есть только образъ, и если согласиться съ тѣмъ, что Савиньи не всегда точно опредѣлялъ дѣйствительную природу отдѣльныхъ юридическихъ отношеній и приписывалъ иногда мѣстожительству вліяніе, которое слѣдовало, быть можетъ, отнести на счетъ національности, то эти ошибки не могли бы ослабить вѣрность того положенія, что только изслѣдованіемъ природы юридическихъ отношеній можно опредѣлить и законодательство, которому эти отношенія должны подчиняться. То же слѣдуетъ сказать и о другихъ возраженіяхъ противъ теоріи Савиньи, напр., возраженіяхъ Дернбурга, указывающихъ на ея опасную общность и идеальное бытіе, нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній, какъ наприм., обязательствъ. Дѣлая [2]) это возраженіе, самъ Дернбургъ сводитъ весь вопросъ о конфликтѣ законовъ къ интерпретаціи, или толкованію послѣднихъ, и сходится этимъ самымъ съ ученіемъ Савиньи, которое не можетъ быть поколеблено возраженіями, приводимыми противъ его послѣдствій, а не принципа. Не слѣдуетъ только преувеличивать практическую цѣнность этой теоріи, такъ какъ, если разрѣшеніе конфликта законовъ зависитъ отъ изслѣдованія каждаго отдѣльнаго отношенія и его элементовъ, то формула Савиньи можетъ дать только руководящую нить, а не разрѣшеніе спорныхъ случаевъ.

Въ концѣ концовъ, мы приходимъ къ слѣдующему выводу: надо признать какъ для отдѣльныхъ мѣстностей одного и того же государства, такъ и для различныхъ государствъ, что юридическія отношенія, которыя выходятъ почему-либо за предѣлы данной юридической территоріи, или перекрещиваются въ нѣсколькихъ территоріяхъ,—что такія юридическія отношенія не обсуждаются прямо по законамъ той страны, гдѣ имъ приходится искать судебной защиты, но требуютъ всякій разъ изслѣдованія того, на какую именно территорію права указываетъ ихъ юридическая природа. Таково

---

[1]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VIII, стр. 28, 108 и слѣд.
[2]) Dernburg, Preuss. Privatr., I, § 26; Pandekten (3-te Aufl.), стр. 103.

теперь по настоящему вопросу ученіе большинства выдающихся юристовъ, по формулированіи котораго они переходятъ обыкновенно къ обозрѣнію главныхъ случаевъ столкновенія разномѣстныхъ правъ [1]). Но этотъ вопросъ не входитъ въ систему общаго гражданскаго права, а составляетъ предметъ особой юридической дисциплины, извѣстной подъ именемъ частнаго международнаго права, почему мы и ограничимся приведенными уже данными по его общей постановкѣ и закончимъ настоящее изложеніе бѣглымъ обзоромъ дѣйствующихъ законодательствъ.

в) Законодательныя опредѣленія по частному международному праву. Эти опредѣленія вообще скудны и отражаютъ на себѣ глубокое вліяніе статутной теоріи, со всѣми ея достоинствами и недостатками. Съ одной стороны, все еще слабое сознаніе международной солидарности, а съ другой—недовѣріе отдѣльныхъ правительствъ другъ къ другу и страхъ космополитизма не только препятствуютъ общей всѣмъ культурнымъ народамъ кодификаціи нормъ частнаго международнаго права—она остается до сихъ поръ мечтой различныхъ международныхъ ассоціацій и институтовъ—но и останавливаетъ эти правительства отъ изданія сколько-нибудь обстоятельныхъ и соотвѣтствующихъ современнымъ потребностямъ нормъ этого права. Когда первая комиссія по составленію нѣмецкаго гражданскаго уложенія выработала проектъ частнаго международнаго права, который стоялъ на болѣе или менѣе космополитической точкѣ зрѣнія и долженъ былъ войти въ составъ этого уложенія, его встрѣтила сильная оппозиція кн. Бисмарска, помѣшавшая даже напечатанію проекта. Этимъ объясняются и сокращенія, сдѣланныя въ окончательной редакціи относящихся сюда нормъ, и преднамѣренная неполнота и неопредѣленность этихъ нормъ [2]). Поэтому не удивительно, что какъ въ историческомъ развитіи нормъ частнаго международнаго права, такъ и въ примѣненіи ихъ къ современнымъ условіямъ жизни, первенствующая роль остается понынѣ за юриспруденціей и судебной практикой. Но во всѣхъ постановленіяхъ европейскихъ законодательствъ по настоящему вопросу можно отмѣтить слѣдующія черты сходства и различія.

Во-1), значительное большинство этихъ законодательствъ и, въ ихъ числѣ, австрійское, прусское, французское и англо-американское, придерживаются принципа „взаимности“, т.-е. обусловливаютъ примѣненіе въ своихъ предѣлахъ чужого права тѣмъ, чтобы это послѣднее допускало и у себя примѣненіе этихъ законодательствъ. Особенно далеко въ такомъ чисто условномъ допущеніи дѣйствія чужого права идетъ французскій кодексъ, вопреки объявленнымъ имъ же принципами свободы, равенства и братства всѣхъ народовъ. Art. 11 этого кодекса постано-

---

[1]) См. прекрасно исполненный обзоръ этихъ случаевъ въ книжкѣ бар. Нольде, Очеркъ международнаго частнаго права, 1900.

[2]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, I, стр. 91—92.

вляетъ: „иностранецъ пользуется во Франціи тѣми же гражданскими правами, какія признаны за французами по договору съ той страной, которой принадлежитъ иностранецъ". Отсюда можно было бы заключить къ отказу иностранцамъ во всѣхъ гражданскихъ правахъ, не выговоренныхъ международными трактатами. Но французская юриспруденція не допускаетъ такого пониманія приведеннаго закона, который можно было бы сблизить при такомъ пониманіи съ самыми суровыми постановленіями закона XII таблицъ. „Гражданскія права" толкуются французскими юристами то въ смыслѣ правъ, предоставленныхъ только французамъ, то въ смыслѣ противоположенія такъ наз. „естественнымъ правамъ", пользованіе которыми, вмѣстѣ съ правами, не обусловленными французскимъ гражданствомъ, оставлено за иностранцами, наравнѣ съ французами [1]).

Рѣшительное отступленіе отъ принципа „взаимности", въ смыслѣ безусловнаго уравненія иностранцевъ съ туземцами въ пользованіи всѣми гражданскими правами, мы находимъ пока только въ италіанскомъ законодательствѣ, за которымъ новое нѣмецкое уложеніе слѣдуетъ лишь до извѣстной степени и со значительными оговорками. Въ принципѣ, это послѣднее не ставитъ примѣненія своихъ коллизіонныхъ нормъ въ зависимость отъ образа дѣйствія другихъ государствъ, но въ отдѣльныхъ случаяхъ требуетъ взаимности (§ 25 Einf. G.) и допускаетъ, по соглашенію имперскаго канцлера съ Союзнымъ Совѣтомъ, обращеніе и къ такъ наз. „реторсіи", т.-е. мѣрамъ возмездія противъ иностраннаго государства, его подданныхъ и юридическихъ преемниковъ этихъ послѣднихъ (§ 31 Einf. G.) [2]).

Во-2), слѣдуетъ отмѣтить важное различіе между современными законодательствами и въ опредѣленіи персональнаго статута. Одна группа этихъ законодательствъ, а именно—большинство нѣмецкихъ, вмѣстѣ съ „общимъ правомъ" Германіи и англо-американскими системами права—опредѣляетъ этотъ статутъ на основаніи принципа мѣстожительства (lex domicili)), а другая—французскій кодексъ и основанныя на немъ законодательства, вмѣстѣ съ австрійскимъ, саксонскимъ и многими другими кодексами—стоятъ за принципъ національности, или подданства (lex patriae). Новое нѣмецкое уложеніе склоняется также къ принципу національности, но удерживаетъ субсидіарное значеніе и за принципомъ мѣстожительства—въ случаяхъ неизвѣстности или множественности подданства одного и того же лица, равно какъ и при столкновеніи разномѣстныхъ законовъ въ предѣлахъ одного и того же государства. Вопросы правоспособности, дѣеспособности, семейнаго положенія и правъ личности разрѣшаются въ огромномъ большинствѣ случаевъ какъ этимъ уложеніемъ, такъ и всѣми законодательствами 2-ой группы на основаніи принципа

[1]) Jitta, ук. соч., стр. 270 и слѣд.

[2]) Dernburg, ibid., стр. 94. Crome, ук. соч., стр. 134.

національнаго права, изъ котораго допущено, однако, одно важное исключеніе. Это — исключеніе въ пользу нормъ, охраняющихъ свободу, равенство и другія блага высшаго порядка, исключающія защиту рабства, крѣпостничества, гражданской смерти, вѣроисповѣдныхъ различій въ правоспособности и т. п. осужденныхъ исторіей учрежденій — даже въ тѣхъ случаяхъ, когда эти учрежденія признаны еще національнымъ закономъ.

Въ-3), достаточно общимъ въ современныхъ законодательствахъ признаніемъ пользуется и подчиненіе всѣхъ вещныхъ правъ на имущества какъ недвижимыя, такъ и движимыя, дѣйствію реальнаго статута, т.-е. законовъ, дѣйствующихъ на мѣстѣ нахожденія этихъ имуществъ. Относительно недвижимыхъ имуществъ этотъ принципъ проводится, можно сказать, повсемѣстно и не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній. Но въ отношеніи къ движимостямъ нѣкоторыя законодательства, какъ, напр., австрійское (§ 300), придерживаются, какъ будто, стараго ученія, имѣющаго свой корень въ ничтожномъ значеніи этихъ имуществъ въ прежнее время,—ученія, въ силу котораго движимости слѣдуютъ за своимъ владѣльцемъ (mobilia personam sequuntur) и стоятъ подъ дѣйствіемъ того же закона что̀ и личность этого послѣдняго. Французскій кодексъ, высказываясь совершенно опредѣленно о недвижимыхъ имуществахъ (art 3: les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française), оставляетъ движимости безъ всякаго упоминанія, и, хотя многое заставляетъ думать, что авторы кодекса стояли на почвѣ стараго ученія, французская доктрина и судебная практика подчиняютъ теперь и права въ этихъ имуществахъ территоріальному закону [1]). Къ тому же рѣшенію, оправдываемому огромной ролью движимостей въ современномъ гражданскомъ оборотѣ, склоняется, несмотря на прямо противорѣчащее ему законодательное опредѣленіе, и австрійская судебная практика, наравнѣ съ теоріей и практикой большинства не только европейскихъ, но и американскихъ государствъ [2]).

Въ-4), общей чертой всего современнаго законодательства по частному международному праву надо признать исключеніе чужого права во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда это послѣднее противорѣчитъ „общественному порядку“, по романскимъ законодательствамъ („lois de police et de sûreté“ ст. 3 французскаго кодекса), или „добрымъ нравамъ“ и цѣли закона, по новому нѣмецкому уложенію (§ 30 Einf. G). Редакція этого послѣдняго требуетъ поясненія въ томъ смыслѣ, что цѣль закона понимается ею не въ національномъ, а интернаціональномъ смыслѣ, т.-е., съ одной стороны, въ его общихъ нравственныхъ, политическихъ и соціальныхъ тенденціяхъ, и съ другой — въ направленіи его не только на своихъ гражданъ, но и на иностранцевъ. Что касается до толкованія нѣкото-

[1]) Planiol, ук. соч., стр. 78—79.
[2]) Нольде, ук. соч., стр. 55.

рыми нѣмецкими юристами этой редакціи въ смыслѣ ученія Савиньи, отвергающаго примѣненіе чужого права во всѣхъ случаяхъ противорѣчія его строго повелительнымъ, или принудительнымъ нормамъ своего права, то это толкованіе неправильно уже потому, что принудительныя нормы могутъ касаться и однихъ гражданъ даннаго государства, и сдѣлокъ, заключаемыхъ не только въ предѣлахъ этого государства, но и въ другихъ государствахъ [1]).

Во всякомъ случаѣ, приведенная норма нѣмецкаго уложенія не содержитъ въ себѣ ничего исключительнаго и повторяетъ лишь другими словами встрѣчающуюся почти во всѣхъ законодательствахъ оговорку въ пользу территоріальнаго закона на тѣ случаи, когда дѣло идетъ о государственной безопасности или защитѣ общихъ всему человѣчеству благъ.

Обращаясь теперь къ опредѣленіямъ нашего законодательства по частному международному праву, мы видимъ, что, несмотря на свою разрозненность и несогласованность, они сходятся, въ общемъ, съ европейскими нормами. Не говоря о нашемъ остзейскомъ и польскомъ правѣ, изъ которыхъ первое слѣдуетъ доктринѣ Савиньи (ст. XXVII—XXXVI Свода законовъ гражданскихъ губерній Остзейскихъ), а второе повторяетъ въ дословномъ переводѣ ст. 3 французскаго кодекса (ст. 3 Гражданскаго Уложенія Царства Польскаго), мы можемъ признать главнымъ достоинствомъ коллизіонныхъ нормъ нашего общаго законодательства ихъ малочисленность, предоставляющую большой просторъ теоретической и практической разработкѣ вопросовъ частнаго международнаго права. Но этимъ просторомъ у насъ, къ сожалѣнію, не пользуются, и мы остаемся при скудномъ составѣ положительнаго закона. Къ числу его счастливыхъ умолчаній принадлежитъ, напр., неупоминаніе о принципѣ „взаимности“, и мы не имѣемъ поэтому никакой надобности навязывать ему этотъ принципъ. Для персональнаго статута у насъ есть точка опоры въ ст. 1279 X т. I ч., которая говоритъ: „Гражданскія права и обязанности уроженцевъ губерній, состоящихъ на общихъ, безъ мѣстныхъ изъятій, правахъ, когда сіи уроженцы временно пребываютъ въ губерніяхъ и областяхъ, на особыхъ правахъ состоящихъ, опредѣляются общими законами Имперіи“. Если этотъ законъ указываетъ на права и обязанности уроженцевъ губерній общаго права, подчиняемыхъ, въ случаѣ своего временнаго пребыванія въ губерніяхъ мѣстнаго права, не этому послѣднему, а праву своего постояннаго мѣстожительства, то въ число указываемыхъ здѣсь правъ и обязанностей нельзя не отнести также вопросовъ правоспособности и дѣеспособности, подлежащихъ, на основаніи этого закона, дѣйствію не реальнаго, а персональнаго статута. И этотъ выводъ долженъ быть распространенъ отъ отношенія общаго права къ мѣстному, и обратно—

[1]) Crome, ibid., стр. 134. Dernburg, idid., стр. 94.

мѣстнаго права къ общему [1])—и на отношеніе того и другого къ иностраннымъ законодательствамъ, гдѣ принципъ мѣстожительства замѣняется принципомъ національнаго права [2]).

Правда, въ составѣ нашего законодательства имѣется и ст. 822 т. IX зак. о сост. (изд. 1899 г.), гласящая такъ: „Иностранцы, находясь въ Россіи, какъ лично, такъ и по имуществу ихъ подлежатъ дѣйствію Россійскихъ законовъ и пользуются общею оныхъ защитой и покровительствомъ“. Держась буквальнаго смысла этой статьи, можно было бы думать, что иностранцы подлежатъ у насъ во всѣхъ случаяхъ дѣйствію нашего, а не своего права, и это заключеніе изъ приведеннаго закона сдѣлано однимъ изъ нашихъ юристовъ какъ разъ въ отношеніи къ вопросамъ о правоспособности и дѣеспособности иностранцевъ [3]), гдѣ оно менѣе всего можетъ быть допущено. Противорѣчіе между этимъ заключеніемъ и цѣлымъ рядомъ случаевъ, въ которыхъ нашъ же законъ указываетъ на примѣненіе иностраннаго права, слишкомъ очевидно—для того, чтобы на немъ стоило останавливаться, и мы видимъ въ приведенной статьѣ не коллизіонную норму, а простое признаніе правоспособности иностранцевъ и предоставленіе имъ защиты русскаго закона [4]).

О примѣненіи реальнаго статута къ правамъ на недвижимыя имущества мы можемъ судить по заключительной части приведенной выше ст. 1279 X т. I ч. и по не оставляющему никакихъ сомнѣній указанію ст. 915 того же X т. Въ заключеніи ст. 1279 сказано: „На основаніи сего во всѣхъ распоряженіяхъ не только о недвижимомъ и движимомъ и капиталахъ, находящихся въ губерніяхъ, состоящихъ на общихъ правахъ, но и о движимомъ, при нихъ находящемся, какъ при жизни, такъ и на случай смерти, означенныя лица обязаны руководствоваться общими законами Имперіи“, а въ ст. 915 мы читаемъ: „Всякій актъ, внѣ предѣловъ Россіи о недвижимомъ имѣніи въ оной находящемся, на основаніи вышеизложенныхъ правилъ совершенный (ст. 911 — 914), для полученія силы крѣпостнаго акта, долженъ быть представленъ, по возвращеніи давшаго оный или присылкѣ самого акта въ Россію, въ полугодичный срокъ въ подлежащій нотаріальный архивъ“ и т. д. Но въ отношеніи къ движимостямъ, на основаніи той же ст. 1279,—въ связи со ст. 1289 и 1294 X т. I ч., предписывающими къ распоряженіямъ этимъ имуществомъ примѣнять законъ мѣстожительства ихъ владѣльцевъ во всѣхъ случаяхъ, когда эти послѣдніе, будучи уроженцами Имперіи, временно пребы-

[1]) Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, I, стр. 68—69. Малышевъ. Курсъ общаго гражданскаго права Россіи, I, стр. 148—155.

[2]) Нольде, ibid., стр. 41.

[3]) Мышъ, Законъ и кассаціонная практика по вопросамъ частнаго международнаго права, въ Журналѣ гражданскаго и уголовнаго права, 1885, кн. I, стр. 8.

[4]) Нольде, ibid, стр. 42.

ваютъ въ Финляндіи или въ Царствѣ Польскомъ, — можно придти къ выводу, что права на эти имущества стоятъ у насъ подъ дѣйствіемъ не реальнаго, а персональнаго статута. И только неудобства примѣненія этого статута къ пріобрѣтенію и прекращенію правъ на движимости, и существованіе у насъ ст. 1003 IX т. зак. о сост., по силѣ которой иностранцы, правоспособные къ пріобрѣтенію всякаго имущества какъ движимаго, такъ и недвижимаго, подчинены въ отношеніи къ этимъ пріобрѣтеніямъ правиламъ русскихъ гражданскихъ законовъ,—побуждаютъ насъ присоединиться къ господствующему какъ въ западной, такъ и въ нашей юридической литературѣ мнѣнію о цѣлесообразности распространенія на движимости, наравнѣ съ недвижимостями, законовъ, имѣющихъ силу на мѣстѣ ихъ нахожденія.

Въ обязательственномъ правѣ мы имѣемъ руководящее начало въ ст. 707 уст. гражд. судопр., которая постановляетъ: „Договоры и акты, совершонные за границей, обсуждаются на основаніи законовъ того государства, въ предѣлахъ коего они совершены, и признаются дѣйствительными, если только заключающаяся въ нихъ сдѣлка не противна общественному порядку и не воспрещается законами Имперіи“. Это — начало обсужденія договоровъ по мѣсту ихъ совершенія (locus regit actum), дополненное въ послѣднее время нашей кассаціонной практикой и соображеніемъ о мѣстѣ исполненія договора (locus solutionis), игравшемъ въ нашемъ прежнемъ законодательствѣ рѣшающую роль (ст. 833 т. IX Свод. зак.) [1]). Въ приведенной сейчасъ ст. 707 Уст. Гр. Суд. надо отмѣтить сдѣланную, хотя и въ казуистической формѣ, но имѣющую общее значеніе, оговорку объ исключеніи чужого права въ случаяхъ его противорѣчія „общественному порядку“.

О коллизіонныхъ нормахъ нашего законодательства по семейному и наслѣдственному праву мы не будемъ говорить, такъ какъ онѣ носятъ болѣе спеціальный характеръ и могутъ найти себѣ мѣсто при спеціальномъ изложеніи этихъ отдѣловъ права.

5. Дѣйствіе закона въ условіяхъ времени.

Говоря о дѣйствіи закона въ условіяхъ времени, надо различать вопросъ о границахъ закона во времени вообще отъ того же вопроса въ отношеніи къ юридическимъ событіямъ, подлежащимъ обсужденію на основаніи либо болѣе ранняго, либо болѣе поздняго закона.

А) Дѣйствіе закона, по общему правилу, не ограничено никакимъ срокомъ, и, возникая въ моментъ публикаціи, продолжается до тѣхъ поръ, пока законъ не отмѣненъ той же властью, которая его издала, и

[1]) Нольде, ibid., стр. 76.

тѣмъ же порядкомъ, какимъ онъ былъ изданъ. Начальнымъ моментомъ дѣйствія закона служитъ его публикація, если онъ самъ не указываетъ на болѣе поздній срокъ своего вступленія въ силу, а конечнымъ — его отмѣна, и, притомъ, не только въ законодательномъ порядкѣ, но и путемъ противнаго закону обычнаго права, которое можетъ такъ же отмѣняться закономъ, какъ и отмѣнять этотъ послѣдній. Однако, съ отмѣной закона въ порядкѣ обычнаго права мы встрѣчаемся сравнительно рѣдко, она обставляется различными затрудненіями и часто оспаривается, какъ мы это уже видѣли, не только въ законодательной практикѣ, но и въ юридической литературѣ. Отмѣна же закона въ законодательномъ порядкѣ есть неоспоримый и общепризнанный способъ прекращенія его дѣйствія, и она можетъ быть или прямо выражена въ текстѣ даннаго закона (abrogatio expressa), или вытекать изъ его содержанія, когда оно противорѣчитъ содержанію прежняго закона (abrogatio tacita). Противорѣчащія другъ другу части новаго и стараго закона не могутъ примѣняться одновременно: первыя отмѣняютъ необходимо послѣднія, и если новые законы не упускаютъ обыкновенно указывать въ своемъ текстѣ и на отмѣняемые ими старые законы и правительственныя распоряженія, то указаніе это излишне: оно лежитъ въ самомъ принципѣ молчаливой отмѣны закона и ничего къ нему не прибавляетъ. И это само собой подразумѣваемое уничтоженіе стараго закона противорѣчащимъ ему новымъ закономъ выражаютъ обыкновенно положеніемъ: lex posterior derogat priori, т.-е. послѣдующій законъ отмѣняетъ предыдущій. Слѣдуетъ только помнить, что это—не антиномія, не противоположеніе, не цѣлостная отмѣна однимъ закономъ другого, а отмѣна лишь того, что̀ стоитъ въ дѣйствительномъ противорѣчіи съ новымъ закономъ. Возьмемъ, напр., наши Судебные Уставы 20-го ноября 1864 года: они не прямо отмѣнили прежнее процессуальное законодательство, а отмѣнили его лишь въ тѣхъ частяхъ, въ которыхъ оно противорѣчило имъ, и оставили его въ другихъ частяхъ въ силѣ.

Объяснить, какъ далеко идетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ противорѣчіе между новымъ и старымъ закономъ, есть дѣло толкованія законовъ, представляющее особенныя трудности въ тѣхъ случаяхъ, когда новый законъ не покрываетъ своимъ содержаніемъ стараго и становится къ нему въ отношеніе правила къ допускаемымъ изъ него исключеніямъ. Здѣсь возникаетъ часто слѣдующій вопросъ: отмѣняетъ-ли новый законъ только противорѣчащій ему старый законъ, или, вмѣстѣ съ нимъ, и признанныя этимъ послѣднимъ исключенія изъ своего дѣйствія? Этотъ вопросъ не имѣетъ значенія, когда новый законъ просто отмѣняетъ старый, не ставя на его мѣсто никакого новаго правила: въ этихъ случаяхъ прежнія исключенія не только остаются въ силѣ, но и сами дѣлаются правиломъ. Но если новый законъ ставитъ на мѣсто одного правила другое, съ отличнымъ отъ перваго содержаніемъ, то вопросъ

объ устраненіи имъ, вмѣстѣ со старымъ правиломъ, и допущенныхъ изъ него этимъ же правиломъ исключеній, получаетъ особое значеніе и можетъ быть разрѣшенъ только на основаніи толкованія законовъ. Принципъ для рѣшенія этого вопроса выражали прежде въ слѣдующихъ словахъ: lex posterior generalis non derogat priori speciali, т.-е. послѣдующій общій законъ не отмѣняетъ предыдущаго спеціальнаго закона (въ смыслѣ исключенія изъ общаго правила). Но теперь этотъ принципъ оставленъ въ виду недопустимости презумпціи какъ за узкое, такъ и за широкое толкованіе исключеній изъ какого бы то ни было правила То и другое толкованіе зависитъ отъ совокупности обстоятельствъ, опредѣляющихъ отношеніе между новымъ и старымъ закономъ, и различіемъ этихъ обстоятельствъ обусловливается естественно и различное разрѣшеніе поставленнаго вопроса. Напр., законъ, устанавливающій новый срокъ для совершеннолѣтія, не затрагиваетъ въ случаяхъ сомнѣнія существующаго срока совершеннолѣтія для занятія трона. Напротивъ, нѣмецкій имперскій законъ 1875 г. о заключеніи браковъ устранилъ и прежнія исключительныя формы брака, въ родѣ молчаливаго, принудительнаго и другихъ отжившихъ теперь свой вѣкъ видовъ этого учрежденія [1]).

Положеніе о неограниченномъ во времени дѣйствіи закона терпитъ исключенія и въ тѣхъ случаяхъ, когда законы издаются только на извѣстное время, какъ, напр., военное, или по поводу какихъ-нибудь особыхъ и преходящихъ цѣлей, напр., борьбы съ холерой, преслѣдованія какой-нибудь партіи и т. д.. Въ этихъ случаяхъ дѣйствіе закона ограничивается продолжительностью того времени, на которое онъ изданъ, и наличностью тѣхъ отношеній, которыя имъ предполагаются; вмѣстѣ съ устраненіемъ этихъ отношеній или истеченіемъ установленнаго времени, дѣйствіе закона прекращается само собою. Такіе законы, въ разрядъ которыхъ можно отнести, напр., законъ противъ соціалистовъ въ Германіи, называютъ транзиторными, или переходными.

Еще болѣе существенное ограниченіе абсолютнаго дѣйствія закона во времени вытекаетъ изъ самого понятія закона: если законъ регулируетъ человѣческія отношенія, стоящія, наравнѣ съ прочими общественными явленіями, въ процессѣ постояннаго развитія, то онъ долженъ измѣняться вмѣстѣ съ условіями своего дѣйствія и уступать мѣсто, при измѣненіи этихъ условій, вновь складывающимся нормамъ. Оговорка „rebus sic stantibus“, какъ бы, молчаливо сопровождаетъ каждый законъ, и трудно не согласиться съ Holtzendorff'омъ, когда онъ говоритъ, что „законъ, устанавливающій впередъ свою неизмѣнность, самъ санкціо-

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pand., стр. 129—130. Hölder, Pandekt., стр. 75—76. Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, стр. 87—89. Crome, ук. соч., I., стр. 110—112.

нировалъ бы свое будущее нарушеніе". Въ этомъ смыслѣ можно утверждать, что, какъ нѣтъ неизмѣннаго права, такъ нѣтъ и неограниченнаго во времени закона: законодатель можетъ затруднить его измѣненіе или отмѣну особыми условіями, но онъ не можетъ установить неограниченнаго во времени дѣйствія закона. Отсюда не слѣдуетъ, однако, того, чтобы законъ терялъ свою силу отъ всякаго измѣненія обстоятельствъ, вызвавшихъ его къ жизни: напр., усиленная отвѣтственность содержателей гостинницъ, шкиперовъ и т. д. была вызвана въ римскомъ правѣ преступными злоупотребленіями этихъ лицъ въ веденіи ихъ промысла, но она дѣйствуетъ въ наше время независимо отъ этихъ злоупотребленій. Поэтому слѣдуетъ отвергнуть и популярное въ прежней юриспруденціи правило, по которому законъ считался утрачивающимъ силу при отпаденіи повода, вызвавшаго его къ жизни: cessante ratione legis cessat lex ipsa [1]). Наконецъ, дѣйствіе закона и относительно состава возникшихъ ранѣе его изданія юридическихъ отношеній не ограниченно, а заключено, какъ мы это сейчасъ увидимъ, въ извѣстные предѣлы.

Б) Мы встрѣчаемся нерѣдко съ такимъ положеніемъ дѣла: выходитъ законъ, заключающій въ себѣ норму, которая не можетъ быть примирена съ существовавшей до тѣхъ тѣхъ поръ нормой по тому же предмету. Тогда въ одномъ мѣстѣ и въ одно время на одинъ и тотъ же предметъ оказывается два закона, связывающіе съ тѣмъ же составомъ фактовъ различныя юридическія послѣдствія. Подъ какой изъ этихъ двухъ взаимно противорѣчащихъ законовъ подвести юридическія послѣдствія тѣхъ событій, которыя возникли во время господства стараго и теперь уже отмѣненнаго закона? Это—важнѣйшій и труднѣйшій вопросъ въ ученіи о дѣйствіи закона во времени, и онъ не разрѣшается правиломъ, которое вытекаетъ изъ формальнаго принципа абсолютнаго дѣйствія закона и указываетъ на то, что позднѣйшій законъ отмѣняетъ болѣе ранній. Разрѣшеніе этого вопроса дается принципомъ, который формулируютъ обыкновенно въ слѣдующихъ словахъ: законы не имѣютъ обратнаго дѣйствія. Съ этой формулой въ спеціальномъ примѣненіи къ гражданскому праву отожествляютъ часто и другую: новые законы не затрагиваютъ „пріобрѣтенныхъ правъ" (jura quaesita). Но мы увидимъ ниже, что эта послѣдняя формула, по существу своему, неправильна и только затемняетъ настоящій вопросъ.

Насколько отрицаніе обратнаго дѣйствія закона выражаетъ мысль, что законъ не можетъ сдѣлать случившееся неслучившимся и господствовать своими приказами надъ прошлымъ, принимая за начальный моментъ дѣйствія этихъ приказовъ не время ихъ изданія, а то прошлое, въ которомъ дѣйствовалъ еще другой законъ,—настолько обратное дѣй-

---

[1]) Dernburg, Bürg. Recht, I, стр. 81. Регельсбергеръ, ibid.; стр. 88—89.

ствіе закона есть невозможность и логическій абсурдъ. Поэтому многіе писатели считаютъ такое обратное дѣйствіе и при его законодательномъ установленіи необязательнымъ для судьи и „абсолютной неправдой“ [1]). Но это скорѣе абсолютный non-sens, чѣмъ „абсолютная неправда“, такъ какъ, понятое въ указанномъ смыслѣ, „обратное дѣйствіе“ противорѣчило бы какъ понятію закона, такъ и отношенію, въ которомъ стоитъ законъ къ тому, что̀ имъ нормируется. Не существуя до своего изданія, законъ можетъ дѣйствовать только со времени этого изданія, и, разсчитанный на будущее, онъ не можетъ захватывать прошлое. Имъ нормируются отношенія, которыя дѣлаются юридическими лишь тогда, когда они подпадаютъ его дѣйствію. Это можетъ произойти не ранѣе возникновенія закона, такъ что дѣятельность призываемаго впослѣдствіи судьи состоитъ не въ томъ, чтобы обратить фактическое отношеніе въ юридическое, а въ томъ, чтобы провозгласить уже существующее право и примѣнить къ данному отношенію норму, которая сдѣлала это отношеніе юридическимъ при самомъ его возникновеніи. Слѣдовательно, всякое юридическое отношеніе, разъ оно возникло на основаніи того или иного закона, носитъ этотъ законъ, такъ сказать, въ самомъ себѣ и уже потому не можетъ подлежать дѣйствію послѣ него возникшаго закона, направленнаго всегда на будущее, а не на прошлое. Отсюда само собой слѣдуетъ, что и юридическія послѣдствія событій, имѣвшихъ мѣсто при дѣйствіи прежняго и уже отмѣненнаго закона (facta praeterita), обсуждаются на основаніи того закона, при господствѣ котораго они возникли, и что измѣненія въ законѣ не оказываютъ, по общему правилу, вліянія на ранѣе возникшія юридическія отношенія. Этотъ выводъ, повторяющій другими словами исключеніе обратнаго дѣйствія закона, вытекаетъ изъ самаго понятія закона, и онъ признанъ какъ въ римскомъ, средне-вѣковомъ, каноническомъ, такъ и во всѣхъ новыхъ законодательствахъ [2]).

Не надо только думать, чтобы указанный выводъ во всѣхъ случаяхъ связывалъ законодателя и освобождалъ судью отъ обязанности справляться, прежде всего, съ волей и смысломъ закона. Если бы мы толковали исключеніе обратнаго дѣйствія закона въ смыслѣ такой связанности законодательной и судебной власти правомъ, принадлежащимъ прошлому, то правило, о которомъ у насъ идетъ рѣчь, было бы равносильно увѣковѣченію разъ установленныхъ состояній и постоянному примѣненію уже отмѣненныхъ законовъ. Но примѣненіе новаго закона не есть послѣдствіе нарушенія этого правила, такъ какъ, подвергая существующее право какой-либо коренной реформѣ, новый законъ регулируетъ и возникшія въ прошломъ правовыя состоянія только на будущее время

---

[1]) F. Lassale, Das system der erworbenen Rechte, 1861, стр. 45. Böcking, Pandekten, I, стр. 317. Brinz, Pandekten, I, стр. 96 и слѣд.

[2]) Unger, System der österr. Privat., I, стр. 114 и слѣд.

и только со дня своего обнародованія. Ни одинъ законъ не обезпечиваетъ за нами отправленіе нашихъ правъ на безконечное время, и когда отмѣняютъ напр., рабство, крѣпостничество и другія учрежденія, стоящія въ противорѣчіи съ правосознаніемъ данной эпохи, то отмѣна эта касается опять будущаго, а не прошлаго, и не можетъ уже поэтому, вопреки общераспространенному мнѣнію, считаться обратнымъ дѣйствіемъ закона въ точномъ смыслѣ этого выраженія. Кромѣ того, безоборотное дѣйствіе закона, какъ бы мы его ни понимали, не можетъ быть признано въ европейскихъ государствахъ конституціоннымъ закономъ, ограничивающимъ собой законодательную власть. Оно устанавливается обыкновеннымъ закономъ, который въ отношеніи къ тѣмъ или другимъ правовымъ состояніямъ можетъ быть видоизмѣненъ или отмѣненъ новымъ закономъ уже въ силу формально-неограниченнаго суверенитета законодательной власти. Но разъ это безоборотное дѣйствіе закона внесено въ большинство европейскихъ кодексовъ и освящено, можно сказать, всеобщимъ обычнымъ правомъ, оно обязательно для судьи—по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока его не отмѣняетъ новый законъ для какого-нибудь опредѣленнаго порядка юридическихъ отношеній И если судебное рѣшеніе нарушаетъ этотъ принципъ внѣ сдѣланнаго изъ него новымъ закономъ исключенія, оно подлежитъ кассаціи. Лишь въ Соединенныхъ Штатахъ, гдѣ исключеніе обратнаго дѣйствія законовъ составляетъ конституціонный законъ, ограничивающій самого законодателя, и не только матеріально, въ смыслѣ общественнаго правосознанія, но и формально, въ смыслѣ судебнаго контроля надъ конституціоннымъ характеромъ всѣхъ законовъ, никто не обязанъ повиновеніемъ закону, отступающему отъ указаннаго принципа, и судъ отказываетъ такому закону въ примѣненіи. Не слѣдуетъ только упускать изъ виду, что и въ Европѣ обратное дѣйствіе закона есть не регулированіе прошлаго,—что, какъ мы видѣли, логически невозможно,—а только измѣненіе однимъ закономъ другого. Это измѣненіе затрогиваетъ одно будущее и состоитъ въ примѣненіи новаго закона къ правовымъ состояніямъ, унаслѣдованнымъ отъ прошлаго, когда это требуется цѣлью новаго закона и выражено explicite или implicite, т.-е. явно или молчаливо, въ его содержаніи. И единственное различіе въ этомъ отношеніи между законодательствами Соединенныхъ Штатовъ и европейскихъ государствъ заключается въ томъ, что тамъ примѣненіе новаго закона къ правовымъ состояніямъ, унаслѣдованнымъ отъ прошлаго, не можетъ быть осуществлено иначе, какъ въ порядкѣ, установленномъ для пересмотра конституціонныхъ законовъ, тогда какъ здѣсь, т.-е. въ европейскихъ государствахъ, оно слѣдуетъ обыкновенному законодательному порядку.

Если ни одинъ законъ, какъ мы это видѣли, не можетъ сдѣлать случившееся неслучившимся, то ничто не препятствуетъ уничтоженію новымъ закономъ того, что существовало при дѣйствіи стараго. Иначе законы никогда не измѣняли бы ничего, и мы были бы осуждены на

вѣчный застой. Слѣдовательно, изъ самаго существа какъ правового порядка, такъ и суверенитета законодательной власти вытекаетъ для нея возможность и такого рода законодательнаго предписанія, чтобы судья примѣнялъ въ будущемъ только новый законъ, если бы обсужденію его подлежали даже ранѣе возникшія отношенія и прошлыя событія. При наличности такого предписанія судья обязанъ повиноваться законодательной волѣ, которую онъ не долженъ только толковать въ смыслѣ обратнаго дѣйствія въ случаяхъ сомнѣнія, когда законодатель не высказывается по данному вопросу.

Такимъ образомъ, безоборотное дѣйствіе закона есть не что иное, какъ соотвѣтствующее справедливости и самому понятію закона правило толкованія, не допускаемое лишь тогда, когда новый законъ отмѣняетъ цѣлые институты права и самъ распространяетъ свое дѣйствіе, хотя и въ будущемъ, но все-таки и на прошедшія событія. Подобнаго намѣренія нельзя предполагать у законодателя уже по приведеннымъ выше противъ обратнаго дѣйствія законовъ соображеніямъ, къ которымъ нужно присоединить еще опасность его для обезпеченности права вообще и для свободы и имущества гражданъ въ особенности. Куда бы мы пришли, если бы суду была предоставлена власть считать само собой подразумѣваемымъ уничтоженіе новымъ закономъ собственности, брака и другихъ учрежденій, существующихъ въ теченіе тысячелѣтій? Все наше культурное развитіе опирается на прочность существующаго правопорядка, и это основаніе для исключенія обратнаго дѣйствія закона было указано еще римскими юристами. Оно же оттѣнялось, хотя и не безъ нѣкотораго преувеличенія, Бентамомъ, когда онъ предлагалъ отлагать дѣйствіе новыхъ законовъ до возможно-отдаленнаго будущаго — для того, чтобы современныя имъ поколѣнія имѣли досугъ свыкнуться съ предстоящимъ измѣненіемъ въ правѣ, а новыя поколѣнія—воспитаться въ ожиданіи этого измѣненія [1]). Приведемъ еще слова извѣстнаго французскаго конституціоналиста Бенжамена Констана: „Обратное дѣйствіе закона есть величайшее посягательство, которое законъ можетъ совершить противъ самого себя; оно уничтожаетъ условія, въ которыхъ общество въ правѣ требовать повиновенія отъ своихъ членовъ, и ведетъ къ потерѣ гарантій, обезпеченныхъ за ними взамѣнъ этого повиновенія. Обратное дѣйствіе лишило бы законъ его характера; законъ, производящій обратное дѣйствіе, не былъ бы закономъ“. Въ этихъ словахъ исключеніе обратнаго дѣйствія закона представляется „естественнымъ правомъ“ человѣка, выходящимъ за предѣлы компетенціи законодателя, и, въ смыслѣ такого именно „естественнаго права“, отрицаніе обратнаго дѣйствія закона нашло себѣ мѣсто и въ „декларації правъ человѣка“, предпосланной французской конституціи 1793 г., и въ конституціяхъ Соединенныхъ

[1]) Affolter, указ. соч., I, стр. 16.

Штатовъ, и въ норвежской конституціи, и въ прусскомъ Landrecht'ѣ, и во многихъ другихъ законодательствахъ. Все это было увлеченіемъ школы „естественнаго права“ и опиравшихся на нее теченій новаго индивидуализма, готовыхъ жертвовать правомъ всего народа—даже правомъ на его существованіе и развитіе—тому, что называютъ „пріобрѣтенными правами“. Это объясняетъ возникновеніе и той удивительной теоріи, которая отрицала за законами возможность воздѣйствія на существующія юридическія отношенія и утверждала подчиненіе, напр., ленныхъ имуществъ, пожалованныхъ при господствѣ давно отмѣненныхъ законовъ, дѣйствію этихъ послѣднихъ на вѣчныя времена. Правильный самъ по себѣ принципъ, вытекающій изъ понятія закона и разсчитанный на гарантированіе личности отъ произвола власти, велъ къ недопустимымъ на практикѣ послѣдствіямъ—благодаря тому, что его пристягивали къ классовой борьбѣ и облекали въ такую форму, которая соображалась только съ одной стороной дѣла, направленной на гарантіи личности, и упускала изъ виду другую, обращенную на интересы всего общества.

Старая теорія отрицала обратное дѣйствіе законовъ, въ видѣ общаго правила, а случаи допущенія этого обратнаго дѣйствія считала отступленіями или исключеніями изъ общаго правила. Но такое отношеніе между правиломъ и исключеніями изъ него ничего не объясняло, было само по себѣ ненаучно и только подготовляло торжество изложенной въ VIII т. „Системы“ Савиньи теоріи, которая предлагала различать законы, касающіеся пріобрѣтенія и потери правъ, отъ законовъ, опредѣляющихъ бытіе юридическихъ отношеній, т.-е. ихъ существованіе, прекращеніе и видоизмѣненіе. Положенія объ исключеніи обратнаго дѣйствія закона и о неприкосновенности „пріобрѣтенныхъ правъ“ должны примѣняться, по этому ученію, только къ законамъ первой категоріи, тогда какъ въ отношеніи къ законамъ второй категоріи слѣдуетъ признать и обратное дѣйствіе, и возможность нарушенія ими „пріобрѣтенныхъ правъ“. Для поясненія этого противоположенія Савиньи приводитъ слѣдующіе примѣры. Законы, уничтожающіе рабство, крѣпостничество, десятину, или замѣняющіе при защитѣ собственности на движимости вещные иски личными, относятся къ „бытію“ права и допускаютъ обратное дѣйствіе. Напротивъ, законы, устанавливающіе письменную форму для денежныхъ обязательствъ, переступающихъ извѣстную сумму, или предписывающіе пріобрѣтеніе собственности по традиціи вмѣсто обязательственнаго договора, имѣютъ своимъ предметомъ пріобрѣтеніе и потерю правъ и поэтому не допускаютъ обратнаго дѣйствія [1]).

Противъ приведенныхъ примѣровъ обратнаго дѣйствія и его исключенія можно не спорить, но въ первой категоріи этихъ примѣровъ обратное

---

[1]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VIII, стр. 375 и слѣд.

дѣйствіе объясняется не тѣмъ, что устанавливающіе его законы имѣютъ своимъ предметомъ бытіе или небытіе какихъ-либо правъ, а тѣмъ, что они проводятъ въ жизнь важныя нравственныя и экономическія начала, осуществленіе которыхъ было бы затруднено продолженіемъ возникшихъ ранѣе ихъ изданія состояній. Это вызвало бы такой безпорядокъ и путаницу въ гражданскомъ оборотѣ, которые не могли бы быть примирены ни съ планомѣрнымъ осуществленіемъ задуманныхъ реформъ, ни съ презумптивной волей законодателя. Съ другой стороны, легко представить себѣ и такіе законы, которые, отмѣняя, напр., права пользованія родителей въ имуществѣ дѣтей, или освобождая покупщика отъ отвѣтственности за случайную гибель проданной вещи и отъ арендныхъ договоровъ, заключенныхъ продавцомъ, исключали бы вмѣстѣ съ тѣмъ и всякое обратное дѣйствіе, несмотря на свое отношеніе къ „бытію“ права. Во всякомъ случаѣ, надѣленіе этихъ законовъ обратнымъ дѣйствіемъ было бы трудно объяснить [1]). Наоборотъ, мы несомнѣнно встрѣчаемся съ обратнымъ дѣйствіемъ въ разъясненномъ выше смыслѣ и такихъ законовъ, которые прямо относятся къ потерѣ и пріобрѣтенію правъ: довольно указать на приводимые самимъ Савиньи примѣры безповоротнаго уничтоженія рабства, крѣпостничества, феодальныхъ отношеній и т. д.

Сверхъ указываемыхъ противорѣчій, конструкція Савиньи повторяетъ и давно принятое какъ въ литературѣ „общаго права“ Германіи, такъ и особенно во французской юриспруденціи различіе между такъ назыв. „пріобрѣтенными правами“ (jura quaesita) и простыми „надеждами“ (spes) или абстрактной возможностью пріобрѣтенія тѣхъ или другихъ правъ. Обратное дѣйствіе закона отвергается въ отношеніи къ „пріобрѣтеннымъ правамъ“ и признается въ отношеніи къ „юридическимъ надеждамъ“, напр., праву на неоткрывшееся еще наслѣдство, на полученіе выгодъ отъ ожидаемой въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ разсрочки въ исполненіи обязательствъ (moratorium) или отъ незавершенной въ своемъ теченіи давности и т. д. Такимъ образомъ, понятіе „пріобрѣтеннаго права“ играетъ въ этой доктринѣ рѣшающую роль для всего вопроса объ обратномъ дѣйствіи закона, но оно остается, къ сожалѣнію, во-1), чрезвычайно неопредѣленнымъ и, во-2), лишеннымъ всякаго критерія для своего разграниченія отъ тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя не представляютъ собой „пріобрѣтенныхъ правъ“.

Неопредѣленность понятія „пріобрѣтеннаго права“ состоитъ въ томъ, что къ нему приходятъ различными способами и облекаютъ его различными признаками, такъ что объ единомъ и общепризнанномъ понятіи „пріобрѣтеннаго права“ не можетъ быть и рѣчи. Одни считаютъ положеніе о неприкосновенности „пріобрѣтенныхъ правъ“ аксіомой, не требующей доказательствъ и постулатомъ справедливости. Другіе опи-

[1]) Windscheid — Kipp, Pand., I, стр. 134—135.

раются на слѣдующее разсужденіе: право, пріобрѣтенное отдѣльнымъ лицомъ, согласно дѣйствующему закону, есть благо, отвоеванное у общей или государственной воли; осуществляя это право, каждый такъ же суверененъ, какъ суверенна общая воля, и свободенъ отъ всякого вмѣшательства послѣдней въ свое право. Третьи противополагаютъ „пріобрѣтенныя права“ врожденнымъ или „естественнымъ“, и, основывая послѣднія на „природѣ“ человѣка, считаютъ первыя результатомъ его свободной дѣятельности. Еще группа писателей, хорошо представленная и въ наши дни, называетъ „пріобрѣтенными правами“ такія, которыя основаны на спеціальныхъ юридическихъ титулахъ, въ противоположность тѣмъ, которыя принадлежатъ каждому въ силу его „естественной свободы“. Наконецъ, съ болѣе технически-юридическими, чѣмъ метафизическими опредѣленіями „пріобрѣтенныхъ правъ“, мы встрѣчаемся въ юридической литературѣ XIX в., поражающей, однако, не меньшей пестротой, чѣмъ и предшествующая ей метафизическая литература. Одна группа принадлежащихъ сюда писателей опредѣляетъ „пріобрѣтенныя права“, исходя изъ способовъ пріобрѣтенія различныхъ правъ, и называетъ этимъ именемъ либо такія права, которыя „пріобрѣтаются и усваиваются дѣйствіемъ индивидуальной воли“, либо такія, которыя пріобрѣтаются всякимъ признаннымъ закономъ титуломъ. Другая группа юристовъ настаиваетъ на связи субъекта права съ его объектомъ, и чѣмъ тѣснѣе эта связь, тѣмъ болѣе права считаются „пріобрѣтенными“, и наоборотъ. Третья группа юристовъ отождествляетъ „пріобрѣтенное право“ съ понятіемъ субъективнаго права и этимъ самымъ вскрываетъ, вопреки своимъ намѣреніямъ, безполезность самостоятельной категоріи „пріобрѣтенныхъ правъ“. Наконецъ, многіе изъ современныхъ намъ юристовъ комбинируютъ указанные выше признаки „пріобрѣтенныхъ правъ“ и даютъ столько же различныхъ опредѣленій этихъ правъ, сколько они пишутъ сочиненій [1]).

При такомъ состояніи ученія о „пріобрѣтенныхъ правахъ“ нельзя удивляться, что никто не откликается на брошенный недавно однимъ французскимъ юристомъ вызовъ—дать сколько-нибудь удовлетворительное опредѣленіе этого понятія [2]). Другой французскій юристъ-соціологъ говоритъ слѣдующее: „пріобрѣтенныя права не выражаютъ собой ничего; право или существуетъ, или не существуетъ, и если существуетъ, то оно всегда пріобрѣтенное“ [3]). Сюда присоединяется и отсутствіе критерія, на основаніи котораго можно было бы различить „пріобрѣтенное право“ отъ простой „надежды“ на такое пріобрѣтеніе“. Надежда на пріобрѣтеніе, напр., по условной сдѣлкѣ, не есть, по общему признанію, „пріобрѣтенное право“, а однако

---

[1]) Affolter, ук. соч., I, стр. 572—652.

[2]) Varielles-Sommières, Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, 1893, стр. 444, 492.

[3]) Duguit, L'Etat, I, стр. 594.

и она можетъ быть защищена противъ нарушенія со стороны позднѣйшаго закона. Слѣдовательно, исключеніе обратнаго дѣйствія законовъ не покрывается защитой „пріобрѣтенныхъ правъ“, и когда весь вопросъ объ обратномъ дѣйствіи закона сводятъ къ различію между „пріобрѣтеннымъ правомъ“ и „надеждой“ на него, говоря, что мы имѣемъ „пріобрѣтенное право“ въ томъ случаѣ, если старый законъ исключаетъ новый, и простую „надежду“, если заинтересованныя лица испытываютъ на себѣ дѣйствіе новаго закона, то впадаютъ въ чистую тавтологію Въ лучшемъ случаѣ намъ указываютъ только на послѣдствія различія между „пріобрѣтеннымъ правомъ“ и „надеждой“, но вовсе не объясняютъ, почему новый законъ примѣняется къ однимъ состояніямъ права и не примѣняется къ другимъ, остающимся подъ дѣйствіемъ стараго закона. Эта путаница происходитъ, по вѣрному замѣчанію Planiol'a, отъ того, что одной формулой хотятъ обнять два различныхъ явленія, имѣющихъ, каждое—свою особую область примѣненія. Это: а) обратное дѣйствіе новаго закона на факты, которые должны бы были остаться подъ дѣйствіемъ стараго закона, и б) продолженіе дѣйствія стараго закона на факты, которые вступаютъ въ область вліянія новаго закона.

а) Юридическія дѣйствія, какъ, напр., договоры и деликты, или проступки, и юридическіе факты, подобные жизни, смерти и т. д., не требуютъ, по общему правилу, длинныхъ промежутковъ времени для своего осуществленія и подлежатъ дѣйствію законовъ, современныхъ ихъ совершенію. Распространеніе на нихъ новаго закона было бы его обратнымъ дѣйствіемъ, допустимымъ только въ случаѣ указанія на него въ самомъ законѣ. При отсутствіи такого указанія эти факты, въ условіяхъ ихъ обнаруженія, формы совершенія и способовъ доказательства, обсуждаются на основаніи стараго закона, и къ нимъ примѣняется правило, аналогичное тому, которое дѣйствуетъ въ отношеніи къ мѣсту примѣненія законовъ (locus regit actum), и которое формулируютъ обыкновенно такъ: tempus regit actum. Напр., система транскрипціи, или записки въ ипотечныя книги, установленная во Франціи закономъ 1855 г., какъ обязательная форма пріобрѣтенія недвижимой собственности, стала условіемъ дѣйствительности этого пріобрѣтенія только съ 1-го января 1856 г., тогда какъ акты пріобрѣтенія, совершенные до этого времени, оставались въ силѣ независимо отъ ихъ транскрипцій. Точно такъ же и французскій законъ 1885 г., отмѣнившій запрещеніе биржевыхъ сдѣлокъ на разницу, оставилъ въ силѣ установленныя прежнимъ закономъ процессуальныя возраженія противъ тѣхъ же сдѣлокъ, заключенныхъ ранѣе изданія новаго закона.

Но если судьба юридическихъ актовъ, ограниченныхъ какъ въ своемъ совершеніи, такъ и въ дѣйствіи сравнительно короткими промежутками времени, опредѣляется нормами закона, соотвѣтствующаго времени совершенія этихъ актовъ, то нельзя сказать того же объ юридическихъ актахъ,

требующихъ для себя такихъ большихъ промежутковъ времени, которые переходятъ изъ области дѣйствія стараго въ область дѣйствія новаго закона, и, особенно, о тѣхъ состояніяхъ права, которыя характеризуются именно своей длительностью. Такіе „текущіе“ юридическіе факты, какъ, напр., давность или договоръ найма, заключенный на извѣстный срокъ съ тѣмъ, чтобы по истеченіи этого срока онъ считался возобновленнымъ, подчиняются въ своихъ послѣдствіяхъ дѣйствію новаго закона, если этотъ послѣдній выходитъ ранѣе завершенія тѣхъ фактовъ, начало которыхъ падаетъ на время дѣйствія стараго, а конецъ—на время дѣйствія новаго закона. И только въ томъ случаѣ, если одинъ изъ нѣсколькихъ фактовъ, принадлежащихъ разному времени, представляетъ собой законченное цѣлое, какъ напр. установленіе приданаго или совершеніе завѣщанія, этотъ фактъ обсуждается по праву, дѣйствующему во время его совершенія. Что касается состояній права, характеризуемыхъ своей длительностью, то нѣкоторыя изъ нихъ, какъ, напр., собственность, рабство, сословность, а такъ же—правоспособность и дѣеспособность, переступаютъ далеко за предѣлы человѣческой жизни и передаются по наслѣдству. Такія состоянія права, при отсутствіи противоположныхъ показаній въ новомъ законѣ, не могутъ оставаться подъ дѣйствіемъ стараго закона, съ отмѣной котораго само собой отпадаютъ и основанныя на нихъ „пріобрѣтенныя права“: иначе то самое состояніе права, которое признано вреднымъ, продолжало бы влачить свое существованіе въ теченіе неопредѣленнаго времени. Вознагражденіе, опредѣляемое при этомъ въ пользу владѣльцевъ отмѣняемыхъ правъ, не есть необходимое условіе отмѣны этихъ правъ и, во всякомъ случаѣ, не измѣняетъ ничего въ вопросѣ объ этой отмѣнѣ, который надо отличать, какъ это было уже показано, отъ вопроса объ обратномъ дѣйствіи закона.

б) Если законодатель, отмѣняя существующія состоянія права, имѣетъ возможность, въ силу своего суверенитета, подчинить новому закону и событія, возникшія при дѣйствіи стараго закона, то онъ такъ же свободенъ смягчить примѣненіе новаго закона и продолжить по тѣмъ или другимъ соображеніямъ дѣйствіе прежняго права для извѣстныхъ категорій лицъ или на извѣстный промежутокъ времени. Въ этихъ случаяхъ мы видимъ уже полную противоположность тому, что называютъ обратнымъ дѣйствіемъ закона: это—частичное или временное продолженіе дѣйствія уже отмѣненнаго закона, которое можетъ быть въ данныхъ условіяхъ такъ же благотворно, какъ и распространеніе новаго закона на прошлыя правовыя состоянія. Сошлемся, въ видѣ примѣра, на майораты, т.-е. неотчуждаемыя и переходящія по наслѣдству къ старшему въ родѣ по мужской линіи недвижимыя имущества, установленныя во Франціи закономъ 1806 г. съ цѣлью поднять значеніе и престижъ новаго дворянства, созданнаго Наполеономъ Бонапартомъ. Послѣ революціи 1830 г. это учрежденіе перестало соотвѣтствовать общественному и политическому

строю Франціи, и его было рѣшено уничтожить. Сдѣлать это можно было прямо и непосредственно, по образу отмѣны феодальныхъ правъ въ 1789 г., но отмѣна майоратовъ имѣла несравненно менѣе важное значеніе, и законъ 1835 г. удовольствовался запрещеніемъ установленія вновь какихъ бы то ни было майоратовъ и ограниченіемъ дѣйствія ранѣе сдѣланныхъ пожалованій этого типа въ двухъ послѣдовательныхъ поколѣніяхъ. И только въ 1904 г. французское правительство провело черезъ законодательныя палаты ихъ окончательную ликвидацію путемъ выкупа [1]).

Цѣли смягченія перехода отъ стараго права къ новому могутъ служить и другія законодательныя мѣры, и по инымъ мотивамъ, чѣмъ желаніе считаться съ предшествующими правовыми состояніями. Такія мѣры называютъ обыкновенно переходными, такъ какъ онѣ носятъ временный характеръ. Въ случаяхъ сомнѣнія обратное дѣйствіе закона толкуется въ смягченномъ смыслѣ, т.-е. касается только новыхъ послѣдствій изъ старыхъ юридическихъ отношеній, но не затрогиваетъ уже возникшихъ изъ нихъ правъ и обязанностей [2]).

Изъ всего сказаннаго объ обратномъ дѣйствіи законовъ слѣдуетъ неизбѣжно тотъ выводъ, что здѣсь, какъ и при дѣйствіи закона въ условіяхъ мѣста его примѣненія, все дѣло—въ изслѣдованіи цѣли закона, о примѣненіи котораго идетъ рѣчь, и природы фактическаго отношенія, регулированіе котораго составляетъ предметъ спорнаго закона. Другими словами, надо опредѣлить тѣ случаи и тѣ области права, въ которыхъ положеніе о безоборотномъ дѣйствіи закона, при отсутствіи въ немъ самомъ точныхъ указаній на эту безоборотность, должно быть необходимо примѣняемо, и тѣ случаи и тѣ области права, гдѣ это положеніе въ тѣхъ же условіяхъ не находитъ себѣ примѣненія. Такимъ образомъ, опредѣленіе обратнаго дѣйствія закона—такъ же, какъ и опредѣленіе дѣйствія закона по мѣсту его примѣненія,—есть исключительно дѣло интерпретаціи закона, и все, что мы говорили по этимъ вопросамъ, можетъ служить при интерпретаціи только руководящей нитью, но не практическимъ критеріемъ для разрѣшенія спорныхъ случаевъ. Наука права можетъ служить здѣсь лишь пособіемъ къ интерпретаціи, которая одна призвана къ рѣшенію всѣхъ спорныхъ вопросовъ по примѣненію законовъ въ условіяхъ мѣста и времени. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ теперь и современная юриспруденція, разочарованная въ теоріи Савиньи [3]), и новое нѣмецкое уложеніе, которое не выставляетъ даже общаго правила объ исключеніи обратнаго дѣйствія законовъ и расходится въ этомъ отношеніи какъ съ

---

[1]) Planiol, ук. соч., I, стр. 94—101.

[2]) Gierke, Deutsch. Privr., I, стр. 185—196. Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, стр. 211—222.

[3]) См. особенно: Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, I, 1853, стр. 137 и слѣд., и Göppert, Das Princip: Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, въ Jahrb. f. Dogm., XII, стр. 1 и слѣд.

римскимъ правомъ, такъ и съ большинствомъ современныхъ законодательствъ, въ ряду которыхъ довольно привести постановленіе французскаго Code civil, въ его art. 2: „La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif". Но что и молчаніе нѣмецкаго уложенія слѣдуетъ понимать не въ смыслѣ утвержденія или отрицанія обратнаго дѣйствія закона, а въ смыслѣ предоставленія этого вопроса компетенціи юридической науки и практики, которыя получаютъ лишь теоретическое указаніе на противорѣчіе обратнаго дѣйствія закона самому понятію правового порядка, это можно видѣть изъ мотивовъ къ этому уложенію, которые говорятъ: „Государство, какъ хранитель правового порядка, вступало бы въ противорѣчіе съ самимъ собой, если бы оно отнимало права, пріобрѣтенныя подъ защитой его же законовъ и имъ же установленныхъ гарантій. Само собою разумѣется, что государственная воля не должна обманывать питаемаго къ ней довѣрія, вредить обезпеченности права, колебать правовое сознаніе и уничтожать этимъ свой собственный авторитетъ" [1]).

Въ нашемъ законодательствѣ мы имѣемъ по настоящему вопросу ст. 94 Основныхъ Законовъ (изд. 1906 г.), постановляющую: „Законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силой закона. По сему, доколѣ новымъ закономъ положительно не отмѣненъ законъ существующій, онъ сохраняетъ полную свою силу", и ст. 89 того же изданія Осн. Зак., гдѣ мы читаемъ „Каждый законъ имѣетъ силу только на будущее время, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на время предшествующее, или, что онъ есть только подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго". Послѣдній случай не есть дѣйствительное исключеніе изъ общаго правила, такъ какъ пояснительные законы, издаваемые въ подтвержденіе и изъясненіе смысла существующихъ законовъ, представляются съ формальной точки зрѣнія не новымъ закономъ, а тѣмъ родомъ толкованія, который извѣстенъ подъ именемъ аутентической, или легальной интерпретаціи. Если же такіе пояснительные законы заключаютъ въ себѣ не новую норму, а лишь истолкованіе старой, то само собой понятно, что законодатель придаетъ имъ и обратное дѣйствіе, признаваемое въ такихъ случаяхъ не только нашимъ, но и большинствомъ европейскихъ законодательствъ. Баденское право составляетъ въ этомъ отношеніи исключеніе, не устанавливая обратнаго дѣйствія и для пояснительныхъ законовъ, тогда какъ французское законодательство, которому нѣмецкіе юристы приписываютъ такое же исключительное положеніе, не отступаетъ въ дѣйствительности отъ общепринятаго взгляда на аутентическую интерпретацію [2]). Что касается второго изъ упомянутыхъ въ приведенной выше статьѣ случаевъ обратнаго дѣйствія закона, когда по-

---

[1]) Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch, I, стр. 21.

[2]) Stobbe, Handbuch, I, стр. 208. Bandry-Lacantinerie, Précis de droit civil, 1899, I, стр. 36.

слѣдній опредѣляетъ самъ то, что дѣйствіе его не ограничено событіями, имѣющими возникнуть только въ будущемъ, а должно быть распространено и на отношенія, возникшія въ прошломъ, то случаи этого рода оправдываются суверенными функціями законодательной воли и поступательнымъ развитіемъ права, когда его цѣли не могутъ быть достигнуты иначе, какъ присоединеніемъ къ издаваемому закону обратной силы. Сошлемся снова, въ видѣ примѣра, на законы, уничтожающіе крѣпостное состояніе. Если бы эти законы устраняли возникновеніе крѣпостного права только въ будущемъ, не затрагивая крѣпостныхъ, рожденныхъ въ этомъ состояніи до ихъ изданія, то такіе законы протягивали бы на неопредѣленное время то самое состояніе, которое они хотятъ уничтожить. Поэтому законамъ, вводящимъ большія соціальныя реформы, и придается, по большей части, обратное дѣйствіе. Этимъ мы закончимъ изложеніе настоящаго ученія и перейдемъ къ особому виду законодательной дѣятельности, извѣстному подъ именемъ „законодательной автономіи“.

6. Законодательная автономія.

Законодательной автономіей называютъ право, предоставленное отдѣльнымъ лицамъ или союзамъ лицъ, стоящимъ внѣ законодательнаго аппарата даннаго государства, давать себѣ самимъ, въ отграниченной имъ области, нормы объективнаго права, т. е. нормы, обязательныя не только для нихъ, но и для третьихъ лицъ. Это право предполагаетъ существованіе въ государствѣ высшей законодательной власти, которая допускаетъ лицъ, не принадлежащихъ къ ея составу, регулировать извѣстныя отношенія ими самими устанавливаемыми для себя нормами. Существуетъ мнѣніе, что эти нормы суть только титулы для субъективныхъ правъ, но съ этимъ мнѣніемъ трудно согласиться, такъ какъ автономія представляетъ собой нѣчто бо̀льшее, чѣмъ власть отдѣльныхъ лицъ распоряжаться своими субъективными правами. Это—созданіе нормъ объективнаго права, отличное отъ созданія законовъ тѣмъ, что оно исходитъ не отъ государственнаго законодательства, но еще болѣе отличное отъ установленія субъективныхъ правъ тѣмъ, что оно даетъ возможность несогласнымъ съ ними лицамъ избѣгать подчиненія этимъ нормамъ выходомъ изъ автономическаго союза [1]). Тѣмъ не менѣе, законодательная автономія не имѣетъ ни въ одномъ изъ современныхъ государствъ значенія самостоятельнаго источника права, такъ какъ она существуетъ лишь постольку, поскольку допускается государственной властью, и сводится въ результатѣ къ дѣятельности этой послѣдней. Поэтому законодательную автономію и можно теперь опредѣлять, вмѣстѣ съ Thöl'емъ, какъ законодательную дѣятель-

[1]) Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, стр. 81—82.

ность, подчиненную государственному законодательству и производную отъ него [1]).

Но въ прежнее время, когда государственная власть еще не окрѣпла, автономія была независимѣе и играла несравненно болѣе важную роль. Такъ, напр., въ Германіи, гдѣ имперское законодательство дѣйствовало до послѣдняго времени слабо, а обычное право не могло удовлетворить всѣмъ потребностямъ постоянно усложнявшейся жизни, нельзя было обойтись безъ такихъ источниковъ права, которые замѣняли бы до извѣстной степени ничтожную дѣятельность законодательства центральной власти. Этими источниками права и были юридическія нормы, которыя издавались главами феодальной организаціи, выступавшими при этомъ односторонне или вкупѣ съ сословіями; далѣе—нормы, которыя устанавливались владѣльцами городовъ, городскими магистратами, дѣйствовавшими также односторонне или вмѣстѣ съ представителями общинъ; наконецъ—такія же нормы, даваемыя себѣ цехами, университетами, главами знатныхъ дворянскихъ родовъ и различными союзами, создававшими для своихъ особыхъ цѣлей и свои особыя нормы. Эти нормы назывались статутами въ отличіе отъ законовъ, исходившихъ отъ центральной власти, и гораздо раньше, чѣмъ распалась Германская имперія, и изъ нея выдѣлились самостоятельныя государства и города, имъ принадлежало уже настоящее право законодательства: мѣстныя территоріальныя власти настолько усилились, а имперскія прерогативы настолько ослабѣли, что формальныя ограниченія мѣстнаго законодательства потеряли всякое значеніе.

Правда, граница между законодательными и автономическими постановленіями была во все теченіе среднихъ вѣковъ такъ же шатка и неопредѣленна, какъ и граница между государствомъ и корпораціей или нормой объективнаго и субъективнаго права. Равнымъ образомъ, и названіемъ статутовъ обозначались сначала не одни автономическіе, а всѣ вообще законы, кромѣ положеній римскаго права, и только послѣ Вестфальскаго мира, утвердившаго государственную власть за территоріальными государями, это названіе стало примѣняться къ однимъ автономическимъ постановленіямъ. Но тотъ же процессъ развитія, который велъ къ разграниченію закона отъ автономіи, суживалъ все болѣе и болѣе и область этой послѣдней. Средневѣковая теорія стояла за старый принципъ независимой автономіи, но новыя государства съ ихъ централистической тенденціей постарались поставить всѣ статуты въ зависимость отъ государственнаго утвержденія и, гдѣ это было возможно, уничтожить всякую автономію [2]).

---

[1]) Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, § 49.

[2]) Gierke, Deutsch. Pivatr., I, стр. 144—145. Stobbe, Handbuch, I, стр. 145—147.

Однако, и съ чрезвычайной централизаціей государственной власти и постоянно развивавшимся стремленіемъ къ однообразію права и устраненію юридическихъ особенностей мѣстной жизни, законодательная автономія не исчезла, а попала только подъ контроль и зависимость государственной власти. При такомъ контролѣ и зависимости и въ крайне ограниченномъ объемѣ—она признается кое-гдѣ и въ настоящее время. Признаніе это относится, главнымъ образомъ, къ корпораціямъ, хотя мнѣніе, по которому автономія можетъ принадлежать только корпораціямъ, нельзя считать правильнымъ. Гирке, авторъ классическаго сочиненія по корпоративному праву, идетъ даже такъ далеко, что соединяетъ понятія корпораціи и автономіи, утверждая, что „гдѣ автономія, тамъ и корпорація, гдѣ корпорація, тамъ и автономія“ [1]). Утвержденіе это неправильно уже потому, что изъ обусловленности автономіи въ настоящее время государственнымъ признаніемъ само собой слѣдуетъ, что государство можетъ предоставить ее и не корпораціи, напр., отдѣльному семейству, равно какъ и отказать въ ней любой корпораціи, напр., той или другой общинѣ, учрежденію и т. д. Такъ, во Франціи до 1789-го и въ Германіи до 1848-го года, рядомъ съ государственнымъ судомъ и отправленіемъ правосудія отъ имени верховной власти, существовала и патримоніальная судебная власть, какъ и въ современной Германіи, рядомъ съ общепризнаннымъ теперь принципомъ публичнаго права, по которому законодательство можетъ быть только государственное, дѣйствуетъ и институтъ законодательной автономіи въ отношеніи не только многихъ корпорацій, но и круговъ лицъ, не представляющихъ собой корпорацій. Съ другой стороны, и многія общины и корпораціи, какъ, напр., Вѣнскій университетъ, лишенныя законодательной автономіи, остаются все-таки корпораціями [2]).

Правда, нѣкоторые юристы считаютъ этотъ институтъ аномальнымъ, стоящимъ въ противорѣчіи съ современнымъ государственнымъ строемъ и представляющимъ собой не что иное, какъ историческую руину отъ существовавшаго нѣкогда строенія публичнаго права [3]). Но эта руина уцѣлѣла и теперь,—по крайней мѣрѣ, въ Германіи: 1), въ правѣ на самостоятельное законодательство двухъ городовъ въ Мекленбургѣ (Роштокъ и Висмаръ); 2), въ такъ назыв. „домовыхъ законахъ“ (Hausgesetze) нѣкоторыхъ высшихъ дворянскихъ родовъ и медіатизированныхъ территоріальныхъ владѣльцевъ, удержавшихъ за собой право на самостоятельное регулированіе своихъ имущественныхъ и семейныхъ отношеній, въ видѣ привилегіи и вознагражденія за утраченныя права верховной власти; 3), въ правѣ на автономію подъ условіемъ государственнаго утвержденія, предоставленномъ такимъ публич-

---

[1]) Gierke, Genossenschaftsrecht, III, стр. 392.

[2]) Stobbe, ук. соч., стр. 148.

[3]) Franken, Deutsches Privatrecht, стр. 49 и слѣд.

нымъ корпораціямъ, каковы, напр., церковь, городскія и сельскія общины, органы мѣстнаго самоуправленія, академіи, университеты и т. д., въ извѣстныхъ отношеніяхъ, если не гражданскаго, то публичнаго права. Нормы гражданскаго права изъяты, по общему правилу, изъ области вѣдѣнія этихъ корпорацій, не говоря уже о частныхъ корпораціяхъ, въ родѣ акціонерныхъ компаній. Статуты этихъ послѣднихъ не представляютъ собою не только нормъ гражданскаго права, но и вообще автономичныхъ нормъ, такъ какъ они основаны на государственномъ законѣ и служатъ не источниками права, а источниками юридическихъ отношеній въ предѣлахъ уже существующаго и стоящаго надъ ними закона. Ложное истолкованіе этихъ статутовъ со стороны суда есть нарушеніе не закона, а актовъ частной воли (только не договора), и можетъ сдѣлаться поводомъ не для кассаціоннаго производства, имѣющаго своимъ предметомъ надзоръ за правильнымъ и однообразнымъ примѣненіемъ законовъ, а для производства по существу дѣла, къ которому принадлежитъ разсмотрѣніе всѣхъ частныхъ актовъ. Выражая ту же мысль другими словами, мы можемъ сказать, что такіе статуты представляютъ собою проявленія такъ называемой „частной автономіи“, какъ права отдѣльныхъ лицъ и корпорацій на самостоятельное регулированіе своихъ юридическихъ отношеній въ предѣлахъ дѣйствующаго законодательства и, особенно, его диспозитивныхъ нормъ. Въ этомъ смыслѣ римляне говорили о „lex contractus“, „lex testamenti“ и т д., и эту автономію называютъ теперь „частной“—для того, чтобы отличить ее отъ автономіи въ смыслѣ объективнаго права, служащей источникомъ абстрактныхъ нормъ, обязательныхъ не только для лицъ, ихъ устанавливающихъ (вмѣстѣ съ ихъ юридическими преемниками), какъ это бываетъ въ случаяхъ „частной автономіи“, но и для всѣхъ вступающихъ съ ними въ сношенія третьихъ лицъ. Нормы послѣдняго рода называютъ также „statuta legalia“, въ отличіе отъ „statuta conventionalia“, характеризующихъ частную автономію и не имѣющихъ силы относительно третьихъ лицъ иначе, какъ въ случаяхъ, предписанныхъ закономъ. Существуетъ еще терминъ Observanz, которымъ обозначается образованіе обычнаго права изъ автономическихъ постановленій.

Что касается автономіи по дѣйствующему у насъ праву, то она признана въ извѣстныхъ границахъ за ландтагами въ Остзейскомъ краѣ, земскими собраніями въ русскихъ губерніяхъ, городскими, сельскими, волостными и другими обществами, корпораціями и учрежденіями, какъ религіозными, сословными, учеными, такъ и промышленными и торговыми (артельныя товарищества и акціонерныя компаніи) [1]. Но оговоримся, что эту авто-

[1]) Въ отношеніи къ послѣднимъ было бы правильнѣе говорить о частной, а не законодательной автономіи. Это различіе не замѣчается, между прочимъ, Малышевымъ въ его курсѣ гражданскаго права, стр. 309, гдѣ въ область авто-

номію можно называть законодательной не въ смыслѣ права на созданіе самостоятельныхъ нормъ публичнаго или гражданскаго права,—такой автономіи наше законодотельство, наравнѣ съ европейскими, не признаетъ теперь, въ принципѣ, ни за однимъ союзомъ, кромѣ государственнаго,—если не считать рѣдкихъ исключеній, обусловленныхъ особенностями мѣстнаго права въ Остзейскихъ губерніяхъ и въ Финляндіи. Это—скорѣе „административная“ или „общественная автономія“, состоящая въ правѣ того или другого учрежденія или общества на самостоятельное регулированіе своихъ внутреннихъ отношеній и распорядка своихъ дѣлъ въ предѣлахъ дѣйствующаго закона и предоставленной каждому изъ этихъ учрежденій и обществъ власти. Поэтому, основное условіе дѣйствительности автономическихъ постановленій лежитъ и у насъ въ томъ, чтобы они находились въ гармоніи съ общимъ законодательствомъ страны, не противорѣчили ему и не выходили за предѣлы власти, предоставленной тому или другому обществу или учрежденію: всякое уклоненіе отсюда ведетъ за собою отмѣну и необязательность автономическаго постановленія. Этой чертой автономическія постановленія отличаются рѣзко отъ мѣстныхъ законовъ, которые могутъ, какъ мы это знаемъ, отмѣнять въ данной мѣстности общіе законы государства и продолжать свое существованіе независимо отъ измѣненій въ общемъ законодательствѣ. Но той же чертой подчиненности закону автономическія постановленія сходятся съ правительственными распоряженіями, дѣйствительность которыхъ обусловлена, какъ намъ извѣстно, тоже тѣмъ, что они не выходятъ за предѣлы закона и власти издающаго ихъ учрежденія или лица. Различіе же между правительственными распоряженіями и автономическими постановленіями заключается въ производящихъ ихъ органахъ, которыми служатъ въ первомъ случаѣ государство и подчиненныя ему вѣдомства, во-второмъ — земство, городъ, корпорація и другія, хотя и подчиненныя государству, но тѣмъ не менѣе отличныя отъ него и самостоятельныя организаціи. Однако, цѣли тѣхъ и другихъ постановленій часто сходятся такъ близко, что эти постановленія могутъ до извѣстной степени замѣщать другъ друга: государство управляетъ иногда земскимъ и городскимъ хозяйствомъ черезъ свои органы, и, наоборотъ, земскія и городскія учрежденія получаютъ въ свое завѣдываніе такія отрасли законодательства и управленія, которыя сосредоточиваются обыкновенно въ рукахъ центральной власти.

Наше законодательство содержитъ въ себѣ извѣстныя правила о контролѣ центральной власти надъ органами самоуправленія, о предѣлахъ ихъ вѣдомства и порядкѣ разрѣшенія столкновеній какъ между этими

номіи введено и самостоятельное законодательство Финляндіи, восходящее на Высочайшее утвержденіе и не только отмѣняющее, но и замѣняющее собой для Финляндіи общее законодательство Имперіи.

органами, такъ и между ними и органами государственной власти. Мы обойдемъ эти вопросы, такъ какъ они не касаются гражданскаго права, и прибавимъ къ тому, что было уже сказано объ автономическихъ постановленіяхъ, только слѣдующее. Если для достиженія законныхъ цѣлей того или другого общества или корпораціи необходимо принятіе какихъ либо мѣръ, вызываемыхъ ходомъ его дѣлъ, или требуется установленіе правилъ внутренняго распорядка, внутреннихъ отношеній его членовъ въ допускаемыхъ закономъ предѣлахъ,—то право на такую внутреннюю автономію слѣдуетъ предполагать за каждымъ автономическимъ союзомъ въ силу одного факта его существованія. Подобная внутренняя автономія есть, по выраженію Блэкстона, столь же необходимая принадлежность юридическаго лица, какъ здравый разсудокъ есть принадлежность лица физическаго.

Форма автономическихъ постановленій и порядокъ ихъ изданія опредѣляются въ большей части случаевъ точными правилами закона, о которыхъ мы тоже не будемъ распространяться, ограничиваясь замѣчаніемъ, что обыкновенной формой этихъ постановленій являются протоколы или журналы засѣданій, а въ нѣкоторыхъ обществахъ, какъ напр., артеляхъ и сельскихъ сходахъ, дѣла ведутся обыкновенно словесно, приговоры общества часто не записываются, и доказательствами приговоровъ служитъ обычная практика; въ такомъ безформенномъ видѣ автономическія постановленія переходятъ въ область обычнаго права (Observanz, Usences). Что касается обязательной силы автономическихъ постановленій, то она вполнѣ зависитъ отъ ихъ законности, т. е. компетентности органовъ, отъ которыхъ они исходятъ, законности ихъ предмета, цѣли, содержанія, формы и порядка изданій. Постановленія противозаконныя признаются недѣйствительными, и, кромѣ того, при существованіи системы правительственнаго надзора и инстанцій, они могутъ быть отмѣнены какъ въ судебномъ, такъ и въ административномъ порядкѣ, съ привлеченіемъ къ отвѣтственности лицъ, виновныхъ въ превышеніи власти [1]).

Г. „Право юристовъ“, или юриспруденція.

То, что называется „правомъ юристовъ“ (Juristenrecht), или юриспруденціей, слагается изъ теоріи и практики, т.-е. теоретической разработки дѣйствующаго права и судебныхъ рѣшеній, взятыхъ въ отдѣльности или въ совокупности однородныхъ рѣшеній того или другого суда или той или другой категоріи судовъ. Представляетъ-ли собою такое право, разрабатываемое теоріей и развиваемое судебными рѣшеніями, самостоятельный источникъ права, или оно входитъ составной частью въ

[1]) Малышевъ, Курсъ общаго гражданскаго права Россіи, стр. 302—317.

обычное и законодательное право, этотъ вопросъ чрезвычайно споренъ и исполненъ до сихъ поръ неясностей—вслѣдствіе того, что при отвѣтѣ на него не дѣлается обыкновенно различія, во-1), между положеніемъ этого вопроса въ прошломъ и настоящемъ, во-2), между теоретическимъ (научнымъ) и практическимъ (судебнымъ) „правомъ юристовъ", и, въ-3), между общимъ и индивидуальнымъ правообразованіемъ. Принявъ во вниманіе эти различія, намъ удастся, можетъ быть, очистить вопросъ о роли юриспруденціи въ ряду источниковъ права отъ окружающихъ его сомнѣній и отвѣтить на него опредѣленнѣе, чѣмъ это дѣлается въ ходячихъ учебникахъ римскаго и гражданскаго права, равно какъ и въ посвященныхъ ему монографіяхъ.

Прежде всего надо замѣтить, что всюду, гдѣ образуется особый классъ юристовъ, онъ оказываетъ могучее вліяніе на ходъ правообразованія, и чѣмъ сильнѣе это вліяніе, тѣмъ болѣе все право носитъ тотъ или другой отпечатокъ „права юристовъ". Этотъ неоспоримый фактъ выступаетъ особенно ярко въ исторіи римскаго права, гдѣ все развитіе права шло въ несравненно бо̀льшей степени путемъ судебной практики, чѣмъ законодательства. То же повторилось и въ исторіи германскаго права, гдѣ начатки права юристовъ можно наблюдать еще въ средневѣковомъ судѣ шеффеновъ, откуда они перешли въ круги профессіональныхъ юристовъ и получили особенное значеніе въ періодъ рецепціи римскаго права, произведенной, какъ извѣстно, помимо всякаго законодательнаго акта, силою судебныхъ рѣшеній и работы юриспруденціи, воспитанной на чужомъ правѣ и враждебной старому народному обычному праву. Отсюда уже видно, какъ неправы были Савиньи и Пухта, когда они называли юристовъ органомъ народнаго правосознанія и ставили, въ видѣ правила, не допускающаго исключеній, то положеніе, что правосознаніе юристовъ есть зеркало „народнаго духа". Противъ этого взгляда возражалъ еще Безелеръ [1]), и теперь онъ можетъ считаться устраненнымъ въ виду установленности того факта, что въ кругу юристовъ, какъ и въ другихъ общественныхъ кругахъ, господствуютъ часто теченія, не затрогивающія народной массы и остающіяся для нея совершенно чуждыми.

Но прежде, чѣмъ останавливаться на различіи „права юристовъ" отъ обычнаго права, которое для вожаковъ „исторической школы"

---

[1]) Beseler. Volksrecht und Juristenrecht, 1843, стр. 71. Критику Безелера нельзя, однако, считать ни исчерпывающей, ни разрушительной для доктрины основателей исторической школы. „Право юристовъ", даже въ смыслѣ науки права, оставалось и для Безелера самостоятельнымъ источникомъ права, когда оно не противорѣчило фактически народному правосознанію. Слѣдовательно, и Безелеръ не видѣлъ того, что право возникаетъ изъ жизни, а не изъ теоретической спекуляціи, и что юристы только открываютъ, а не создаютъ права, въ смыслѣ его обязательнаго дѣйствія, подобно тому, какъ вращеніе земли и тяготѣніе были открытіями, а не созданіями Коперника и Ньютона.

было общимъ источникомъ всѣхъ юридическихъ нормъ, мы разсмотримъ вкратцѣ 3 главныхъ формы выраженія „права юристовъ“ въ жизни. Эти формы суть: судебное рѣшеніе, судебная практика и наука права. Отдѣльное разсмотрѣніе этихъ формъ тѣмъ необходимѣе, что матеріальное вліяніе юриспруденціи на созданіе и примѣненіе права, какъ бы значительно оно ни было, не то же самое, что ея формальное участіе и способы этого участія въ томъ же правосозданіи. И только при утвердительномъ отвѣтѣ и на этотъ послѣдній вопросъ мы могли бы говорить объ юриспруденціи, какъ о самостоятельномъ источникѣ права въ техническомъ смыслѣ этого понятія. А такъ какъ отвѣтъ на этотъ вопросъ не можетъ быть одинаковъ для всѣхъ трехъ формъ юриспруденціи, то намъ и приходится разсмотрѣть каждую изъ нихъ врозь отъ двухъ другихъ.

1. Судебное рѣшеніе.

О судебномъ рѣшеніи говорятъ, что оно есть переложеніе абстрактной нормы въ конкретную [1]). Въ дѣйствительности судебное рѣшеніе есть созданіе права на данный случай, и уже поэтому оно носитъ на себѣ печать творчества. Логическая операція умозаключенія отъ дѣйствующаго права къ данному случаю,—операція, въ которой видятъ обыкновенно существо судебнаго рѣшенія,—есть только его форма, хотя и необходимая, но вовсе не характерная для него. Эта форма не отличаетъ судебнаго рѣшенія отъ другихъ предпринимаемыхъ нами рѣшеній, не имѣющихъ ничего общаго съ судебными. Судебное рѣшеніе, какъ и всякій сознательный актъ воли, имѣетъ основаніе въ нашей мыслительной дѣятельности, но значеніе его для права лежитъ не въ этой мыслительной дѣятельности. Оно лежитъ, съ одной стороны, въ авторитетномъ, т.-е. исходящемъ отъ государственной власти установленіи права, и съ другой—въ индивидуальномъ характерѣ устанавливаемаго имъ правосозданія. Этимъ послѣднимъ признакомъ, т.-е. индивидуальнымъ правообразованіемъ, судебное рѣшеніе отличается рѣзко отъ закона, который имѣетъ въ виду, если не говорить о привилегіяхъ, цѣлые ряды сходныхъ между собою случаевъ, содержа въ себѣ, поэтому, условныя и общія опредѣленія права, относящіяся только къ будущему. Судебное рѣшеніе, напротивъ, имѣетъ дѣло съ индивидуализированными отношеніями, лицами и событіями, принадлежащими прошлому и настоящему, и его опредѣленія всегда конкретны и безусловны. Говоря иначе, законъ выражается общѣе и дѣйствуетъ дальше, чѣмъ судебное рѣшеніе, которое, въ свою очередь, превосходитъ законъ своей непосредственностью и безусловностью въ конкретномъ регулированіи настоящаго. Но признакомъ

[1]) Gierke, Deutsch. Privatr., I, стр. 177.

авторитетнаго, т.-е. государственнаго установленія права, судебное рѣшеніе и сходится съ закономъ, представляющимъ собою то же авторитетное, т.-е. исходящее отъ государства объявленіе о томъ, что̀ должно быть и что̀ не должно быть правомъ. Въ этомъ отношеніи судебное рѣшеніе не только равносильно закону, но и сильнѣе закона въ смыслѣ практическаго регулированія жизни, которое можетъ обходиться и дѣйствительно обходится долго въ исторіи права безъ закона, но не обходится безъ viva vox, т. е. живого слова судебнаго рѣшенія. Это и понятно, такъ какъ законъ, по мѣткому замѣчанію Бюлова, есть не дѣйствующее право, а только планъ или проектъ будущаго и желаемаго правопорядка, приготовленіе или попытка къ его осуществленію. Онъ даетъ приказы относительно того, что̀ должно быть соблюдаемо, какъ право, и что̀—нѣтъ, и если эти приказы исполняются безпрекословно людьми съ развитымъ чувствомъ долга и законности, то неразуміе, небрежность, своекорыстіе и страсти большинства человѣческаго рода ставятъ непреодолимыя преграды добровольному слѣдованію этимъ приказамъ. Поэтому правовой порядокъ не можетъ считаться обезпеченнымъ при существованіи однихъ такихъ приказовъ, и поэтому же, рядомъ съ законодательнымъ аппаратомъ и даже преимущественно предъ нимъ, государство держитъ наготовѣ суды, обезпечивающіе во всѣхъ случаяхъ исполненіе его приказовъ.

Такимъ образомъ, судебная дѣятельность помогаетъ закону осуществлять и продолжать только начатое имъ дѣло поддержанія правового порядка, и лишь непрерывному отправленію этой дѣятельности мы обязаны тѣмъ, что, въ предѣлахъ возможнаго, правовой порядокъ становится тѣмъ, чѣмъ онъ долженъ быть, т.-е. властью, возвышающейся надъ всякимъ личнымъ произволомъ и дѣйствительно управляющей жизнью общества. Слѣдовательно, судебное рѣшеніе—такъ же, какъ и законъ,—есть устанавливающій право актъ государственной власти, и оно—такъ же, какъ законъ,—надѣлено полнотой принудительной власти, принадлежащей государству. Судебное рѣшеніе носитъ въ себѣ, можно сказать, всю силу права, удерживаемую имъ даже тогда, когда оно противорѣчитъ закону. Поэтому и послѣднее слово въ дѣлѣ конкретнаго установленія и поддержанія правового порядка принадлежитъ не закону, а судебному рѣшенію. Правосозданіе не завершается закономъ,—оно завершается судебнымъ рѣшеніемъ. „Не законъ, а законъ и судебная власть даютъ народу его право“,—этими словами Бюловъ заканчиваетъ свою интересную статью, посвященную анализу закона и судебнаго рѣшенія [1]).

Если таково значеніе судебнаго рѣшенія въ современномъ правѣ, которое ограничиваетъ судью при постановленіи его рѣшеній предѣлами дѣйствующаго права, представляющаго огромное развитіе законодательной дѣятельности, то значеніе это было еще больше и въ недалекомъ отъ

[1]) Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885.

насъ прошломъ, когда законодательство не проявляло такой энергіи, какъ въ новое время и, при неопредѣленности своихъ источниковъ, оставляло огромный просторъ какъ научно-догматическому, такъ и судебному творчеству въ правѣ. Не далѣе, какъ въ XVIII в. господствовалъ взглядъ, который считалъ такъ наз. „communis opinio doctorum", т.-е. общее мнѣніе юристовъ, обязательнымъ для всѣхъ судовъ источникомъ права, и еще въ половинѣ прошлаго столѣтія извѣстный германистъ Maurenbrecher предлагалъ въ случаяхъ разногласія между авторитетными юристами рѣшать спорные вопросы, опираясь на государственное признаніе, по большинству выраженныхъ въ пользу того или другого мнѣнія голосовъ [1]).

Это „общее мнѣніе юристовъ" входитъ въ составъ догматической юриспруденціи, о которой мы будемъ говорить послѣ, а что касается судебнаго рѣшенія, то о причисленіи его къ источникамъ права не можетъ быть рѣчи потому, что, во-1), оно постановляется только на данный случай, и, во-2), ни одинъ судъ не связывается формально ни своими предшествующими рѣшеніями, ни рѣшеніями другихъ судовъ. Единственное исключеніе изъ этого правила—допускаемое какъ нашимъ, такъ и европейскими законодательствами въ пользу рѣшеній высшаго кассаціоннаго суда, отмѣняющихъ сразу или при вторичномъ постановленіи рѣшенія по существу дѣла другихъ судовъ, обязанныхъ въ этомъ случаѣ сообразоваться съ данными имъ указаніями,—имѣетъ силу закона лишь для того дѣла, которое служитъ предметомъ даннаго кассаціоннаго рѣшенія, и не распространяется на другія, даже однородныя дѣла, по которымъ каждый судъ сохраняетъ полную свободу сужденія [2]). Слѣдовательно, и это исключеніе не колеблетъ основнаго различія между судебнымъ рѣшеніемъ и источникомъ права, не ограничивающимъ своего дѣйствія какимъ-либо однимъ дѣломъ.

Такимъ образомъ, творчество судебнаго рѣшенія, какъ оно ни несомнѣнно, есть лишь индивидуальное творчество, и ни одно судебное рѣшеніе не выходитъ за предѣлы регулируемаго имъ отношенія. Поэтому считать судебное рѣшеніе источникомъ права можно было бы лишь въ

---

[1]) Maurenbrecher, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, 1840, I, стр. 30—34, 72, 114 и слѣд.

[2]) Ст. 811—813 Уст. Гражд. Судопр. Ст. 5 Code civil. Нѣмецкій Уставъ Гражд. Судоустр. (§ 137) и имперскій законъ 17 марта 1886 г. предписываютъ отдѣленіямъ (сенатамъ) высшаго имперскаго суда не отступать по подлежащимъ ихъ разсмотрѣнію вопросамъ права отъ рѣшеній другихъ отдѣленій (сенатовъ) этого суда или общаго собранія его отдѣленій—иначе, какъ съ согласія общаго собранія тѣхъ же отдѣленій. Но эти постановленія нѣмецкаго закона касаются только внутренняго распорядка дѣлъ имперскаго суда и имѣютъ цѣлью поддержать единство его практики, не затрогивая принципа свободы сужденія всѣхъ судовъ. См. Stobbe, Handb., I, стр. 188—189, и Gierke, ibid., стр. 177—178.

томъ случаѣ, если бы понятіе источниковъ права принималось въ широкомъ смыслѣ, которымъ охватывалось бы какъ общее, расчитанное на будущее, такъ и индивидуальное, регулирующее одно настоящее правосозданіе. Разъ же мы принимаемъ понятіе источниковъ права въ тѣсномъ смыслѣ, въ которомъ оно предполагаетъ абстрактную норму, разсчитанную на неопредѣленное число случаевъ примѣненія, то судебное рѣшеніе, представляющее собой конкретную норму, само собой исключается изъ этого понятія.

2. Судебная практика.

Иначе обстоитъ дѣло съ судебной практикой. Это—не единичное рѣшеніе того или другого суда по тому или другому дѣлу, а цѣлый рядъ однородныхъ по однороднымъ же вопросамъ судебныхъ рѣшеній, свидѣтельствующихъ о всеобщемъ, однообразномъ и долговременномъ примѣненіи извѣстныхъ положеній права той или другой категоріей судовъ. Въ прежнее время этой практикѣ судебныхъ рѣшеній придавали даже силу такого общаго правосозданія, которое стоитъ наравнѣ съ закономъ и обычнымъ правомъ. Это значеніе имѣли въ средніе вѣка рѣшенія императорскаго и нѣкоторыхъ особенно прославившихся судовъ шеффеновъ, какъ, напр., въ Магдебургѣ и Лейпцигѣ, и позже—рѣшенія юридическихъ факультетовъ, Reichskammergericht'a и другихъ высшихъ судебныхъ учрежденій, не только служившія руководствомъ для низшихъ судовъ, но и примѣнявшіяся ими на томъ же основаніи, что и законы. Такъ смотрѣла на судебные прецеденты и теорія „общаго права“ въ Германіи [1]), оправдывая этимъ взглядомъ какъ свое собственное существованіе, такъ и совершившійся фактъ рецепціи римскаго права. Того же взгляда и въ отношеніи къ современному праву держатся еще многіе новые юристы, какъ напр., Дернбургъ, называющій судебную практику „родственнымъ съ обычнымъ правомъ и самостоятельнымъ источникомъ права, состоящимъ въ общемъ, однообразномъ и многолѣтнемъ упражненіи того или другого положенія права въ судахъ“ [2]). Но этотъ взглядъ нельзя признать правильнымъ—по крайней мѣрѣ, для современнаго права. Не говоря объ отсутствіи соотвѣтственныхъ законодательныхъ постановленій,—во многихъ случаяхъ мы имѣемъ даже прямо противорѣчащія ему указанія въ новыхъ законодательствахъ [3]) — надѣленіе прецедентовъ судебной практики формально-обязательной силой, равной силѣ закона и обычнаго права, не можетъ быть оправдано и по слѣдующимъ соображеніямъ.

---

[1]) Stobbe, ibid., стр 184—185.

[2]) Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrecht, I, стр. 132, и Пандекты (русск. перев.), I, стр. 74.

[3]) См., напр, ст. 10 и 12 австрійскаго гражданскаго кодекса и ст. 6 прусскаго Landrecht'a (Einleitung).

Оно противорѣчило бы общепризнанному теперь принципу свободы судебнаго сужденія и увѣковѣчивало бы разъ сдѣланныя въ судебной практикѣ ошибки. Наконецъ, имъ унижалась бы какъ практическая, такъ и теоретическая юриспруденція, и ставился бы тормазъ развитію какъ той, такъ и другой. Судебное рѣшеніе,—все равно, возьмемъ-ли мы отдѣльное рѣшеніе или цѣлый рядъ однородныхъ рѣшеній,—не имѣетъ формально-обязательной силы для будущихъ рѣшеній, и это можно удостовѣрить приведенными выше постановленіями новыхъ процессуальныхъ законодательствъ, которыя признаютъ рѣшеніе высшаго суда обязательнымъ для низшаго только на данный случай и предоставляютъ какъ тому, такъ и другому суду, при соблюденіи извѣстныхъ формъ, отступаться отъ ранѣе высказанныхъ воззрѣній и по однороднымъ дѣламъ.

Тѣмъ не менѣе, судебную практику, въ отличіе отъ судебнаго рѣшенія, слѣдуетъ признать источникомъ права въ особомъ смыслѣ, различномъ отъ того, въ какомъ имъ же считаютъ законъ и обычай, а именно—въ смыслѣ источника права, лишеннаго формально-обязательной силы, но все таки связывающаго судью и поэтому уже имѣющаго основаніе притязать на квалификацію источника права. Довольно бѣглаго взгляда на исторію права и практику современныхъ судовъ, чтобы увидѣть, въ какой мѣрѣ судебныя рѣшенія опредѣлялись прежде и опредѣляются до сихъ поръ примѣрами рѣшеній авторитетныхъ судовъ. Прецеденты играютъ и теперь скорѣе слишкомъ много, чѣмъ слишкомъ мало роли въ произнесеніи судебныхъ рѣшеній, и баварскій Codex Maximilianeus, вмѣстѣ съ прусскимъ Landrecht'омъ, тщетно запрещали судьямъ ссылаться на авторитетъ ученыхъ юристовъ и судебныхъ рѣшеній. Ничто не можетъ помѣшать судьѣ составить свое убѣжденіе на основаніи предшествующихъ судебныхъ рѣшеній, которыми онъ руководствуется сначала сознательно, съ увѣренностью въ ихъ внутреннемъ достоинствѣ, а потомъ — и по инерціи. Они оказываютъ на судью не только нравственное и практическое вліяніе, но и навязываются его убѣжденію съ такой силой, которую можно сравнить лишь съ авторитетомъ священныхъ книгъ въ извѣстныя эпохи или такъ назыв. „писаннаго разума“ времени рецепціи римскаго права въ Зап. Европѣ. И судья подчиняется этому авторитету съ тѣмъ большей готовностью, что онъ освобождается этимъ самымъ отъ необходимости личнаго изслѣдованія вопросовъ, оставленныхъ въ тѣни формально дѣйствующими источниками права. Если уже каждое отдѣльное дѣйствіе того или другого лица вызываетъ въ равныхъ условіяхъ свое повтореніе и дѣлается предметомъ подражанія, напряженность котораго служитъ показателемъ того, насколько это дѣйствіе можетъ имѣть значеніе общаго правила, то еще болѣе склонности къ повторенію и подражанію обнаруживаютъ судебныя рѣшенія и, особенно, цѣлые ряды однородныхъ судебныхъ рѣшеній, представляющіе собой не столько акты индивидуальной воли, сколько распоряженія авторитетныхъ органовъ государственной власти.

Исходя отъ этихъ органовъ, они кажутся даже примѣненіемъ абстрактныхъ нормъ и выраженіемъ требованія справедливости о равномъ обсужденіи равныхъ случаевъ. Поэтому они и примѣняются судами во всѣхъ случаяхъ сомнѣнія и имѣютъ за себя презумпцію правильности, условленную отсутствіемъ пересиливающихъ и опровергающихъ ее основаній. Если эта презумпція не опровергнута, суды слѣдуютъ установившейся практикѣ и отступаютъ отъ нея лишь тогда, когда неправильность оправдывающей эту практику презумпціи выступаетъ съ полной опредѣленностью [1]).

Но судъ не измѣняетъ легко своей практики уже по соображеніямъ объ обезпеченности права и однообразіи его примѣненія, а низшій судъ, не побуждаемый очень уважительными мотивами, не постановляетъ рѣшеній, отмѣны которыхъ онъ можетъ ждать со стороны высшаго суда. Такъ открывается путь, на которомъ устанавливается судебный обычай (usus fori), и очень часто многолѣтняя и однообразная судебная практика въ болѣе или менѣе широкой области права утверждается на основаніи убѣжденія въ юридической обязательности какого-либо постоянно примѣняемаго положенія права. Вотъ почему судебный обычай, возникающій описаннымъ сейчасъ путемъ, легко переходитъ въ обычное право, и этотъ переходъ можно считать завершившимся, когда утрачивается память о судебномъ источникѣ даннаго обычая.

Однако, судебный обычай отличается отъ обычнаго права слѣдующей важной чертой. Обычное право устанавливается, какъ это намъ уже извѣстно, юридической практикой лицъ, его примѣняющихъ. Напротивъ, судебный обычай возникаетъ не изъ практики примѣняющихъ его лицъ, а изъ практики государственнаго органа, выражающаго въ немъ не общественное, а только свое, судебное воззрѣніе на право. Поэтому судебный обычай и есть особый источникъ права, отличный какъ отъ народнаго обычнаго права, съ которымъ онъ вступаетъ иногда, какъ мы это видѣли, даже въ отношеніе противоположенія, такъ и отъ другихъ источниковъ права, съ которыми судебный обычай расходится потому, что ему недостаетъ формально-обязательной силы. Эта сила замѣняется добровольнымъ подчиненіемъ судебному обычаю сначала одного лишь устанавливающаго его органа—судебнаго сословія, а потомъ и всего или части приспособляющагося къ нему общества. Черезъ этотъ обычай судебное сословіе принимаетъ участіе въ правообразованіи, и не только индивидуальномъ, но и общемъ, такъ какъ, и не обладая формально-обязательной силой, этотъ обычай опредѣляетъ собою судебную практику не только на данный случай, но и на будущее время, подымаясь этимъ самымъ на степень источника права.

---

[1]) Hölder, Pandekten, стр. 36—38. Gény, Méthodes d'interprétation, стр. 418—438.

Ничего не можетъ быть проще отрицанія за судебной практикой значенія источника права на томъ основаніи, что она лишена формально-обязательной силы и имѣетъ своей главной задачей не созданіе, а примѣненіе права. Но такое отрицаніе было бы только просто, а не правильно, если считать правомъ то, что̀ дѣйствуетъ и осуществляется въ жизни. Кромѣ того, оно не соотвѣтствовало бы ни дѣйствительности, ни установленному выше понятію источника права. Несоотвѣтствіе съ дѣйствительностью состояло бы въ томъ, что судебная практика не только примѣняетъ, но и творитъ право, а несоотвѣтствіе съ понятіемъ источника права лежало бы въ томъ, что этимъ послѣднимъ предполагается именно то творчество, которое характеризуетъ судебную практику. Вспомнимъ, сверхъ приведенныхъ примѣровъ изъ исторіи нѣмецкаго права, англійское common law, представляющее собой не что иное, какъ практику высшихъ судовъ, и современное французское право, состоящее въ несравненно бо̀льшей степени изъ судебной практики, чѣмъ изъ устарѣлыхъ положеній гражданскаго кодекса.

Не нужно лишь забывать, что источникомъ права, отличнымъ отъ закона и обычая, но тѣмъ не менѣе источникомъ настоящаго объективнаго права, служитъ только однородная судебная практика, а не судебное рѣшеніе, взятое въ отдѣльности. Это послѣднее никогда не имѣетъ законнаго авторитета ни для какого дѣла, кромѣ того, по которому оно постановлено, и поэтому уже представляетъ собою всегда индивидуальное правообразованіе и конкретную норму, а не общее правообразованіе и неабстрактную норму, предполагаемыя понятіемъ источника права.

3. Наука права.

Насколько наука права, въ смыслѣ систематической разработки дѣйствующаго права (догматическое правовѣдѣніе), можетъ быть причислена къ источникамъ права въ техническомъ значеніи этого понятія, мнѣнія на этотъ счетъ расходятся. Господствующій теперь взглядъ, который мы считаемъ правильнымъ, исходитъ изъ того положенія, что право можетъ быть создано только волей, а не знаніемъ, и на этомъ основаніи отвергаетъ такъ назыв. „право науки“ въ смыслѣ самостоятельнаго источника права. Сюда присоединяются слѣдующія соображенія.

Если подъ „правомъ науки“ понимать право, создаваемое юристами и обязательное не только для нихъ, но и для третьихъ лицъ,—иначе не могло бы быть и рѣчи о самостоятельномъ источникѣ права,—то, прежде всего, слѣдовало бы доказать существованіе нормы, которая признавала бы за юристами способность къ созданію такого права. Необходимость этого доказательства очевидна, и никто его не приводитъ. Правда, мы знаемъ законодательства, какъ, напр., римское, учреждавшія для юристовъ,

какъ таковыхъ, или ихъ отдѣльныхъ представителей столь авторитетное положеніе, что рѣшенія ихъ почитались равными по своей силѣ закону. Таково было, напр., установленное для римскихъ юристовъ императоромъ Августомъ jus respondendi, то расширявшееся, то ограничивавшееся однородными распоряженіями императоровъ Адріана, Константина, Ѳеодосія II и Валентиніана III. Но въ положительномъ правѣ европейскихъ народовъ мы не находимъ ничего похожаго на такое возведеніе индивидуальныхъ взглядовъ юристовъ на степень формально-обязательнаго источника права, и жалѣть объ этомъ не приходится, такъ какъ исключительное господство юристовъ въ отправленіи правосудія и законодательствѣ было бы такъ же нежелательно, какъ и приписываемое имъ нѣмецкой „исторической школой“ представительство народа въ дѣлѣ образованія обычнаго права. Пусть они ставятъ себѣ задачей не только теоретическую разработку права, но и воспитаніе общества, и привлеченіе его къ возможному участію въ развитіи права, но они не могутъ сдѣлать своихъ индивидуальныхъ воззрѣній на право непосредственно обязательными для этого общества, какъ не могутъ сдѣлать обязательными и своихъ толкованій на существующее помимо нихъ положительное право [1]).

Объ юридическихъ нормахъ, имѣющихъ своимъ источникомъ науку права, можно было бы говорить только въ томъ случаѣ, если бы мы представляли себѣ юридическую норму и ея возникновеніе иначе, чѣмъ эти понятія представляются намъ въ примѣненіи къ закону и обычному праву. Въ этомъ случаѣ мы должны были бы отождествить, съ одной стороны, раскрытіе и познаніе нормы съ ея созданіемъ и сообщеніемъ ей обязательнаго дѣйствія, и съ другой — условный авторитетъ догматическихъ положеній права съ безусловнымъ авторитетомъ закона и обычнаго права. Но эти понятія слишкомъ различны для того, чтобы ихъ можно было отождествлять, и уже поэтому представленіе о наукѣ права, какъ о самостоятельномъ источникѣ права, должно быть оставлено [2]).

Приведенная аргументація кажется неоспоримой, но она не мѣшаетъ распространенности и другого воззрѣнія, которое, ведя свое начало отъ Пухты и Савиньи, было долгое время даже господствующимъ и раздѣляется еще въ настоящее время такими видными юристами, какъ Thöl, Виндшейдъ, Гольдшмитъ, Регельсбергеръ и др. [3]). Это воззрѣніе, озабоченное болѣе всего сведеніемъ всего правообразованія къ „народному духу“, считаетъ юристовъ, какъ это было уже замѣчено, „представителями“ народа въ области права и ставитъ въ этомъ смыслѣ науку права, вмѣстѣ съ судебной практикой,

---

[1]) Bierling, Iuristische Principienlehre, II, 1898, стр. 339—340.

[2]) Hölder, ук. соч., стр. 51.

[3]) Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, стр. 52. Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, стр. 55 и слѣд. Windscheid-Kipp, Pand., § 16 in fine, стр. 89—90.

на одну доску съ обычнымъ правомъ, какъ однородный съ нимъ источникъ права и необходимый къ нему придатокъ, уже поэтому надѣленный, въ условіяхъ дѣйствія обычнаго права, всей полнотой обязательной силы. Не безъ противорѣчія этому основному тезису „исторической школы", Пухта училъ, что наука служитъ источникомъ права лишь настолько, насколько „положенія ея истинны и соотвѣтствуютъ народному духу", а новѣйшіе юристы, какъ напр., Регельсбергеръ, считаютъ научныя положенія обязательными не потому, что они исходятъ отъ какого-нибудь авторитетнаго органа правообразованія, а потому, что они „научно-истинны". Значитъ, насколько наука права причисляется теперь къ источникамъ права, настолько же она попадаетъ въ это положеніе подъ условіемъ научной истинности своихъ ученій.

Этотъ взглядъ вызываетъ противъ себя сверхъ того, что было уже сказано, еще слѣдующія возраженія. Прежде всего, категоріи „истиннаго" и „неистиннаго" едва-ли примѣнимы къ догматической теоріи права, гдѣ дѣло идетъ о дѣйствующемъ и недѣйствующемъ, а не объ истинномъ и неистинномъ правѣ Затѣмъ, ограничивать примѣненіе научныхъ положеній случаями, въ которыхъ судья признаетъ ихъ истинность, значитъ лишать эти положенія характера нормъ, стоящихъ надъ судьей. Подчиненность нормы усмотрѣнію судьи заключаетъ въ себѣ возможность отверженія ея, и это уже указываетъ на несоизмѣримость подобной нормы съ закономъ и обычаемъ, какъ формами созданія объективнаго права. Отсюда слѣдуетъ и невозможность уравненія нормы, обсуждаемой въ своей истинности судьей, съ дѣйствительными источниками права. Наконецъ, несостоятельность разсматриваемаго взгляда раскроется вполнѣ, если мы отдадимъ себѣ отчетъ въ томъ, что можно понимать подъ „истинностью" научныхъ положеній права. Предметъ догматической науки права составляетъ дѣйствующее или такъ назыв. положительное право. Поэтому найденное наукой положеніе права можетъ быть истинно въ догматическомъ смыслѣ лишь въ томъ случаѣ, если доказана принадлежность его къ составу дѣйствующаго права. Вопросъ берется здѣсь не de lege ferenda, a de lege lata, т.-е. съ точки зрѣнія не того права, которое желательно, а того, которое существуетъ. Даже открывая въ составѣ дѣйствующаго права скрытыя въ немъ, или такъ назыв. „латентныя" положенія права, наука показываетъ только то, что они входятъ въ дѣйствующее право. Слѣдовательно, принимая обязательность догматическихъ положеній въ предѣлахъ ихъ истинности, мы считаемъ ихъ таковыми не иначе, какъ въ составѣ элементовъ дѣйствующаго и существующаго помимо науки права. Вотъ почему догматическія положенія черпаютъ свою силу не изъ науки, а изъ положительнаго права, и наука, указывая только на ихъ существованіе въ положительномъ правѣ, не можетъ быть сама признана источникомъ права въ техническомъ смыслѣ этого выраженія.

Изъ сказаннаго видно, что догматическая наука права имѣетъ

своей задачей не примѣненіе и не созданіе обязательныхъ юридическихъ нормъ, а изученіе дѣйствующаго права. Творчество ея можетъ быть только научнымъ, но отнюдь не внѣшне-обязательнымъ. Оно состоитъ въ созданіи не практическихъ, а дидактическихъ положеній права, которыя дѣлаются практическими только тогда, когда они переходятъ въ нормы обычнаго или законодательнаго права. Непосредственно наука права только открываетъ практическія положенія, но не надѣляетъ ихъ обязательной силой ни на всѣ, ни на отдѣльные случаи. Что же касается дидактическихъ положеній, то въ установленіи ихъ выражается настоящее творчество науки права, удостовѣренное всей исторіей права и не могущее подлежать сомнѣнію уже со времени извѣстной намъ статьи Іеринга („Unsere Aufgabe“), написанной болѣе, чѣмъ полвѣка тому назадъ. Это творчество проявляется не въ предложеніи готовыхъ формулъ для отдѣльныхъ случаевъ, разрѣшеніе которыхъ въ обыкновенныхъ условіяхъ доступно судьѣ и безъ помощи научной доктрины. Въ этихъ условіяхъ догматическое правовѣдѣніе призвано скорѣе учиться у судьи, чѣмъ учить его. Но когда судебная практика ставится лицомъ къ лицу съ важными хозяйственными, правовыми и соціальными вопросами, въ которыхъ она не можетъ вполнѣ разобраться, или съ такими новыми проблемами, разрѣшеніе которыхъ требуетъ обширной научной подготовки, отсутствующей обыкновенно у людей практики, — помощь науки права дѣлается неоцѣненной. Поэтому, и не обладая формально-обязательной силой, догматическія положенія права, — особенно, если они выступаютъ цѣльно и имѣютъ за себя болѣе или менѣе общее признаніе юристовъ, — пользуются свободнымъ авторитетомъ и оказываютъ огромное вліяніе какъ на судебную практику, такъ и на законодательство черезъ посредство убѣжденія, хотя и не стѣсняющаго свободы судьи и законодателя, но все-таки останавливающаго того и другого отъ отступленія безъ достаточно вѣскихъ основаній и отъ только догматически установленныхъ положеній права. Это вліяніе сходно съ вліяніемъ судебной практики, хотя и выражается въ менѣе энергичной и болѣе субъективной формѣ. Оно сказывается въ обоихъ случаяхъ съ особенной силой по вопросамъ, не разрѣшеннымъ или невполнѣ разрѣшеннымъ наличными формальными источниками права, и постепенно распространяется на широкіе общественные круги, гдѣ имъ само собой вызываются и соотвѣтственныя образованія обычнаго права. Правда, что главнымъ источникомъ этого послѣдняго служитъ въ настоящее время судебная практика, но это не исключаетъ подобнаго же дѣйствія и науки права. Gény, въ своемъ не разъ уже цитированномъ сочиненіи, приводитъ рядъ случаевъ, въ которыхъ французская судебная практика измѣняла подъ вліяніемъ научной доктрины прежде принятымъ ею взглядамъ; онъ же указываетъ и на совершенно обыкновенные случаи постепеннаго проникновенія этой доктрины въ ту же судебную практику [1]).

[1]) Gény, указ. соч., стр. 440.

Законы, пытавшіеся стѣснить свободный авторитетъ науки, оставались всегда тщетными или вели къ результатамъ, не входившимъ, вѣроятно, въ разсчеты ихъ составителей: процвѣтанію ремесленныхъ комментаріевъ на дѣйствующее законодательство и пониженію уровня судебной практики. Эта послѣдняя, если она желаетъ стоять на высотѣ культурныхъ задачъ своего времени, не запирается никогда отъ вліянія науки.

Такимъ образомъ, авторитетъ научной догмы можетъ превратить ея положенія изъ дидактическихъ въ практическія, но это будетъ дѣломъ законодательства или обычнаго права, какъ народнаго, такъ и судебнаго, а не дѣломъ науки. Обязательная сила догматическихъ положеній будетъ лежать не въ наукѣ, которая ихъ открываетъ, а въ томъ источникѣ права, который ими овладѣваетъ. Сама наука права не выступаетъ какъ источникъ права въ формальномъ смыслѣ этого понятія. Ея главная задача состоитъ въ томъ, чтобы выразить дѣйствующее право въ абстрактной формѣ и отыскать внутреннюю связь его положеній. Съ этой цѣлью она возводитъ путемъ синтеза отдѣльныя положенія права къ принципамъ, приводитъ эти послѣдніе въ связь между собой (юридическая конструкція) и изъ этихъ же принциповъ выводитъ путемъ анализа ихъ послѣдствія, не покидая никогда почвы соціальныхъ отношеній [1]).

Только такая дѣятельность юриста-догматика заслуживаетъ названіе научной, хотя она и не ограничивается систематической разработкой права, какъ связаннаго во всѣхъ своихъ частяхъ цѣлаго, и распространяется еще на два имѣющія большое значеніе ученія. Это—ученія о толкованіи и аналогіи права, относимыя обыкновенно къ области примѣненія закона и излагаемыя въ видѣ дополненія къ его теоріи. Мы находимъ правильнѣе помѣщеніе этихъ ученій въ отдѣлѣ „права юристовъ“, такъ какъ они, во 1), основаны на этомъ правѣ, во 2), касаются не одного закона, и въ 3), такъ же необязательны, въ смыслѣ нормъ объективнаго права, и такъ же ограничены свободнымъ изслѣдованіемъ и внутреннимъ авторитетомъ, дѣйствующимъ черезъ убѣжденіе, какъ и всѣ другія научныя построенія. Разсмотримъ теперь каждое изъ этихъ ученій въ отдѣльности.

А) Толкованіе права.

Изъ положенія, что судья долженъ знать и примѣнять дѣйствующее право въ каждомъ предложенномъ на его рѣшеніе случаѣ (jura novit curia), само собой слѣдуетъ, что на его обязанности лежитъ и толковать это право, т.-е. объяснять себѣ его смыслъ, если онъ представляетъ какія-либо неясности или пробѣлы. Отсюда же слѣдуетъ, что толкованіе, или интерпретація права, которую называютъ также юридической гер-

[1]) Ср. Gierke, Deutsches Privatr., I, стр. 180—182.

меневтикой, имѣетъ своимъ предметомъ не только законъ, но и всѣ другіе источники права, и не только такіе, какъ обычное право, автономическія постановленія и правительственныя распоряженія, заключающія въ себѣ юридическія нормы, но и такіе, какъ судебныя рѣшенія, юридическія сдѣлки и т. д. Но въ отношеніи къ обычному праву, какъ народному, такъ и судебному, толкованіе права совпадаетъ съ констатированіемъ его примѣненія и не имѣетъ того значенія, что въ отношеніи къ закону, гдѣ юридическая норма выражена въ словахъ закона, и ближайшая задача толкованія состоитъ въ объясненіи этихъ словъ. Этимъ обстоятельствомъ, равно какъ и преобладающей ролью закона въ ряду источниковъ права всѣхъ народовъ, достигающихъ извѣстнаго культурнаго развитія, объясняется и установившаяся терминологія по настоящему вопросу, постоянно называющая толкованіе права толкованіемъ закона. Требуетъ исправленія и другая терминологическая неточность, соединяющая толкованіе права съ его неясностью и заставляющая думать, что ему не можетъ быть мѣста тамъ, гдѣ смыслъ закона ясенъ и не допускаетъ сомнѣній. Мы считаемъ это представленіе неточнымъ только въ терминологическомъ смыслѣ, такъ какъ оно не проводится практически даже тѣми юристами, которые принимаютъ его по одной лишь традиціи. Никто не сомнѣвается теперь въ томъ, что законы заключаютъ въ себѣ не только неясности, но и пробѣлы, для пополненія которыхъ приходится толковать и совершенно ясные законы,—такъ же, какъ никѣмъ не оспаривается и то, что и ясные законы могутъ содержать въ себѣ ошибки и противорѣчія, раскрываемыя путемъ толкованія. Поэтому можно говорить только о большей трудности толкованія неясныхъ законовъ, но не объ ограниченіи толкованія одними случаями неясности закона.

Необходимо отличать два рода толкованія права, изъ которыхъ одинъ не составляетъ собственно толкованія. Это—такъ назыв. легальное или аутентическое толкованіе, состоящее въ объясненіи одного закона другимъ, придающимъ себѣ обратное дѣйствіе. Мы имѣемъ здѣсь по существу новый законъ и только по формѣ—истолкованіе стараго, которое исходитъ отъ власти, издающей всѣ законы и препоручавшей это истолкованіе подчиненнымъ органамъ государственнаго управленія лишь до установленія современнаго конституціоннаго строя (таковы были, напр., французскій Conseil d'Etat времени Первой Имперіи и отчасти Реставраціи, прусская Законодательная Комиссія, нашъ старый Государственный Совѣтъ и т. д.). Само собой разумѣется, что и дѣйствіе такого толкованія, обусловленное внѣшнимъ авторитетомъ законодательной власти и обязательное для всѣхъ и каждаго, рѣзко отличается отъ свободнаго толкованія, основаннаго на научномъ изслѣдованіи, ни для кого формально не обязательнаго и черпающаго свою силу только изъ внутренняго авторитета своихъ результатовъ. Этотъ послѣдній родъ толкованія есть толкованіе въ настоящемъ смыслѣ этого слова, и его называютъ, въ от-

личіе отъ аутентическаго, научнымъ или доктринальнымъ толкованіемъ, подраздѣляемымъ, въ свою очередь, на узуальное, или судебное, отправляемое судами, и чисто-доктринальное, или теоретическое, имѣющее своимъ органомъ юристовъ-теоретиковъ. Нѣкоторые писатели считаютъ узуальное толкованіе видомъ аутентическаго, а не доктринальнаго толкованія, и мотивируютъ этотъ взглядъ оффиціальнымъ источникомъ и этого толкованія [1]). Но мы не можемъ согласиться съ этимъ взглядомъ, такъ какъ, исходя и отъ органовъ государственной власти, узуальное толкованіе обязательно лишь на данный случай и характеризуется не только пріемами научнаго изслѣдованія, но той же свободой отъ внѣшняго авторитета, что̀ и чисто-доктринальное толкованіе [2]).

Однако, между теоретическимъ и судебнымъ толкованіемъ есть и существенное различіе. Первое происходитъ въ тиши кабинета ученаго, вдали отъ конфликта интересовъ, и носитъ абстрактный характеръ, не связанный съ разрѣшеніемъ какого бы то ни было конкретнаго случая. Второе, напротивъ, имѣетъ дѣло только съ отдѣльными конкретными случаями, къ которымъ приходится приспособлять тѣ или другія нормы права, и оно неминуемо отражаетъ на себѣ и фактическую обстановку этихъ случаевъ, и противорѣчащіе другъ другу интересы; это толкованіе — по необходимости, конкретно и ограничено условіями даннаго случая [3]).

Оба вида доктринальнаго толкованія основаны на законахъ логики и всей совокупности общественнаго знанія. Поэтому правила толкованія законовъ одинаковы для всѣхъ системъ права, достигающихъ извѣстнаго развитія, хотя въ исторіи и этого вопроса можно отмѣтить 3 указанныя Контомъ стадіи развитія. Первая стадія соотвѣтствуетъ теологическому строю мысли и отождествляетъ законъ съ его словами. Слово разсматривается какъ мысль, неотдѣлимая отъ своего выраженія во внѣ. Воля и ея внѣшній знакъ составляютъ одно цѣлое, и слово принимаетъ значеніе, которое можетъ принадлежать только волѣ. „Нигдѣ—писалъ Іерингъ—эта вѣра въ слова не была такъ глубока, какъ въ древнемъ Римѣ. Культъ слова управлялъ всѣми отношеніями публичной и гражданской жизни, религіей, обычаями, правомъ. Для древняго Рима слово было властью: оно связывало и развязывало“. То же можно сказать о средневѣковомъ германскомъ и другихъ системахъ древняго права, гдѣ чисто словесная интерпретація предшествуетъ интерпретаціи по смыслу права и составляетъ вездѣ начальную стадію нормальнаго юридическаго развитія. Вторая стадія есть метафизическая и видитъ все право въ волѣ законодателя. Почитаніе этой воли замѣняетъ прежнее преклоненіе передъ словами

---

[1]) См., напр., Unger, System, I, стр. 96—97.

[2]) Единственное исключеніе изъ правила о свободѣ судебныхъ рѣшеній было приведено выше (стр. 338).

[3]) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 2-e éd., 1904, стр. 60.

закона, и все толкованіе права сводится къ объясненію воли законодателя. Текстъ закона остается точкой отправленія изслѣдованія, но отношеніе къ нему существенно измѣняется: его берутъ не въ словесномъ, а въ психологическомъ и логическомъ смыслѣ, и не изолированно, а въ связи со всѣмъ законодательствомъ, отъ отдѣльныхъ положеній котораго восходятъ къ принципамъ и строятъ этимъ путемъ систему права. Логическая оправа, называемая ratio juris, дѣлается душой этой интерпретаціи, подставляющей логическія категоріи подъ фактическія отношенія и подчиняющей послѣднія первымъ. Это—такъ назыв. „логическая интерпретація“, исходящая, какъ будто, отъ воли законодателя, но въ дѣйствительности переступающая ее своими абстракціями. Третья стадія, соотвѣтствующая современному уровню научнаго правовѣдѣнія, видитъ въ правѣ не волю законодателя, а соціальное явленіе, корни котораго лежатъ въ фактическихъ отношеніяхъ и потребностяхъ соціальной жизни. Законодатель имѣетъ лишь частичное сознаніе объ этомъ правѣ, и именно потому, что это сознаніе частично, право должно истолковываться въ смыслѣ не только воли его авторовъ, но и источниковъ этой воли, т.-е. потребностей соціальной жизни.

Такимъ образомъ, толкованіе права связывается сначала только съ выраженіемъ воли его автора въ словахъ закона; орудіемъ этого толкованія служатъ законы языка. Затѣмъ, толкованіе права связывается съ содержаніемъ воли законодателя, раскрываемымъ путемъ формальной логики. Наконецъ, оно переходитъ къ источникамъ этой воли, дѣлая необходимымъ изслѣдованіе соціальной дѣйствительности, и только съ этого времени толкованіе права, вмѣстѣ со всѣмъ гражданскимъ правовѣдѣніемъ, вступаетъ въ циклъ соціальныхъ наукъ [1]).

Въ современной юриспруденціи господствуетъ еще логическая интерпретація, различіе которой отъ научнаго толкованія требуетъ особаго поясненія. Обоснованное Савиньи и господствующее до сихъ поръ ученіе утверждаетъ, что толкованіе законовъ должно всегда становиться на точку зрѣнія законодателя и быть, такъ сказать, реконструкціей, или воспроизведеніемъ его мысли [2]). Но возведеніе воли законодателя въ основной принципъ толкованія было не открытіемъ Савиньи, а однимъ изъ отраженій въ юриспруденціи теологіи, гдѣ давно учили понимать Писаніе такъ, какъ его понималъ его божественный творецъ. Вспомнивъ то, что мы говорили выше объ исторической связи теологіи съ юриспруденціей, намъ станетъ понятнымъ, почему въ той и другой области торжествовала одна и та же историко-экзегетическая точка зрѣнія, и почему въ этомъ положеніи дѣла не измѣнили ничего и такіе крупные представители философской мысли XVII в., какъ Гуго Гроцій и Лейбницъ, вліяніе которыхъ

[1]) Eycken, Méthode positive de l'interprétation juridique, 1907, стр. 395—404.
[2]) Savigny, System, I, стр. 215 и слѣд.

на Савиньи было весьма значительно. Руководящій принципъ ученія Савиньи соотвѣтствовалъ исторической герменевтикѣ: правила толкованія диктовались изслѣдованіемъ историческихъ документовъ, и этотъ же принципъ былъ выраженъ еще юристомъ XVI ст. Донеллемъ въ слѣдующихъ словахъ: „non enim lex est quod scriptum est, sed quod legislator voluit". Въ защиту этого преобладающаго и въ настоящее время взгляда ссылаются обыкновенно на то, что законъ есть документъ, удостовѣряющій волю законодателя. Толкуя его, надо поступать такъ, какъ поступаютъ при толкованіи всѣхъ документовъ, и возстановлять его смыслъ историческимъ путемъ.

Но противъ такой аналогіи между толкованіемъ законовъ и толкованіемъ историческихъ документовъ возражалъ еще Тибо, знаменитый антагонистъ Савиньи, говоря, что „подданные связываются только тѣмъ, что̀ обнародывается какъ законъ: если бы для нихъ было обязательно знакомство путемъ исторіи съ духомъ законовъ, это слѣдовало бы предписать особымъ законамъ" [1]). Противъ же отождествленія историческаго и юридическаго толкованія законовъ говоритъ еще слѣдующее немаловажное соображеніе. Задача юриста существенно различна отъ задачи историка, и, имѣя дѣло съ законодательнымъ документомъ, первый преслѣдуетъ не тѣ цѣли, что̀ послѣдній: онъ ищетъ не знанія историческаго факта и его связи съ другими такими же историческими фактами, а обезпеченности права и удовлетворенія законнымъ потребностямъ жизни. Обезпеченность права, ограждая общество отъ войны всѣхъ противъ всѣхъ, и идя, по мнѣнію Бентама, впереди даже требованія распредѣлительной справедливости, есть высшій принципъ юриспруденціи, и толкованіе законовъ служитъ только средствомъ для его проведенія въ жизнь. Выходя изъ этихъ соображеній, выраженныхъ съ особенной силой Іерингомъ, многіе изъ новыхъ юристовъ, въ ряду которыхъ стоятъ Тёль, Биндингъ, Данцъ, Вахъ, Колеръ, Hölder и др., [2]) возстаютъ рѣшительно противъ сведенія всего ученія о толкованіи законовъ къ объясненію воли законодателя и склоняются скорѣе къ взгляду Тибо. Другими словами, они переставляютъ центръ тяжести этого ученія отъ его субъективнаго момента на объективный, указывая ему руководство не столько волей законодателя, сколько тѣмъ, какъ эта воля выражена и воспринята въ соотвѣтствіи съ цѣлью закона и удовлетворяемыми имъ потребностями.

---

[1]) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung, 1806.

[2]) Thöl, Einleitung, стр. 150; Das Handelsrecht, I, стр. 83—84. Binding, Handbuch des Strafrects, 1885, I, стр. 454—457. Wach, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts, 1885, I, стр 254. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1906, стр. III—IV; его-же—Rechtssprechung nach dem Volksanschauung und nach dem Gesetze, 1908. Kohler, Ueber die Interpretation von Gesetzen, въ Zeitschr. f. Pr. und öffentl. Recht, 1886, B. XIII, стр. 1—61; его-же—Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, стр. 123—130. Hölder, Pandekten, стр. 41—50.

Особенно далеко въ этомъ направленіи идетъ Колеръ, изъ статьи котораго, цитированной въ предшествующемъ примѣчаніи, мы приведемъ нѣсколько важнѣйшихъ положеній.

Рѣшающее значеніе при толкованіи законовъ должно принадлежать не волѣ законодателя, а волѣ закона (voluntas legis), о которой говорили еще римскіе юристы, употребляя это выраженіе не въ психологическомъ, а въ телеологическомъ смыслѣ—достиженія поставленной предъ закономъ цѣли. Поэтому законъ долженъ сопровождаться не тѣми юридическими послѣдствіями, которыя имѣлись въ виду его составителями, а тѣми, которыя вытекаютъ изъ его цѣли и составляютъ условіе или результатъ ея достиженія. Законодатель могъ, конечно, создать законъ и не создать его; въ созданіи закона выразился актъ воли законодателя. Но разъ этотъ актъ воли совершенъ черезъ обнародованіе закона, онъ отдѣляется отъ законодателя и получаетъ самостоятельность, вступая въ связь съ другими законами и производя непосредственно или посредственно такія юридическія послѣдствія, которыя могли совсѣмъ не входить въ намѣреніе законодателя и лежатъ далеко за предѣлами его умственнаго горизонта. Думать, что законодатель можетъ предвидѣть всѣ послѣдствія создаваемаго имъ закона, значило бы то же, что ставить жизнь и идеи взрослаго человѣка въ зависимость отъ физіологическаго акта его рожденія. Какъ ни одинъ родитель не можетъ знать, что станетъ впослѣдствіи съ его ребенкомъ, такъ и отъ законодателя ускользаетъ часто значительная часть юридическаго и экономическаго содержанія издаваемаго имъ закона; примѣненіе его можетъ представить совсѣмъ другую картину, чѣмъ та, которая рисовалась предъ законодателемъ. Отдѣленный отъ законодателя, законъ составляетъ въ отношеніи къ нему нѣчто новое, почти чуждое ему; и изслѣдованіе его юридическаго дѣйствія есть такая же новая задача, какъ, напр., для композитора исполненіе его музыкальнаго произведенія.

Если бы господствующее воззрѣніе на причинную связь между юридическими послѣдствіями закона и волей законодателя было вѣрно, то органы законодательства были бы вмѣстѣ съ тѣмъ лучшими, даже единственными хорошими истолкователями законовъ. И дѣйствительно, оставаясь вѣрнымъ своей исходной точкѣ, господствующее ученіе видитъ въ предварительныхъ работахъ по составленію законовъ и оффиціальныхъ къ нимъ мотивахъ ближайшіе и вѣрнѣйшіе источники для ихъ толкованія, предполагая, что и рѣчи членовъ парламента, доклады и голосованіе по тому или другому закону, или работы членовъ правительства по изготовленію его проектовъ, мотивовъ и т. д., заслуживаютъ преимущества предъ всѣми другими способами объясненія смысла законовъ. Съ этимъ взглядомъ связано утверждаемое и теперь многими юристами положеніе, по которому объясненія, данныя по поводу тѣхъ или другихъ законовъ лицами, принадлежащими къ органамъ законодательной власти,

признаются родомъ оффиціальной или аутентической интерпретаціи, обязательной для судей. Въ основаніе этого взгляда кладутъ предположеніе о согласіи всѣхъ факторовъ законодательной власти относительно смысла даннаго закона, и въ этомъ согласіи находятъ твердую почву для пониманія закона и фиксированія его интерпретаціи. Но противъ этого предположенія говоритъ прежде всего то, что согласіе факторовъ законодательства можетъ относиться только къ тексту закона, а не къ его мотивамъ, которые могутъ быть отклонены и безъ того, чтобы это обстоятельство оставило какой бы то ни было слѣдъ въ текстѣ закона, или содѣйствовало выясненію его смысла. Можно сказать еще болѣе, а именно, что и согласіе въ отношеніи къ тексту закона является въ большинствѣ случаевъ результатомъ компромисса интересовъ различныхъ лицъ и партій, которыя исходятъ часто изъ діаметрально противоположныхъ точекъ зрѣнія. Поэтому къ обсужденію закона въ парламентѣ или какомъ-либо иномъ законодательномъ собраніи можетъ быть менѣе, чѣмъ въ какихъ бы то ни было обстоятельствахъ, примѣнена поговорка: qui tacet consentiri videtur (кто молчитъ, тотъ соглашается). Объясненія министровъ и другихъ лицъ остаются нерѣдко безъ отвѣта по чисто внѣшнимъ причинамъ, и предполагать, что мнѣніе монарха или другого фактора законодательства совпадаетъ всегда съ мнѣніемъ остальныхъ факторовъ того же дѣла, было бы, по меньшей мѣрѣ, произвольно. Но допуская даже общее согласіе всѣхъ факторовъ законодательства въ пониманіи того или другого закона установленнымъ, мы все-таки должны были бы признать, что это согласіе не заключаетъ въ себѣ ничего обязательнаго, такъ какъ оно стоитъ внѣ текста закона и безразлично для его дѣйствія. Законодатель дѣйствуетъ только словами закона, а то, что имъ и его сотрудниками объясняется помимо этихъ словъ, относится къ области ихъ индивидуальныхъ воззрѣній на законъ, которыя такъ же мало связываютъ насъ, какъ и всѣ прочія индивидуальныя воззрѣнія. Говорить, что эти воззрѣнія перешли въ законъ и сдѣлались его составной частью, мы не имѣемъ основанія, такъ какъ законодательные органы могутъ говорить словами закона только то, что говорятъ эти слова. Наконецъ, изъ господствующаго взгляда слѣдовала бы возможность ссылаться въ доказательство того или другого пониманія закона не только на оффиціальные мотивы и парламентскіе акты, но и на частные документы и переписку отдѣльныхъ министровъ и депутатовъ—для того, чтобы узнать образъ мыслей всѣхъ, кто участвовалъ въ составленіи закона. Можно было бы просить и о допросѣ этихъ лицъ для установленія смысла, который они придавали различнымъ статьямъ голосованнаго ими закона, и привлечь съ этой же цѣлью къ обсужденію даже ихъ избирательныя рѣчи и воззванія. Тогда толкованіе законовъ обратилось бы въ нѣчто, подобное частной инквизиціи: законы упали бы со своего пьедестала на плоскость частныхъ вожделѣній и индивидуальныхъ воззрѣній, и если когда-то Византійскій

законодатель, связавшій свое имя съ тѣми сборниками, по которымъ училась и учится до сихъ поръ праву вся Европа, объявлялъ, что ему одному, какъ законодателю, принадлежитъ интерпретація законовъ, и если онъ нашелъ въ этомъ отношеніи подражателя въ лицѣ прусскаго Фридриха II, то исторія давно уже произнесла свой приговоръ надъ этими ничего незначущими и тщеславными притязаніями. Поэтому мы и можемъ сказать, что если „проникновеніе въ душу законодателя“, о которомъ говоритъ Виндшейдъ, составляетъ чрезвычайно трудную задачу для толкованія законовъ даже въ томъ случаѣ, когда законодатель выступаетъ въ единственномъ числѣ, то задача эта дѣлается совершенно неразрѣшимой въ современныхъ конституціонныхъ государствахъ, гдѣ въ составленіи текста закона и его голосованіи участвуетъ множество лицъ, мысли и воля которыхъ направлены въ различныя стороны.

Оспаривая господствующій взглядъ на предварительныя работы по составленію законовъ, Колеръ не отрицаетъ и извѣстнаго значенія этихъ работъ, о которомъ мы будемъ говорить нѣсколько ниже, и приходитъ къ заключенію, что задачей толкованія законовъ должно быть поставлено не воспроизведеніе воли законодателя, а изслѣдованіе цѣли закона и извлеченіе содержащихся въ немъ принциповъ права. Извлеченіе принциповъ есть „высшая“, а объясненіе словъ и смысла закона—„низшая“ интерпретація, и если „низшая“ интерпретація составляетъ ближайшую цѣль толкованія законовъ и предположеніе „высшей“ интерпретаціи, то эта послѣдняя представляется важнѣйшей и тѣмъ болѣе необходимой отраслью этого ученія, что ею объединяется и разрѣшается масса детальныхъ вопросовъ права, для которыхъ отдѣльныя постановленія законовъ оказываются, по бо́льшей части, недостаточными. Законы и устанавливаемыя ими положенія права представляютъ собой, по мѣткому выраженію Іеринга, „практическія острія права“, не содержащія въ себѣ обыкновенно никакихъ принциповъ; они могутъ только намекать на эти послѣдніе, и дѣло „высшей“ интерпретаціи—обнаружить принципы, скрытые въ законѣ и обусловливающіе производимый имъ практическій результатъ. Положеніе юриста подобно положенію натуралиста, который, исходя изъ наблюденій надъ внѣшними явленіями, приходитъ къ заключенію о дѣйствующей въ нихъ силѣ, и въ дѣлѣ толкованія законовъ весь вопросъ состоитъ въ томъ, какими средствами располагаетъ юристъ для раскрытія скрытыхъ въ законѣ принциповъ и заключеній отъ внѣшняго проявленія этихъ принциповъ къ ихъ внутреннему основанію.

Такими средствами являются: 1), разсмотрѣніе законодательства въ его цѣломъ, такъ какъ ничего не можетъ быть вреднѣе для пониманія законовъ, какъ расщепленіе ихъ на куски и оперированіе этими кусками; 2), исторія права, какъ своего, такъ и чужого, вмѣстѣ съ сравненіемъ того и другого, дающимъ возможность судить, какъ аналогичныя потребности вызываютъ и аналогичное регулированіе, какъ практическое при-

мѣненіе закона наводитъ на новыя задачи, и какъ одно толкованіе разрѣшаетъ ихъ удовлетворительнѣе, чѣмъ другое; 3), изслѣдованіе цѣли закона, составляющее главную задачу какъ „высшей“, такъ и „низшей“ интерпретаціи.

Смыслъ низшей интерпретаціи лежитъ въ томъ, что, объясняя прежде всего слова закона, она составляетъ въ то же время необходимое условіе высшей интерпретаціи — точно такъ же, какъ въ естественныхъ наукахъ все зависитъ отъ точности первоначальныхъ наблюденій. Въ этомъ отношеніи нужно всегда помнить, что законъ есть нѣчто тѣлесное, проникнутое духовнымъ началомъ. Это тѣлесное и составляютъ слова закона, оказывающіяся не простымъ средствомъ доказательства, а необходимыми носителями содержащагося въ законѣ духовнаго начала. Слова представляютъ собою здѣсь не только оповѣщеніе, но и осуществленіе мысли закона, получающей тѣлесность черезъ эти слова. То, что не прошло черезъ посредство слова, можетъ быть не закономъ, а развѣ попыткой къ его созданію, не имѣющей юридическаго значенія. Если, напр., органы законодательной власти не приняли какого-нибудь закона, то его не можетъ существовать, каковы бы ни были мотивы, руководившіе законодателями. Они могли считать этотъ законъ само собою подразумѣваемымъ и излишнимъ; но то, что имъ казалось излишнимъ, можетъ не имѣть для насъ того же значенія. Внѣ закона остается равнымъ образомъ и все то, что законодатели высказали объ его содержаніи и смыслѣ помимо текста закона: взгляды, не вошедшіе въ его текстъ, способны служить для освѣщенія закона лишь до вступленія его въ силу, и это освѣщеніе можетъ представиться намъ какъ правильнымъ, такъ и неправильнымъ. Объ обязательномъ же значеніи мнѣній, высказанныхъ законодателями, или выраженій, употребленныхъ ими внѣ текста закона, и объ обязательной силѣ ихъ предварительныхъ работъ — не можетъ быть рѣчи. Все, что приводилось въ пользу противоположнаго взгляда, объясняется недостаточнымъ сознаніемъ той простой истины, что закономъ можетъ быть признано только то, что нашло осуществленіе въ его словахъ.

Поэтому вопросъ о словахъ закона играетъ существенную роль въ ученіи объ интерпретаціи. Здѣсь говорятъ обыкновенно о грамматической интерпретаціи, понимая подъ ней установленіе смысла закона на основаніи правилъ языка; но вѣрнѣе было бы говорить о грамматическомъ установленіи возможнаго содержанія закона, и это представляется не столько интерпретаціей, сколько приготовленіемъ къ интерпретаціи. На этомъ основаніи большинство современныхъ юристовъ и отвергаетъ извѣстное подраздѣленіе интерпретаціи на грамматическую и логическую. Правда, толкованіе старыхъ и, особенно, иностранныхъ законовъ требуетъ часто извѣстныхъ филологическихъ знаній; новые законы говорятъ также особымъ языкомъ и употребляютъ техническія выраженія, повтореніе которыхъ въ сходныхъ условіяхъ придаетъ имъ особый смыслъ,

различный отъ того, какой они имѣютъ въ другихъ условіяхъ. Но простое воспріятіе словъ безъ соотвѣтственной логической дѣятельности не можетъ привести къ пониманію смысла закона уже потому, что слова не обладаютъ объективнымъ содержаніемъ, отдѣлимымъ отъ мысли. Мысль есть внутреннее и субъективное явленіе душевнаго міра, не допускающее объективированія. Слова, на ряду со всякими иными знаками, какъ бы точны они ни были, не даютъ мысли и служатъ при толкованіи только опорными пунктами для воспроизведенія мысли. Грамматическое толкованіе законовъ, если бы оно оставалось вѣрнымъ себѣ и ограничивалось примѣненіемъ правилъ языка, не вело бы ни къ какимъ результатамъ уже потому, что слова закона могутъ имѣть различный смыслъ, и, кромѣ того, мы вернулись бы съ нимъ къ буквоѣдству до-классической римской или еврейско-талмудической юриспруденціи. Существу толкованія законовъ соотвѣтствуетъ одно логическое толкованіе, понимаемое, однако, не въ смыслѣ охарактеризованнаго выше объектированія юридическихъ понятій, а только въ смыслѣ слѣдованія законамъ логическаго мышленія и методамъ научной работы. Въ этомъ смыслѣ всякое толкованіе есть вмѣстѣ съ тѣмъ логическое, и правила юридическаго толкованія суть въ то же время правила логики, особенно обязательныя для юристовъ. Поэтому новыя законодательства, въ числѣ которыхъ мы находимъ какъ французскій Code civil, такъ и послѣднее нѣмецкое гражданское уложеніе, и воздерживаются отъ предписанія какихъ бы то ни было правилъ для толкованія законовъ, относя это дѣло къ области вѣдѣнія науки и руководимой ея указаніями судебной практики. Такимъ образомъ, грамматическое и логическое толкованіе суть двѣ различныя стороны одной и той же интерпретативной дѣятельности, и если нѣкоторые юристы, какъ напр., Вехтеръ, учили, что грамматическая интерпретація опредѣляетъ то, что̀ можетъ сказать законъ, а логическая — то, что̀ онъ дѣйствительно говоритъ, то отсюда уже слѣдуетъ, что рѣчь можетъ идти лишь о двухъ элементахъ интерпретаціи, а не о двухъ различныхъ интерпретаціяхъ, и что съ такъ назыв. грамматической интерпретаціей мы не истолковываемъ еще ничего, а только вступаемъ въ процессъ толкованія.

Обращаясь теперь ко второму, духовному моменту закона, мы можемъ сказать, что онъ состоитъ въ цѣли закона (ratio legis), которая такъ же находитъ свое выраженіе въ его словахъ, представляющихъ собою въ этомъ смыслѣ уже не мертвыя слова, а такія слова, въ которыхъ реализуется духовный элементъ закона: его идея и цѣль. Чѣмъ яснѣе при этомъ слова закона, тѣмъ живѣе выступаетъ въ нихъ и его цѣль. Но такъ какъ всякое выраженіе идеи, вслѣдствіе своихъ свойствъ относительности и несовершенства, достаточно отдалено отъ самой идеи, то и цѣль закона не познается вполнѣ изъ его словъ. Она познается изъ потребностей общества, удовлетворяемыхъ путемъ регулированія соотвѣтствующихъ имъ отношеній, и на этихъ полюсахъ, объединяемыхъ даннымъ

законодательнымъ актомъ,—т.-е. потребностяхъ общества и удовлетворяющихъ имъ нормахъ,—устанавливается и цѣль закона при неудовлетворительномъ выраженіи этой цѣли въ его словахъ. На первый планъ выдвигаются, съ одной стороны, соціальныя состоянія, которымъ данный законъ приходитъ на помощь, и съ другой—способы регулированія этихъ состояній, которые въ данное время и въ данномъ мѣстѣ удовлетворяютъ наилучшимъ образомъ потребности въ такомъ регулированіи. Тамъ—соображеніе причинъ закона и потребностей, вызвавшихъ его къ жизни; здѣсь—соображеніе средствъ законодательной помощи, возможныхъ въ моментъ составленія закона. Внѣ этихъ соображеній нельзя было бы отвѣтить на вопросъ, какой изъ многообразныхъ потребностей народной жизни служитъ данный законъ, и какой изъ различныхъ способовъ законодательнаго регулированія той или другой потребности слѣдуетъ признать наиболѣе подходящимъ и соотвѣтствующимъ данной общественной обстановкѣ. Но соображеніе соціальныхъ состояній, къ утвержденію или устраненію которыхъ стремится законъ, составляетъ только отрицательную сторону его цѣли, которой толкователь закона не можетъ удовольствоваться уже потому, что пробиваемые закономъ пути для воздѣйствія на данныя соціальныя состоянія бываютъ различны. Необходимо опредѣлить и положительную сторону цѣли закона, состоящую не въ законодательной помощи, какъ таковой, а въ родѣ этой помощи, который опредѣляется опять направленіемъ идей и соціальныхъ теченій времени, соотвѣтствующаго изданію закона. Однимъ изъ главныхъ средствъ для опредѣленія этихъ идей и теченій служитъ исторія права, о которой было уже говорено. Затѣмъ, положительная цѣль закона можетъ опредѣляться и связью его съ другими законами, иначе — систематическимъ значеніемъ толкуемаго закона и отношеніемъ его къ установленнымъ уже принципамъ права. Это ведетъ къ высшей интерпретаціи, которая предполагаетъ низшую и становится къ ней въ отношеніе взаимодѣйствія. Возьмемъ, напр., французскій законъ о разводѣ въ случаяхъ „излишествъ, жестокостей и крупныхъ оскорбленій“. Воля законодателя идетъ здѣсь на разрѣшеніи развода въ указанныхъ имъ случаяхъ, но цѣль закона—помочь супругамъ, терпящимъ отъ несогласной жизни въ бракѣ. Этой цѣлью опредѣляется какъ воля законодателя, такъ и практическое значеніе закона.

Наконецъ, въ этомъ порядкѣ идей получаютъ свое настоящее значеніе и предварительныя работы по составленію законовъ. Эти работы представляютъ собою важное вспомогательное средство для ближайшаго установленія повода (occasio legis) и цѣли закона, но, въ качествѣ такого средства интерпретаціи, онѣ стоятъ рядомъ съ другими средствами, не составляя ни единственнаго, ни преимущественнаго предъ ними источника для опредѣленія цѣли закона. Практическій казусъ, указывающій на потребность въ данномъ законѣ, мнѣніе свѣдущихъ людей или спеціалистовъ, высказанное по поводу предполагаемаго закона, законодательство

сосѣдняго государства, послужившее образцомъ для того же закона,—все это настолько же важные матеріалы для телеологическаго объясненія закона, какъ и мотивы правительства или парламентскія пренія. Всѣ эти матеріалы имѣютъ то важное значеніе, что они указываютъ на интересы, которымъ законъ покровительствуетъ, на потребности, которымъ онъ стремится удовлетворить, и на теченія мысли, которыя господствуютъ въ эпоху его составленія. Другими словами, эти матеріалы служатъ способами установленія круга культурныхъ стремленій и интересовъ, которые находятъ свое выраженіе въ законѣ, и изъ которыхъ только и можетъ быть познана его истинная цѣль.

Поэтому и выдѣленіе исторической интерпретаціи изъ другихъ видовъ толкованія законовъ такъ же невѣрно, какъ и противоположеніе грамматической интерпретаціи логической. Какъ двѣ послѣднія представляютъ собою элементы одной и той же интерпретаціи, такъ точно и историческая интерпретація не имѣетъ самостоятельнаго значенія—по крайней мѣрѣ, въ догматическомъ правовѣдѣніи,—входя составнымъ элементомъ въ одну и ту же общую интерпретативную дѣятельность юриста. Всякое юридическое толкованіе опредѣляется практическими цѣлями, а не цѣлями историческаго знанія, и эта мысль можетъ быть иллюстрирована особенно ярко на толкованіи юридическихъ сдѣлокъ, которому посвящены превосходныя и цитированныя выше работы Данца. Не останавливаясь на этомъ вопросѣ, мы не можемъ не упомянуть о различіи между такъ назыв. распространительнымъ и ограничительнымъ толкованіемъ, вмѣстѣ съ примыкающей сюда же формой толкованія, извѣстной подъ именемъ argumentum a contrario.

Распространительное (interpretatio extensiva) и ограничительное (interpr. restrictiva) толкованія примѣняются при несоотвѣтствіи между словеснымъ и логическимъ смысломъ толкуемаго закона, когда оказывается, что его слова говорятъ или меньше, или больше того, что̀ слѣдуетъ изъ логическаго смысла закона. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ распространительное толкованіе, идущее отъ указаннаго въ текстѣ закона видоваго понятія на неуказанное, но предполагаемое имъ понятіе рода, когда, напр., законъ постановляетъ о лицахъ мужскаго пола то, что̀ должно имѣть силу для лицъ обоихъ половъ, или говоритъ объ одномъ видѣ отчужденія то, что̀ должно быть отнесено ко всѣмъ видамъ отчужденія, и т. д. Во второмъ случаѣ мы предполагаемъ, напротивъ, что законодатель выразился общѣе, чѣмъ это соотвѣтствовало его мысли, и приводимъ поэтому слишкомъ общую формулу закона къ болѣе тѣсному кругу примѣненія. Это послѣднее толкованіе примѣняется, главнымъ образомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда текстъ закона или заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе (arg. ad absurdum), или противорѣчитъ опредѣленіямъ другихъ законовъ, или ведетъ къ ущербу тѣхъ самыхъ лицъ, въ пользу которыхъ онъ установленъ. Приведемъ, въ видѣ примѣра, ст. 1382

французскаго кодекса, опредѣляющую отвѣтственность за вредъ и убытки въ такихъ общихъ выраженіяхъ („tout fait quelconque de l'homme"), которыя подводятъ подъ нее и отправленіе каждымъ своего права, что, очевидно, выходитъ за предѣлы какъ воли законодателя, такъ и цѣли приводимаго закона. Отъ распространительнаго толкованія, на которое опирается и запрещеніе дѣйствій, совершенныхъ въ обходъ закона (in fraudem legis), не ускользаетъ ни одинъ видъ законовъ, ни даже привилегіи (jus singulare), основанныя на законѣ, который всегда долженъ быть объясненъ согласно его логическому, а не только словесному смыслу. Противоположный взглядъ, требующій ограничительнаго толкованія для всякихъ „исключеній", въ томъ числѣ, и привилегій—смѣшиваетъ, какъ мы увидимъ это ниже, расширительное толкованіе съ аналогіей права и теперь можетъ считаться оставленнымъ.

Съ необходимостью расширительнаго и ограничительнаго толкованія законовъ связана допустимость и такъ назыв. argumentum a contrario, т.-е. доказательства отъ противнаго. Это—одинъ изъ случаевъ примѣненія правила, которое формулируютъ обыкновенно, безъ достаточной точности, такъ: утвержденіе одного есть отрицаніе другого (unius positio est alterius negatio). Въ отношеніи къ толкованію законовъ это правило представляется логическимъ заключеніемъ отъ того, что постановлено закономъ на извѣстный случай, къ тому, что во всѣхъ другихъ случаяхъ должно дѣйствовать, въ видѣ общаго правила, противоположное постановленному на данный случай. Предположеніемъ этого заключенія служитъ то, чтобы все говорило за исключительность данной нормы и невозможность ея распространительнаго толкованія. Приведемъ примѣрно запрещеніе Юстиніанова кодекса отчуждать еретикамъ участки земли, въ которыхъ имѣются церкви, молитвенныя установленія и т. д. Отсюда—двойной arg. a contrario: 1) участки съ церквами и т. д. отчуждаемы, 2) еретики способны къ пріобрѣтенію земельной собственности. Но обращеніе съ такимъ доказательствомъ отъ противнаго требуетъ большой осторожности, такъ какъ случай, приводимый въ законѣ, можетъ быть лишь примѣрный или важнѣйшій изъ цѣлаго ряда неупоминаемыхъ имъ, но не только не исключаемыхъ, но часто и предполагаемыхъ случаевъ: въ этихъ условіяхъ заключеніе отъ противнаго къ общему правилу было бы, конечно, обманчиво [1]).

Все сказанное показываетъ достаточно ясно, что основная ошибка господствующаго ученія о толкованіи законовъ состоитъ въ его преувеличенномъ историческомъ субъективизмѣ. Какъ ни значительна субъективность законодателя, какъ ни сильно можетъ быть его личное вліяніе, онъ все-таки есть пылинка въ историческомъ развитіи и слуга всемірной исторіи, управляющей жизнью человѣческихъ обществъ. Каждый законо-

[1]) Unger, System, I, стр. 86—89. Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, стр. 157—162.

датель стоитъ подъ вліяніемъ тысячи культурныхъ факторовъ, и, создавая законъ, онъ передаетъ міру не свое созданіе, а продуктъ всей совокупности окружающихъ его вліяній. Никто не можетъ отдѣлаться отъ закона континуитета, или постоянства въ развитіи; никто не можетъ эманципироваться отъ того культурнаго круга, въ которомъ онъ живетъ. Поэтому телеологическое значеніе закона никогда не можетъ быть выведено изъ одного индивидуальнаго круга идей его составителя. Его нельзя установить иначе, какъ при соображеніи идей и чувствъ, наполняющихъ эпоху, переживаемую даннымъ обществомъ. Связанные условіями мѣста и времени и отъ нихъ заимствуя свое содержаніе, всѣ продукты законодательства служатъ показателями взращивающей ихъ культурной почвы. Насколько, поэтому, должна быть односторонняя теорія интерпретаціи, строющая на индивидуальномъ мышленіи законодателя все то, что вырабатывается мыслью цѣлаго ряда поколѣній и, можно сказать, цѣлаго міра!

Мы намѣтили въ общихъ чертахъ точку зрѣнія, весьма различную отъ господствующей и предлагающую для ученія о толкованіи законовъ критерій, который кажется болѣе правильнымъ и болѣе соотвѣтствующимъ какъ потребностямъ жизни, такъ и истиннымъ задачамъ юриспруденціи.

Надо только отдѣлить правильную основу новаго взгляда отъ преувеличеній, внесенныхъ въ нее не столько Колеромъ, сколько нѣкоторыми новѣйшими и, преимущественно, французскими юристами, впавшими въ еще бо́льшія преувеличенія. Одинъ изъ этихъ послѣднихъ, напр., утверждаетъ, что „лучшая интерпретація законовъ есть та, которая лучше всего приспособляетъ ихъ къ потребностямъ настоящаго момента“ [1]). Рядъ другихъ юристовъ рѣшительно устраняетъ изъ этого ученія волю законодателя и настойчиво рекомендуетъ становиться всегда на точку зрѣнія времени примѣненія закона [2]).

Не отрицая ни гибкости, ни приспособленности къ потребностямъ жизни, ни плодотворности новаго ученія,—оказывающаго тѣмъ больше услугъ судебной практикѣ, что оно даетъ ей твердую опору положительнаго закона, не препятствующаго, а способствующаго успѣху новыхъ идей,—мы раздѣляемъ, тѣмъ не менѣе, взглядъ Gény на несоотвѣтствіе этого ученія, въ приведенной формулировкѣ, какъ понятію закона, такъ и его практической функціи. Законъ есть, прежде всего, сознательный актъ законодательной воли, и толковать его иначе, какъ сознательный актъ воли, было бы противорѣчіемъ понятію закона. Уже нѣмецкая историческая школа дѣлала большую ошибку, принижая этотъ сознательный моментъ въ процессѣ образованія права, а новая теорія интер-

---

[1]) Percerou, Annales de droit commercial, 1898, стр. 64.

[2]) Saleilles, Déclaration de volonté, 1901. Lambert, La fonction du droit civil comparé, стр. 32 и слѣд. Meynial, La déclaration de volonté, въ Revue trimestr. de droie civil, 1902, стр. 539. Ср. Gény, ук. соч., стр. 227—233.

претаціи, отрекаясь отъ воли законодателя, повторяетъ ту же ошибку. Она повторяетъ, не желая того, и другое положеніе господствующей доктрины, положеніе о всесиліи закона—по крайней мѣрѣ, въ современныхъ условіяхъ—для удовлетворенія всѣхъ потребностей юридической жизни. Только исходя изъ этого апріорнаго и ничѣмъ недоказаннаго предположенія, можно требовать отъ закона болѣе того, что онъ можетъ дать, и даже отрицанія имъ самого себя въ тѣхъ случаяхъ, когда его предписанія противорѣчатъ новымъ запросамъ жизни. Мы не сомнѣваемся въ необходимости удовлетворенія этимъ запросомъ, но думаемъ, что это удовлетвореніе можетъ быть дано имъ и дѣйствительно дается другими источниками права, существующими рядомъ съ закономъ и часто устраняющими его вредныя и принадлежащія другой эпохѣ послѣдствія. Нѣтъ никакихъ основаній приписывать эту роль интерпретаціи, пользующейся закономъ только для того, чтобы навязать ему то, что въ немъ не содержится [1]).

Правда, законъ есть не только актъ законодательной воли, но и юридическая норма, преслѣдующая какую-либо соціальную цѣль [2]). Если эта цѣль невполнѣ сознана законодателемъ или выражена имъ въ несоотвѣтственной формѣ, интерпретація восполняетъ это сознаніе и исправляетъ форму его выраженія. Въ подчеркиваніи этой истины мы находимъ большую заслугу новой теоріи интерпретаціи, оперирующей, главнымъ образомъ, цѣлью закона. Но принимать законъ за непосредственный продуктъ соціальной среды значитъ смѣшивать его съ обычнымъ правомъ, отъ котораго онъ отличается какъ разъ чертами сознательности и обдуманности воплощаемыхъ имъ актовъ воли. Преимущества закона передъ другими источниками права состоятъ въ его опредѣленности и точности, и этими преимуществами онъ исключительно обязанъ своей природѣ сознательнаго и обдуманнаго акта воли. Игнорировать эту природу значитъ не считаться съ функціей закона служить средствомъ обезпеченія права и уподоблять его пустому мѣшку, наполняемому каждымъ любымъ содержаніемъ.

Такимъ образомъ, если изслѣдованіе воли законодателя не составляетъ исключительной цѣли интерпретаціи, обязанной оперировать соціальной цѣлью закона, то въ эту цѣль не можетъ не входить и воля законодателя, предлагающая ей объективный критерій вмѣсто безконечнаго разнообразія субъективныхъ воззрѣній. Отсюда само собой слѣдуетъ, что, насколько неправильно, въ виду соціальной цѣли закона, отвлекаться при его толкованіи отъ момента примѣненія закона, настолько же неправильно, въ виду обезпеченности права, отвлекаться при этомъ и отъ момента изданія закона, Становясь исключительно на точку зрѣнія настоящаго момента, мы вступили бы въ противорѣчіе и съ принципомъ недопущенія

---

[1]) Gény, въ ук. м.

[2]) Eycken, ук. соч. стр. 8—11.

обратнаго дѣйствія закона какъ разъ въ томъ, что этотъ принципъ заключаетъ въ себѣ наиболѣе раціональнаго и справедливаго, и съ принципомъ постояннаго и неограниченнаго во времени дѣйствія закона до его отмѣны, и вообще со всѣмъ тѣмъ, что связано съ понятіями твердости и незыблемости законовъ. Поэтому намъ кажется правильнѣе говорить о синтезѣ той и другой точки зрѣнія, чѣмъ объ одностороннемъ проведеніи одной изъ нихъ, и утверждать только то, что законы, какъ и все въ мірѣ, платятъ свою дань времени. Поэтому же и значеніе воли законодателя для содержанія закона должно быть тѣмъ меньше, чѣмъ больше дѣйствіе его отдалено отъ времени возникновенія закона, и наоборотъ [1]).

Изъ сказаннаго видно, что новое ученіе о толкованіи законовъ можетъ быть исправлено, во 1), внесеніемъ въ него, рядомъ съ правильно подчеркиваемой соціальной цѣлью закона, и неправильно пренебрегаемой воли законодателя, какъ составной части той же цѣли, 2), комбинаціей отвергаемой новымъ ученіемъ точки зрѣнія воли законодателя съ выдвигаемой имъ на первый планъ точкой зрѣнія момента примѣненія закона. Наконецъ, сильнѣйшей стороной новаго ученія въ примѣненіи какъ къ закону, такъ и къ юридическимъ сдѣлкамъ, является перенесеніе центра тяжести толкованія тѣхъ и другихъ отъ недоступной изслѣдованію дѣйствительной воли законодателя и участниковъ сдѣлки на одно лишь выраженіе этой воли въ томъ видѣ, какъ она выступаетъ во внѣ и воспринимается гражданскимъ оборотомъ. Судья оцѣниваетъ законъ не какъ историческій документъ или источникъ историческаго знанія, а какъ средство для возможной обезпеченности права, и толкуетъ законъ не такъ, какъ онъ представляется одному законодателю, а такъ, какъ каждый долженъ представлять себѣ его содержаніе, исходя изъ формы выраженія этого содержанія. Римское изреченіе: voluntas legislatoris suprema lex (воля законодателя — высшій законъ) не соотвѣтствуетъ современному взгляду на призваніе законодательства, и разъ мы ожидаемъ отъ закона возможно бо́льшей обезпеченности права, то само собою разумѣется, что судья примѣняетъ законъ лишь въ томъ смыслѣ, въ которомъ каждый долженъ понимать употребленныя въ немъ слова, въ ихъ связи между собой и со словами другихъ законовъ. Руководящій принципъ ученія о примѣненіи и толкованіи закона лежитъ въ томъ же, въ чемъ видятъ обыкновенно и основаніе непризнанія за закономъ обратнаго дѣйствія: это — „законное довѣріе къ законодательству“, надежда не быть въ немъ обманутымъ. Каждый долженъ вѣрить, что законъ будетъ пониматься судьей такъ, какъ онъ понимается имъ самимъ, согласно его выраженному смыслу. То, что дѣлаетъ голый приказъ, лишенный этической санкціи, закономъ, это — не принужденіе, а функція средства къ обезпеченію права, и главное

[1]) Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, стр. 144.

условіе для исполненія закономъ этой функціи есть равное пониманіе его всѣми, къ кому онъ обращается, согласно обычному смыслу его словъ и питаемой каждымъ надеждѣ на его равное примѣненіе. Вотъ почему при толкованіи законовъ и приходится руководствоваться, главнымъ образомъ, не волей законодателя, а обычнымъ значеніемъ, если не отдѣльныхъ словъ и выраженій, то связанной рѣчи закона, а въ случаѣ толкованія цѣлыхъ институтовъ права—обычнымъ значеніемъ и систематически связанныхъ между собой законовъ.

Б) Аналогія права и мнимая интерпретація.

Отъ интерпретаціи въ тѣсномъ смыслѣ слѣдуетъ отличать аналогію закона и права, какъ юридическую дѣятельность, распространяющую дѣйствіе законовъ на такія отношенія, которыя не были въ виду законодателя и поэтому уже не могли быть имъ регулированы. Это—не примѣненіе закона и не интерпретація въ настоящемъ смыслѣ этого слова, а новообразованіе юриспруденціи, основаніе котораго видятъ обыкновенно въ принципахъ права, предполагая, что эти принципы, хотя и извлекаются посредствомъ толкованія изъ законовъ, но затѣмъ самостоятельно комбинируются и развиваются независимо отъ законовъ. Съ установленіемъ такихъ принциповъ дѣло интерпретаціи собственно оканчивается. Дальнѣйшія образованія права на основаніи его принциповъ и самостоятельнаго изслѣдованія соціальныхъ отношеній составляютъ уже не интерпретацію, а предметъ свободной юридической дѣятельности, которую можно называть „юриспруденціей принциповъ“.

Оправданіе этой юриспруденціи лежитъ въ безконечномъ разнообразіи юридической жизни и безконечности стремленій гражданскаго оборота. Движеніе этого послѣдняго безпредѣльно: ежедневно нарождаются новыя потребности, ставятся новыя задачи, и, пока законодательство не разрѣшаетъ ихъ, юриспруденція замѣняетъ его, оперируя своими принципами и аналогіями. Законодательство—не таблица логариѳмъ: оно не въ состояніи все предвидѣть и обо всемъ высказаться; поэтому оно и не можетъ обойтись безъ помощи юриспруденціи, и судебныя рѣшенія не могутъ основываться всегда на текстѣ законовъ. Принципы, примѣняемые юриспруденціей, основаны, главнымъ образомъ, на законахъ, но они получаютъ самостоятельность, дѣлаясь базисомъ для дальнѣйшихъ операцій. Открывающіе ихъ юристы должны знать не одни законы, такъ какъ эти принципы выводятся и изъ другихъ источниковъ права, и изъ соціальныхъ условій жизни, и, примѣняя ихъ, юристъ, хотя и опирается на законы, но неизбѣжно выходитъ за ихъ предѣлы. Это предполагаетъ, съ одной стороны, восхожденіе отъ частныхъ законодательныхъ и другихъ правовыхъ опредѣленій къ общимъ положеніямъ, и съ другой—примѣненіе

этихъ общихъ положеній, или принциповъ, къ спеціальнымъ отношеніямъ, не предусмотрѣннымъ законодателемъ. Поэтому аналогія закона и права есть не столько распространеніе дѣйствующей нормы на непредусмотрѣнныя ею отношенія, сколько приведеніе этой нормы посредствомъ ея обобщенія къ такому виду, въ которомъ она можетъ быть примѣнена и къ данному, оставшемуся внѣ кругозора законодателя случаю.

Основаніемъ такого примѣненія принциповъ, выведенныхъ изъ существующихъ нормъ, къ отношеніямъ, въ нихъ не только не указаннымъ, но и отсутствовавшимъ во время ихъ возникновенія,—вспомнимъ, напр., всевозможныя техническія изобрѣтенія,—служитъ общность или существенное сходство этихъ отношеній съ тѣмъ составомъ фактовъ, на который разсчитаны существующія нормы. Намъ присуще сходное обсужденіе всѣхъ существенно-сходныхъ между собою вещей, и эта склонность, глубоко заложенная въ нашу природу, выражается въ правѣ дѣйствіемъ однѣхъ и тѣхъ же нормъ для существенно-сходныхъ между собою отношеній. Мы говоримъ о существенно-сходныхъ, а не одинаковыхъ отношеніяхъ, такъ какъ въ мірѣ не существуетъ двухъ вполнѣ равныхъ другъ другу вещей. Положительное право связываетъ свои послѣдствія (за исключеніемъ отношеній, основанныхъ на привилегіяхъ) съ постоянно повторяющимися элементами тѣхъ или другихъ фактическихъ отношеній; такіе элементы называются релевантными, или юридически-существенными элементами этихъ отношеній. Сходство въ этихъ юридически-существенныхъ элементахъ двухъ или нѣсколькихъ отношеній есть все, о чемъ можетъ идти рѣчь при аналогіи права, состоящей, такимъ образомъ, въ примѣненіи къ нерегулированнымъ закономъ отношеніямъ нормъ, которыя выводятся въ силу принципа равенства или существеннаго сходства изъ дѣйствующаго права. А что этотъ принципъ равенства при юридическомъ регулированіи сходныхъ между собою явленій не только вытекаетъ изъ психической природы человѣка и служитъ важнымъ факторомъ правообразованія, но есть въ тоже время и практически дѣйствующее положеніе права, на это мы имѣемъ прямыя указанія какъ въ римскомъ правѣ (l. 12, 13, 27 D. 1, 3 и проч.), такъ и во многихъ изъ современныхъ законодательствъ (прусскій Landrecht, § 49, введеніе, австрійскій кодексъ, ст. 7, баденскій, ст. 4, саксонскій, ст. 25—26); для другихъ законодательствъ, какъ, напр., французскаго, нашего и новаго нѣмецкаго уложенія, это же положеніе выводится изъ ихъ раціональнаго толкованія.

Французскій кодексъ въ своей ст. 4 постановляетъ: „судья, отказывающійся судить подъ предлогомъ молчанія, неясности или недостаточности закона, можетъ подвергнуться преслѣдованію за отказъ въ правосудіи“. Этимъ самымъ онъ освящаетъ какъ принципъ свободы толкованія, такъ и обращеніе къ аналогіи, возводя то и другое не только въ право, но и обязанность судьи. Въ § 1 перваго проекта новаго нѣмецкаго уложенія мы имѣли слѣдующее постановленіе: „Въ случаяхъ, когда законъ не даетъ никакихъ

предписаній, примѣняются нормы, установленныя для сходныхъ случавъ. При отсутствіи такихъ нормъ рѣшаютъ положенія, выведенныя изъ духа правового порядка". Вторая комиссія по составленію этого уложенія вычеркнула эту статью, какъ само собой подразумѣваемую, и она не вошла въ его составъ только по редакціоннымъ соображеніямъ. Аналогія была признана одной изъ тѣхъ юридическихъ истинъ, которыя входятъ составной частью въ каждый правовой порядокъ и уже поэтому не нуждаются въ особомъ упоминаніи. И самый авторитетный толкователь этого уложенія сообщаетъ намъ, что иного рѣшенія и не могло быть принято относительно правила, имѣющаго силу для всякаго закона: это правило утверждаетъ, что равные во всемъ существенномъ составы фактовъ должны быть обсуждаемы по равнымъ положеніямъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда формула этихъ положеній предвидитъ только одинъ изъ соотвѣтственныхъ составовъ фактовъ. Затрудненіе состоитъ въ томъ, чтобы узнать, какіе именно составы фактовъ равны въ своемъ существенномъ составѣ; но это затрудненіе можетъ быть разрѣшено не общими опредѣленіями закона, а изслѣдованіемъ каждаго отдѣльнаго случая [1]). Что касается нашего права, то, въ противоположность ст. 65 старыхъ Основныхъ законовъ, требовавшей исполненія законовъ по ихъ точному и буквальному смыслу, ст. 9 нашего Устава Гражд. Судопр. содержитъ въ себѣ подобное французскому положеніе, выраженное слѣдующимъ образомъ: „Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія основывать рѣшенія на общемъ смыслѣ законовъ". Очевидно, что и эта статья, обязательная для всѣхъ судовъ, функціонирующихъ на основаніи Судебныхъ Уставовъ, не только не препятствуетъ, но и вмѣняетъ судьѣ въ обязанность примѣнять въ своей дѣятельности какъ распространительное толкованіе законовъ, такъ и аналогію права.

Но если бы новыя законодательства и не заключали въ себѣ указаній на аналогію права, она была бы все-таки необходима и не имѣла бы надобности въ спеціальномъ признаніи со стороны закона или обычнаго права. Ее требуетъ и практика жизни, и логика, и справедливость, такъ какъ ничто не стояло бы въ такомъ противорѣчіи съ этими условіями культурнаго существованія, какъ отказъ обсуждать равные составы фактовъ по равнымъ нормамъ и отказъ заполнять неизбѣжные во всякомъ законодательствѣ пробѣлы. Единственное ограниченіе аналогіи можно было бы признать въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ законъ исключаетъ ея дѣйствіе. Мы видимъ это, напр., въ случаяхъ примѣненія arg. a contrario, когда то, что постановлено на какой-либо исключительный случай, этимъ самымъ исключается отъ распространенія и по аналогіи на другіе случаи. Напр., новое нѣмецкое Уложеніе (§ 248), устанавливая недѣйствительность выго-

[1]) Plank, Bürgerliches Gesetzbuch, I, стр. 38.

вариваемаго впередъ соглашенія о % на %, не допускаетъ распространенія этой недѣйствительности на соглашеніе о тѣхъ же % по наступленіи всѣхъ условій для права на ихъ полученія. Отчасти то же можно сказать и о всѣхъ положеніяхъ сингулярнаго права, жертвующихъ въ виду особыхъ соображеній общимъ правомъ для какой-либо категоріи лицъ или отношеній, и уже поэтому требующихъ, въ видѣ общаго правила, если не исключенія, то ограниченія аналогіи. Но утверждать, какъ это дѣлаютъ многіе юристы, совершенное исключеніе аналогіи въ примѣненіи къ положеніямъ сингулярнаго права было бы неправильно уже потому, что и эти положенія могутъ обращаться въ общія и требовать для своего полнаго выраженія распространенія путемъ аналогіи. Вспомнимъ извѣстный въ исторіи римскаго права Sc. Vellejanum, воспрещавшій поручительство женщинъ и распространенный уже римскими юристами на залогъ, принятіе долга и т. п. акты [1]).

Не надо только думать, чтобы аналогія устраняла дѣйствующую норму: она ограничивается восполненіемъ послѣдней въ случаѣ ея недостаточности и ведетъ къ установленію принципа на основаніи обобщенія этой же нормы. Такъ, напр., извѣстное правило римскаго права запрещало опекуну покупку вещей подопекаемаго. Такого правила не было выражено ни по отношенію къ попечителю, ни по отношенію къ другимъ управителямъ чужого имущества. Но, въ смыслѣ опасности злоупотребленій и потребности въ защитѣ отъ нихъ, эти лица стоятъ въ одинаковомъ положеніи съ опекуномъ. Поэтому римскіе юристы и распространили на этихъ лицъ тѣ самыя положенія, которыя были признаны относительно опекуновъ. Примѣрами такихъ аналогій изобилуетъ исторія какъ римскаго, такъ и европейскаго права, и характерно въ нихъ то, что абстрактная мысль, принципъ закона, его законодательная основа находятъ свое выраженіе сначала въ какомъ-либо отдѣльномъ конкретномъ случаѣ,—который Іерингъ называетъ „историческимъ пунктомъ пробиванія“ (historischer Durchbruchspunkt) этого принципа [2]),—и отъ него распространяются постепенно на сходные случаи, охватываемые тѣмъ же принципомъ.

Опорными пунктами для аналогіи служатъ или отдѣльныя юридическія нормы, единичные законы, или цѣлыя совокупности юридическихъ нормъ, совокупности законовъ, объединенныхъ общимъ принципомъ. Въ первомъ случаѣ мы получаемъ аналогію закона, во-второмъ—аналогію права. Это—не противоположенія, а различныя ступени правообразованія путемъ аналогіи, и чѣмъ шире при этомъ основаніе аналогіи, чѣмъ болѣе приходится восходить для нея отъ отдѣльныхъ нормъ къ общимъ правовымъ принципамъ и переходить отъ аналогіи закона къ аналогіи права, тѣмъ неопредѣленнѣе дѣлаются очертанія общаго состава фактовъ и прин-

---

[1]) Регельсбергеръ, тамъ же, стр 171.

[2]) Ihering, Geist, II, 1, стр. 341—3.

цiповъ, примѣняемыхъ по аналогіи къ новымъ случаямъ, и тѣмъ менѣе точны результаты, извлекаемые изъ аналогіи. Но съ этими несовершенствами аналогіи нужно мириться, такъ какъ они предпочтительнѣе банкротства правосудія и возведенія на степень самостоятельныхъ источниковъ права „судебнаго усмотрѣнія“, „разума законовъ“, „природы вещей“ и тому подобныхъ ничего не говорящихъ абстракцій.

Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что аналогія, о которой идетъ рѣчь, очень отлична отъ интерпретаціи, даже самой распространительной, такъ какъ послѣдняя не выходитъ за предѣлы закона, а первая несомнѣнно выходитъ за эти предѣлы. Сходство между аналогіей и распространительной интерпретаціей законовъ состоитъ только въ томъ, что въ обоихъ случаяхъ изъ существующихъ законовъ выводятъ положенія, отступающія отъ ихъ словеснаго смысла. Но исходныя точки и результаты здѣсь и тамъ различны. Распространительное толкованіе въ томъ видѣ, какъ оно понимается господствующимъ ученіемъ и примѣняется на практикѣ, выходитъ изъ мысли, что законодатель хотѣлъ сказать больше того, что онъ сказалъ, и выразился вообще неточно. Аналогія предполагаетъ, напротивъ, что законодатель не сознавалъ всей широты установленнаго имъ положенія, или не желалъ этой широты. Поэтому распространительное толкованіе переступаетъ букву, а аналогія—волю закона. Отбрасывая волю законодателя—все равно, дѣйствительную или только предполагаемую—аналогія стремится создать новую норму, основанную на общности юридическаго основанія подлежащаго регулированію случая съ тѣмъ, который уже регулированъ (ubi eadem ratio, idem jus). Поэтому уже аналогія есть не толкованіе, а созданіе права.

Регельсбергеръ помѣщаетъ аналогію на рубежѣ между примѣненіемъ и созданіемъ права, говоря, что центръ тяжести ея лежитъ все-таки въ области примѣненія, а не созданія, такъ какъ она опирается на положительное право и, хотя переступаетъ черезъ распоряженія, заключающіяся въ отдѣльныхъ его положеніяхъ, но не переступаетъ черезъ самое положительное право [1]). Мы считаемъ болѣе пріемлемой точку зрѣнія Gény, которой ставится слѣдующая альтернатива: или аналогія есть интерпретація, и тогда она имѣетъ дѣло съ волей законодателя, или аналогія оторвана отъ воли законодателя, нося сама въ себѣ свое оправданіе, и тогда она не можетъ быть интерпретаціей. Принимая первую часть этой альтернативы, мы были бы осуждены на изслѣдованіе только предполагаемой воли законодателя, т.-е. такой воли, которую законодатель высказалъ бы въ томъ случаѣ, если бы онъ имѣлъ въ виду представляющійся только теперь вопросъ. О дѣйствительной волѣ законодателя здѣсь не можетъ быть рѣчи уже потому, что она не была высказана и въ большинствѣ случаевъ даже не могла бы быть высказана

[1]) Регельсбергеръ, тамъ же, стр. 170—171.

въ отношеніи къ случаямъ, требующимъ примѣненія къ себѣ аналогіи. Изслѣдованіе же предполагаемой воли, если и не невозможно, то, во всякомъ случаѣ, проблематично, и, признанное даже возможнымъ, узаконяло бы субъективный произволъ и выходило бы изъ рамокъ толкованія законовъ. Поэтому Gény и становится на сторону второй альтернативы, которая порываетъ при аналогіи права съ волей законодателя и видитъ въ законахъ, которыми оперируетъ аналогія, только объективный элементъ нашей соціальной организаціи, оторванный отъ субъективной воли законодателя и имѣющій свою собственную цѣнность. Поэтому же, изслѣдуя новыя соціальныя отношенія, въ виду введенія ихъ въ рамки дѣйствующаго законодательства, аналогія неизбѣжно подымается надъ этимъ послѣднимъ и не должна быть смѣшиваема ни съ интерпретаціей законовъ, ни съ источниками права въ техническомъ смыслѣ этого понятія, принадлежа цѣликомъ области свободнаго изслѣдованія и юридической доктрины [1]).

Не остававливаясь на опредѣленіи точной границы между примѣненіемъ и созданіемъ права посредствомъ аналогіи,—опредѣленіе этой границы едва-ли и возможно,—мы удовольствуемся констатированіемъ въ аналогіи несомнѣнныхъ элементовъ творчества въ правѣ, и замѣтимъ, что еще болѣе, чѣмъ аналогія, удалена отъ интерпретаціи та дѣятельность юриспруденціи, которая имѣетъ мѣсто при отсутствіи не только законодательныхъ нормъ, но и выведенныхъ изъ нихъ принциповъ, что нерѣдко встрѣчается, напр., въ области частнаго международнаго права и другихъ вновь зарождающихся отношеній. Когда принципы еще не установлены, юриспруденція приходитъ къ нимъ самостоятельно, на-подобіе законодателя, соображаясь съ потребностями жизни и возможными способами ихъ регулированія. Она опирается, поскольку это возможно, на существующее законодательство, но переноситъ центръ тяжести своей работы на чуждые ему источники. Это—уже настоящее творчество юриспруденціи, и оно стоитъ въ ближайшей связи съ тѣми видами юридической дѣятельности, которые, подъ именемъ duplex interpretatio, т.-е. двойной или мнимой интерпретаціи, и interpretatio in fraudem legis, т.-е. интерпретаціи въ обходъ закона, представляютъ собою не что иное, какъ созданіе новаго права путемъ судебнаго обычая, или судебной практики. Такъ какъ право находится въ процессѣ постояннаго развитія, то не удивительно, что законодательныя нормы, съ ихъ интерпретаціей, относящейся къ данной эпохѣ, могутъ не соотвѣтствовать правовому сознанію другой эпохи и вступаютъ тогда въ противорѣчіе съ культурными задачами этой эпохи. Въ такихъ случаяхъ потребность въ новой нормѣ можетъ быть еще согласована со словами стараго закона, но никакъ не со старой интерпретаціей, идущей вровень съ потребностями своего времени, тогда какъ слова стараго закона могутъ быть истолко-

[1]) Gény, ук. соч., стр. 264—274.

ваны и въ смыслѣ, соотвѣтствующемъ новому правосознанію: то, что толковалось прежде ограничительно, можетъ получить теперь распространительное толкованіе, и наоборотъ. Если же и слова закона противорѣчатъ новому правосознанію, то юриспруденція толкуетъ старый законъ такъ ограничительно, что дѣйствіе его парализуется, и онъ превращается въ юридическое ничто. Римскіе юристы создали путемъ такой мнимой интерпретаціи цѣлый рядъ новыхъ положеній права, которыя или вовсе не имѣли опорныхъ пунктовъ въ старыхъ законахъ, какъ это случилось, напр., съ ученіями о дѣлимости и недѣлимости правъ, о specificatio, accessio, confusio, consolidatio и т. д., или же (какъ, напр., при интерпретаціи lex Aquilia) опирались на старый законъ только внѣшнимъ образомъ и устанавливали съ его помощью такія положенія, на которыя въ немъ не было и намека. Такъ же поступала и европейская юриспруденція, и понятно, что такая дѣятельность юриспруденціи должна быть признана не интерпретативной, а правообразовательной. Отсюда само собою слѣдуетъ, что работа юриспруденціи не ограничивается интерпретаціей, и, если господствующее ученіе ставитъ эту послѣднюю въ слишкомъ тѣсныя рамки, то и болѣе широкія рамки, предложенныя для этого ученія Тибо, Тёлемъ, Колеромъ и др., не позволяютъ включать въ него ни такъ назыв. аналогію законовъ, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, ни ту уже чисто правосоздающую дѣятельность юриспруденціи, которая скрывается обыкновенно подъ названіями аналогіи права, мнимой интерпретаціи, интерпретаціи въ обходъ закона и т. д.

Въ заключеніе всего изложеннаго объ источникахъ права мы вернемся еще разъ къ пробѣламъ въ правѣ и поставимъ вопросъ: можно-ли признать эти пробѣлы съ точки зрѣнія догматическаго правовѣдѣнія? Господствующее въ юридической литературѣ мнѣніе даетъ на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ, исходя изъ представленія, что дѣйствующій правопорядокъ въ его систематическомъ единствѣ обнимаетъ собой всѣ мыслимыя отношенія людей другъ къ другу и къ объединяющему ихъ цѣлому. Пробѣлы существуютъ, по этому воззрѣнію, не въ правѣ, а въ его знаніи, и аналогія есть не созданіе, а примѣненіе уже существующаго права и средство пополненія не дѣйствительныхъ, а мнимыхъ пробѣловъ въ правѣ [1]). Мы указывали уже на неправильность этого представленія въ примѣненіи къ системамъ дѣйствующаго законодательства и замѣтимъ теперь, что оно такъ же неправильно и въ отношеніи ко всему правопорядку, въ которомъ пробѣлы столь же неминуемы, какъ и въ законодательствѣ. Не подлежитъ сомнѣнію, что практическая жизнь представляетъ не мало случаевъ, когда индивидуальныя особенности отдѣльныхъ отношеній невполнѣ подходятъ или совсѣмъ не подходятъ подъ опредѣленія

[1]) Brinz, Pandekten, I, § 32. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, стр. 372 и слѣд.

дѣйствующихъ нормъ, основанныхъ какъ на законѣ, такъ и обычаѣ. Если нельзя согласиться съ тѣмъ, чтобы законодательство могло охватить своими рубриками и статьями все разнообразіе существующихъ отношеній, то еще менѣе допустимо предположеніе, чтобы какое бы то ни было право было способно предвидѣть и всѣ измѣненія этихъ отношеній въ дѣйствительной жизни. Сюда слѣдуетъ отнести, прежде всего, случаи, когда къ особому составу фактовъ, не предвидѣнному существующей общей нормой, примѣняютъ и особую норму, уклоняющуюся отъ общей, или когда общая норма содержитъ въ себѣ нѣсколько возможностей примѣненія, предоставляя судьѣ выборъ между этими возможностями. И если уже римскіе юристы, за которыми идетъ и современная судебная практика, не сомнѣвались въ томъ, что рѣшенія, не предусмотрѣнныя существующими источниками права, черпаются изъ воззрѣній гражданскаго оборота на то, что̀ слѣдуетъ считать справедливымъ и цѣлесообразнымъ (jus aequum, bonae fidei actiones), и если, при отсутствіи и этого критерія, ничто не можетъ помѣшать судьѣ постановлять рѣшенія на основаніи своего чувства справедливости, то не надо забывать, что ни воззрѣнія гражданскаго оборота, ни требованія доброй совѣсти, справедливости и т. д., не составляютъ еще права и вступаютъ въ дѣйствующій правопорядокъ лишь настолько, насколько они утверждаются обычаемъ, судебной практикой и другими формально дѣйствующими источниками права [1]). Поэтому и судья, обосновывающій свои рѣшенія на соображеніяхъ, постороннихъ формальнымъ источникамъ права, будетъ не только примѣнять существующее право, но и пополнять его пробѣлы средствами, не принадлежащими области права. Слѣдовательно, отрицаніе пробѣловъ права, какъ и утвержденіе пополненія ихъ одной аналогіей права и законовъ, можно признать одинаково неправильнымъ. Пробѣлы въ правѣ, пока это послѣднее мыслится въ состояніи покоя, такъ же необходимы, какъ необходимо и пополненіе этихъ пробѣловъ путемъ не одной аналогіи, но и всѣхъ другихъ источниковъ права какъ въ техническомъ, такъ и въ широкомъ смыслѣ этого понятія.

Тѣмъ не менѣе, отрицаніе пробѣловъ въ правѣ нельзя считать неправильнымъ, если мыслить право въ состояніи его осуществленія и примѣненія. Ни одинъ судья не вправѣ уклониться отъ постановленія рѣшенія подъ предлогомъ отсутствія юридической нормы для предложеннаго на его разсмотрѣніе случая. Если бы въ день постановки перваго телефона былъ заключенъ при его посредствѣ договоръ, и по поводу заключенія этого договора возникъ споръ, то судья долженъ бы былъ разрѣшить этотъ споръ, не взирая на отсутствіе какъ въ законѣ, такъ и въ обычномъ правѣ, какихъ бы то ни было указаній на заключеніе договоровъ черезъ посредство телефона. Право должно давать

[1]) Windscheid-Kipp, Pand., стр. 108—109.

отвѣты на всѣ вопросы, имѣть опредѣленія для всѣхъ отношеній, и оно въ этомъ смыслѣ такъ же не терпитъ пустоты, какъ и природа. Мы могли бы говорить здѣсь о правовомъ horror vacui и отрицать на этомъ основаніи всякіе пробѣлы въ правѣ, при его примѣненіи [1]). Поэтому и и ст. 4 французскаго кодекса, принимающая за отказъ въ правосудіи всякое уклоненіе судьи отъ рѣшенія дѣла подъ предлогомъ неполноты или отсутствія законовъ, должна имѣть силу для каждаго права. Дальше всѣхъ современныхъ законодательствъ по опредѣленности и, можно сказать, красотѣ выраженія той же мысли идетъ новое швейцарское гражданское уложеніе, котораго § 1 говоритъ въ своей заключительной части слѣд.: „Если судья не можетъ почерпнуть права ни изъ одного изъ (упомянутыхъ выше) источниковъ (закона, обычнаго права, традиціи и юридической доктрины), то онъ кладетъ въ основаніе своего рѣшенія ту норму, которую онъ создалъ бы самъ, будучи законодателемъ".

Этимъ мы закончимъ теорію источниковъ права и перейдемъ ко 2-му отдѣлу общей части нашего курса, имѣющему своимъ предметомъ право въ субъективномъ смыслѣ.

---

[1]) Регельсбергеръ, тамъ же, стр. 162—164.

II.

Право въ субъективномъ смыслѣ.

1. Понятіе субъективнаго права.

Если подъ правомъ въ объективномъ смыслѣ понимаютъ совокупность дѣйствующихъ въ данномъ обществѣ юридическихъ нормъ, то правомъ въ субъективномъ смыслѣ будетъ все то, что намъ дается или, точнѣе, обезпечивается дѣйствіемъ того или другого объективнаго права. Это, прежде всего—каждое отдѣльное отношеніе, въ которомъ мы стоимъ къ окружающему насъ міру, насколько это отдѣльное отношеніе закрѣплено за нами и защищено объективнымъ правомъ: напр., принадлежащее намъ право собственности на данную вещь, право требованія по данному договору займа и т. д.

Таково понятіе конкретнаго субъективнаго права, на типическихъ признакахъ котораго, если они повторяются въ цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, строится и понятіе абстрактнаго субъективнаго права, соотвѣтствующее понятію институтовъ права, напр. собственности, обязательства, вещнаго, наслѣдственнаго права и т. д. Изъ совокупности конкретныхъ и абстрактныхъ субъективныхъ правъ складывается и самое понятіе субъективнаго права, входящее въ той же мѣрѣ въ дѣйствующій правовой порядокъ, какъ и понятіе объективнаго права.

Изъ сказаннаго уже видно, что характерная черта субъективнаго права состоитъ въ томъ, что оно тѣсно связано съ даннымъ лицомъ и, какъ бы, прикрѣплено къ нему, въ отличіе отъ объективнаго права, стоящаго внѣ этого лица и надъ нимъ. Въ этомъ смыслѣ право оказывается отношеніемъ, изъ котораго одно лицо или совокупность лицъ выводитъ для себя возможность дѣйствовать или требовать какого-либо дѣйствія отъ другого лица, а на это послѣднее ложится обязанность совершить это дѣйствіе или воздержаться отъ него въ пользу того, кто обладаетъ тѣмъ или другимъ правомъ. На такое представленіе о правѣ мы всего

чаще наталкиваемся какъ въ жизни, такъ и въ текстахъ закона, гдѣ правомъ называютъ или отдѣльные прерогативы индивида, — напр., его право собственности, право требованія и т. д., — или совокупности такихъ же прерогативъ, вытекающихъ изъ общаго источника, — напр., права семейныя, вещныя, гражданскія, публичныя и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ право обнаруживается въ своей активной, уполномачивающей функціи, въ противоположность объективному праву, центръ тяжести котораго лежитъ въ пассивной функціи, устанавливающей обязанность повиновенія.

Въ виду различія двухъ указываемыхъ функцій права, не худо было бы различать и названія права въ томъ и другомъ смыслѣ, что практикуется отчасти во французской и англійской юриспруденціи, гдѣ право въ объективномъ смыслѣ называютъ часто loi, law, а право въ субъективномъ смыслѣ—droit, right. Но обычное словоупотребленіе примѣняетъ къ праву въ обоихъ смыслахъ одно и то же названіе „право“ и находитъ свое оправданіе въ томъ, что право въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ, насколько первымъ санкціонируется второе, представляютъ собой не два различныхъ понятія, а двѣ стороны одного и того же понятія. Какъ же опредѣляется понятіе субъективнаго права въ современной юриспруденціи?

Господствующее въ формальной юриспруденціи опредѣленіе этого понятія таково: субъективное право есть признанное объективнымъ правомъ правомочіе къ дѣйствію. Это —однако, не опредѣленіе, а тавтологія, которая повторяетъ другими словами предметъ, подлежащій опредѣленію. Когда намъ говорятъ, что право есть правомочіе, но не разъясняютъ, что такое правомочіе, то мы не узнаемъ ничего новаго о предметѣ, опредѣленія котораго ищемъ. Виндшейдъ опредѣляетъ субъективное право, какъ будто, иначе, когда онъ говоритъ: субъективное право есть власть или господство воли, предоставляемыя объективнымъ правомъ [1]). Но это весьма популярное въ современной юриспруденціи опредѣленіе сходно съ предшествующимъ и повторяетъ ту же тавтологію, не разъясняя, что слѣдуетъ понимать подъ властью и господствомъ воли. Кромѣ того, опредѣленіе Виндшейда не обнимаетъ собой права, возникающаго внѣ государственнаго установленія, и отличается крайнимъ формализмомъ. Воля безъ отношенія къ обнимаемому ею благу даетъ только внѣшній признакъ права, не указывая на его внутренніе моменты: цѣли и функціи въ жизни. Поэтому приведенное опредѣленіе даже не характеризуетъ субъективнаго права и не разрѣшаетъ вопроса: почему и насколько государство признаетъ то или другое содержаніе воли субъективнымъ правомъ, и почему предметомъ послѣдняго служитъ не всякая, а лишь данная воля. Наконецъ, этому опредѣленію ставилось не разъ въ упрекъ и то, что

[1]) Windscheid-Kipp, Pand., I, стр. 156.

оно не можетъ объяснить признаніе субъективныхъ правъ за людьми, лишенными вполнѣ или отчасти воли. Малолѣтніе, безумные и другія лица съ ограниченной способностью къ отправленію правъ, вслѣдствіе недостатковъ ихъ воли, признаются тѣмъ не менѣе субъектами права въ виду того, что у нихъ, наравнѣ съ лицами, обладающими всей полнотой дѣеспособности, наблюдаются и защищаются цѣли человѣческаго бытія. Ссылаться въ этомъ случаѣ на волю опекуновъ и другихъ законныхъ представителей лицъ, ограниченныхъ въ своей дѣеспособности, было бы неправильно уже потому, что опекуны и законные представители отправляютъ не свое, а чужое право, и никто не скажетъ, что имъ принадлежатъ, напр., право собственности на имущество малолѣтнихъ, безумныхъ и т. д. Съ другой стороны, мы встрѣчаемъ, напр., въ римскомъ правѣ, рабовъ, имѣющихъ имущество (peculium) и распоряжающихся имъ въ извѣстныхъ границахъ безъ того, чтобы за ними признавалась какая бы то ни было правоспособность. Все это противорѣчитъ опредѣленію права въ смыслѣ господства воли, которой нѣтъ у недѣеспособныхъ, не мѣшая имъ обладать субъективными правами, и которой было достаточно у римскихъ рабовъ, не сообщая имъ, однако, никакихъ правъ.

Такимъ образомъ вопросъ о существѣ субъективнаго права не разрѣшается данными выше опредѣленіями этого понятія, точнымъ выясненіемъ котораго мы обязаны Іерингу. Въ лучшемъ и извѣстнѣйшемъ изъ своихъ сочиненій, озаглавленномъ „Духъ римскаго права“ и открывшемъ, можно сказать, новую эпоху какъ исторической, такъ и догматической разработки права, Іерингъ возсталъ со всей энергіей, на которую онъ былъ способенъ, противъ господствующей въ юриспруденціи теоріи воли, выразивъ результатъ своей общей, но блестящей критики этой теоріи въ слѣдующихъ словахъ: „Воля не есть цѣль и двигательная сила правъ; понятія воли и власти не въ состояніи привести къ практическому пониманію права. Право, какъ продуктъ народной жизни, образующійся путемъ борьбы между различными элементами этой жизни съ цѣлью установленія нормъ человѣческаго общежитія, существуетъ не для того, чтобы осуществлять идею абстрактной правовой воли, а для того, чтобы служить интересамъ и цѣлямъ гражданскаго оборота“. Отсюда Іерингъ выводитъ, что понятіе права составляется изъ двухъ моментовъ: одного—субстанціональнаго, лежащаго въ его практической цѣли, т. е. пользѣ или выгодѣ, доставляемой правомъ, и другого—формальнаго, который относится къ означенной цѣли, какъ простое средство, и заключается въ защитѣ права, въ искѣ. Такимъ образомъ понятіе права опредѣляется у Іеринга какъ „юридическая обезпеченность пользованія“; „права суть юридически защищенные интересы“ [1]).

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechts, III. § 61, стр. 326—328.

Мы должны признать огромное преимущество взгляда Іеринга передъ господствующимъ опредѣленіемъ субъективнаго права, отражающемъ на себѣ вліяніе философіи права Гегеля. Это преимущество заключается въ томъ, что, вмѣсто абстрактнаго и чисто формальнаго начала воли, Іерингъ утверждаетъ право на его матеріальномъ моментѣ, лежащемъ въ интересахъ, которымъ оно служитъ. Вслѣдствіе этого, изъ блѣднаго и мертвеннаго образа, носящаго на себѣ всѣ слѣды метафизическаго происхожденія, право превращается у него въ здоровое и жизненное понятіе, находящееся въ гармоніи какъ съ исторіей образованія права, такъ и цѣлью его—служить потребностямъ общежитія. Отдавая заслуженную дань этимъ достоинствамъ теоріи Іеринга, мы приведемъ, однако, и нѣсколько существенныхъ возраженій противъ нея.

а) Іерингъ опредѣляетъ право двумя различными понятіями, изъ которыхъ одно не покрывается другимъ. Если право есть „юридическая обезпеченность пользованія", какъ онъ утверждаетъ это сначала, то оно не можетъ быть въ то же время и „юридически защищеннымъ интересомъ", какъ онъ называетъ его черезъ нѣсколько строчекъ, и наоборотъ. Понятіе интереса и обезпеченности его не тождественны: то, что составляетъ интересъ, не можетъ вмѣстѣ съ тѣмъ быть и обезпеченностью или „самозащитой" интереса,—точно такъ же, какъ домъ, обнесенный для безопасности оградой, и эта ограда, охраняющая безопасность дома, не тождественны, но представляютъ различные предметы, которымъ соотвѣтствуютъ такія же различныя понятія. Слѣдовательно, изъ двухъ опредѣленій: „право—юридическая обезпеченность пользованія", и „право—юридически защищенный интересъ", правильнымъ можетъ быть признано одно, а не оба вмѣстѣ. И если бы намъ было необходимо принять одно изъ этихъ опредѣленій, то мы, не колеблясь, остановились бы на первомъ, т.-е. на опредѣленіи права въ смыслѣ „обезпеченности пользованія". Оно не отождествляетъ понятій права и интереса, которыя часто расходятся, и выражаетъ ясно ту мысль, что право никогда не бываетъ цѣлью для самого себя, а служитъ всегда средствомъ обезпеченія настоящаго или будущаго пользованія. Это—первая поправка, которую можно внести въ опредѣленіе понятія субъективнаго права Іерингомъ.

б) Другая ошибка того же опредѣленія, исправленная самимъ Іерингомъ въ другомъ его сочиненіи, озаглавленномъ „Цѣль въ правѣ", состоитъ въ томъ, что въ опредѣленіи: „право есть юридическая обезпеченность пользованія", опущенъ моментъ, безъ котораго нельзя мыслить никакого права. Этотъ моментъ заключается въ фактѣ общественнаго существованія человѣка, составляющемъ первое и необходимое предположеніе всякаго права, какъ объективнаго, такъ и субъективнаго. Выходя изъ этого предположенія и основываясь на своихъ предшествующихъ дедукціяхъ, Іерингъ опредѣляетъ въ указанномъ сочиненіи объективное право, какъ защиту или „обезпеченіе жизненныхъ условій общества въ

формѣ принужденія". Понятіе этихъ жизненныхъ условій, защищаемыхъ въ формѣ принужденія, говоритъ онъ, относительно и опредѣляется тѣмъ, чтò принадлежитъ жизни, состоящей не изъ одного физическаго бытія и имущественныхъ благъ, а также—духовнаго бытія и идеальныхъ благъ, каковы: честь, семья, умственные и нравственные интересы, придающіе жизни ея настоящую цѣну. Отношеніе человѣка къ этимъ благамъ постоянно измѣняется вслѣдствіе того, что какъ онъ самъ, такъ и эти блага стоятъ въ процессѣ непрерывнаго развитія, почему различнымъ состояніямъ культуры соотвѣтствуютъ и различныя представленія общества объ его жизненныхъ условіяхъ, и столь же различное содержаніе права. Неизмѣннымъ остается лишь то положеніе, что всякое право, каково бы ни было его содержаніе, имѣетъ цѣлью защиту и обезпеченіе этихъ постоянно измѣняющихся условій жизни общества. Соотвѣтственно этому и субъективное право, представляющее собой не что иное, какъ форму выраженія объективнаго права, есть защита жизненныхъ условій отдѣльнаго лица; и насколько въ этой защитѣ выражается охраненіе жизненныхъ условій общества, настолько субъективное право будетъ защитой тѣхъ же жизненныхъ условій общества, обращенной въ пользу отдѣльнаго лица [1]).

Съ приведеннымъ опредѣленіемъ субъективнаго права сходится въ существенномъ и опредѣленіе Дернбурга въ его пандектахъ: „право въ субъективномъ смыслѣ есть принадлежащее индивиду на основаніи объективнаго права участіе въ жизненныхъ благахъ" [2]). Но къ опредѣленіямъ Дернбурга и Іеринга необходимо сдѣлать слѣдующее дополненіе.

Признаваемое государствомъ участіе въ жизненныхъ благахъ и защищаемые имъ интересы опредѣляются не индивидуальной оцѣнкой и не субъективными масштабами. Основаніемъ оцѣнки служатъ общіе и объективные масштабы, усваиваемые себѣ даннымъ объективнымъ правопорядкомъ. Правами дѣлаются лишь тѣ интересы, которые объективное право считаетъ достойными защиты, и оно отказываетъ въ ней, напр., безцѣльнымъ сервитутамъ или безнравственнымъ договорамъ. Поэтому каждой исторической эпохѣ соотвѣтствуютъ права, стоящія вровень съ горизонтомъ интересовъ ея правообразующихъ факторовъ. Наше время знаетъ такія права, о которыхъ прежде нельзя было и думать, напр., право на свое изображеніе (фотографію), право на электрическую энергію и т. д., и эта объективная оцѣнка интересовъ опровергаетъ лучше всего отождествленіе субъективнаго права съ абстракціей индивидуальной воли, изъ которой можно было бы вывести право на самоубійство, на отчужденіе свободы и т. д. Опредѣленія Іеринга и Дернбурга не подаютъ повода къ такого рода упрекамъ, но они наводятъ, въ связи съ тѣмъ, что сейчасъ было сказано, еще на слѣдующее возраженіе.

---

[1]) Ihering, Zweck im Recht, 1879, I, стр. 434 и слѣд.

[2]) Dernburg, Pandekten, 6 Aufl., I, стр. 88.

в) Пониманіе субъективнаго права въ смыслѣ защиты интереса можно считать правильнымъ со стороны характеристики его содержанія, но не опредѣленія всего понятія субъективнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, если мы признаемъ, что объективное право есть извѣстный порядокъ интересовъ и ихъ защиты, то субъективное право должно быть ничѣмъ инымъ, какъ извѣстной формой этой же защиты. Но бѣда въ томъ, что содержаніе субъективнаго, какъ и всякаго права, чрезвычайно разнообразно: одно законодательство признаетъ такія субъективныя права, которыхъ другое вовсе не знаетъ, и даже признанныя въ разныхъ законодательствахъ субъективныя права, какъ напр., право собственности, выступаютъ передъ нами съ различнымъ содержаніемъ. Поэтому, какъ ни важно для субъективнаго права содержаніе, составляющее основаніе его существованія и примѣненія, субъективное право, какъ и всякое другое, можно лишь характеризовать, но не опредѣлять со стороны этого содержанія, которое не только постоянно разнообразится, но такъ же постоянно путается съ другими общественными отношеніями. Кромѣ того, опредѣленіе „право есть юридическая защита интереса“—слишкомъ широко для субъективнаго права: юридическая защита интересовъ происходитъ часто въ иныхъ формахъ, чѣмъ форма субъективнаго права, которая уже поэтому не разграничивается своимъ содержаніемъ отъ другихъ формъ защиты права.

Очевидно, разграниченіе и настоящее опредѣленіе субъективнаго права, какъ и права вообще, можетъ быть добыто только изъ его формы, которая дѣйствительно различаетъ субъективное право отъ другихъ формъ защиты права и оказывается при этомъ совмѣстимой съ весьма различнымъ содержаніемъ. Эта форма состоитъ въ томъ, что обращеніе къ защитѣ права и проведеніе этой защиты предоставлено иниціативѣ лица, обладающаго правомъ и располагающаго свободнымъ выборомъ между осуществленіемъ этого права и воздержаніемъ или отказомъ отъ него. И такую постановку защиты права въ зависимость отъ воли обладающаго имъ лица мы находимъ только при субъективныхъ правахъ; она рѣзко отличаетъ послѣднія отъ всѣхъ другихъ формъ защиты права, и какъ особая юридическая квалификація сферы дѣятельности, представленной защищаемому субъекту, должна быть введена въ самое понятіе субъективнаго права. Опредѣленіе этого понятія, какъ защищеннаго интереса, или защиты интереса, въ формѣ предоставленія иниціативы защиты самому защищаемому субъекту, удовлетворяло бы указанному требованію и заключало бы въ себѣ не исключеніе изъ этого понятія момента воли или власти, а лишь матеріализированіе и индивидуализированіе этого момента. Изгонялась бы только абстрактная, безцѣльная и отвлеченная отъ своего содержанія воля, которая приводитъ господствующее ученіе къ тому, что оно считаетъ содержаніе и цѣль

права безразличными для этого послѣдняго понятіями [1]). Но воля, обладающая опредѣленнымъ содержаніемъ, которое составляется изъ тѣхъ или другихъ жизненныхъ интересовъ, матеріальныхъ или духовныхъ, или воля, направленная на извѣстную цѣль, состоящую въ удовлетвореніи тѣхъ или другихъ потребностей, такъ же матеріальныхъ и идеальныхъ,— такая воля входитъ необходимымъ элементомъ въ понятіе субъективнаго права. Только признаніе этой воли, содержащей въ себѣ опредѣленный интересъ, можетъ вызвать то индивидуализированіе права и то прикрѣпленіе его къ отдѣльному лицу, которое такъ характерно для субъективнаго права.

Одинъ интересъ и его защита не даютъ понятія субъективнаго права. Не всѣ интересы пользуются защитой и ведутъ къ праву, точно такъ же, какъ и не всѣ интересы, получающіе даже защиту права, представляютъ собой субъективныя права. Защита общаго интереса въ порядкѣ публичнаго права заключаетъ въ себѣ необходимо защиту и неисчислимаго множества интересовъ отдѣльныхъ индивидуумовъ, безъ того, чтобы этимъ интересамъ соотвѣтствовало во множествѣ случаевъ какое бы то ни было субъективное право. Интересъ превращается въ субъективное право только тогда, когда защита его и самый объемъ этой защиты опредѣляются индивидуальной волей, получающей въ свое распоряженіе и необходимыя средства (искъ, возраженіе и т. д.) для осуществленія защиты.

Такимъ образомъ, не будучи ни исходной точкой, ни цѣлью права, воля выражаетъ собой способъ осуществленія или способъ защиты субъективнаго права, и этотъ способъ защиты составляетъ критерій, безъ котораго мы не могли бы отличить субъективное право отъ другихъ формъ защиты, встрѣчаемыхъ чаще всего въ публичномъ правѣ. Это опредѣляетъ значеніе начала воли въ понятіи субъективнаго права, и значеніе настолько важное, что имъ оправдывается положеніе, формулируемое однимъ изъ современныхъ намъ нѣмецкихъ юристовъ въ слѣдующихъ словахъ: „Воля и интересъ входятъ вмѣстѣ и необходимо въ понятіе субъективнаго права; воля представляетъ собой формальный, а интересъ—матеріальный элементъ этого понятія“ [2]).

Замѣтимъ, однако, что Іерингу не только не было чуждо сознаніе

---

[1]) Одинъ изъ крайнихъ представителей такого чисто формальнаго воззрѣнія на право опредѣляетъ это послѣднее, какъ простую покрышку („envolоppe“) или футляръ для совершенно индифферентнаго содержанія. Roguin, Règle de droit, стр. 112.

[2]) Iellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, 2-te Aufl. 1905, стр. 43—45. См. также Regelsberger, Pandekten, I, стр. 74—76; и Bernatzik, Archiv für öffentliches Recht, B. V, стр. 193, 232, 260, гдѣ право опредѣляется какъ интересъ или цѣль, обезпечиваемые въ своемъ осуществленіи дѣйствіемъ (господствомъ) воли.

такого же отношенія между формальнымъ и матеріальнымъ моментами понятія права, но что ему принадлежитъ и опредѣленіе субъективнаго права въ смыслѣ „самозащиты интереса“, и указаніе на гражданскій искъ, какъ на „критерій гражданскихъ правъ“ [1]). Поэтому, несмотря на всѣ приведенныя противъ опредѣленія субъективнаго права Іерингомъ возраженія, это опредѣленіе можетъ быть признано по существу правильнымъ и представляющимъ несомнѣнныя преимущества передъ прежними опредѣленіями. Эти преимущества можно видѣть въ томъ, что, во 1-хъ, опредѣленіемъ Іеринга устанавливается между понятіями права въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ та связь и та гармонія, которыя существуютъ въ дѣйствительности; во 2-хъ, имъ объединяются въ одно цѣлое всѣ три признака, характеризующіе понятіе права: общественный интересъ, какъ цѣль права, обезпеченіе и защита, какъ содержаніе его, и принудительность, какъ форма выраженія и осуществленія права въ жизни. Два первыхъ признака существенны для понятія права, но о третьемъ, т.-е. о принудительности права, можно сказать только то, что онъ сопровождаетъ понятіе права въ большинствѣ случаевъ его обнаруженія, не составляя, однако, необходимаго момента этого понятія. Существованіе правъ, не зависящихъ отъ принужденія, едва-ли можетъ быть предметомъ сомнѣнія, хотя было бы трудно оспаривать и противоположную тенденцію права къ принудительному осуществленію [2]).

Изъ необходимой связи понятій объективнаго и субъективнаго права не слѣдуетъ, однако, выводить ни историческаго пріоритета одного изъ этихъ понятій передъ другимъ, ни возможности свести все право либо къ праву въ субъективномъ, либо къ праву въ объективномъ смыслѣ, какъ единственному творцу права. Послѣднее изъ этихъ заключеній, утверждающее своего рода монизмъ объективнаго права, связано съ уже указанной нами тенденціей современной юриспруденціи не видѣть въ правѣ ничего, кромѣ совокупности принудительныхъ нормъ, или „императивовъ“, и, притомъ, такихъ только императивовъ, которыми что-либо предписывается или запрещается. Эта тенденція выступаетъ въ нѣмецкой литературѣ съ особенной яркостью у Тона [3]), и она можетъ быть названа теперь господствующей, хотя, проведенная логически до конца, она совершенно отрицаетъ субъективное право. И одинъ изъ новыхъ юристовъ [4]) не постѣснялся вывести изъ господства „императивовъ“ въ правѣ и это послѣдствіе, стоящее въ противорѣчіи какъ съ историческимъ развитіемъ

---

[1]) Ihering, въ ук. м.

[2]) См. мою статью: Право въ его основныхъ моментахъ въ Сборникѣ общихъ юридическихъ знаній, стр. 59—69, 103—105.

[3]) Thon. Rechtsnorm und subjcetives Recht.

[4]) Pfersche, Methodik der Privatrechtswissenschaft, 1881. Къ тому же выводу, исходя изъ другихъ посылокъ, приходитъ и новѣйшій французскій писатель Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, I, 1901.

права, такъ и съ охранительными функціями его въ отношеніи къ личной свободѣ. Но мы уже говорили, что если бы все право сводилось къ однозвучнымъ приказамъ и запретамъ, то оно представляло бы родъ каторги, въ которой все было бы подчинено принужденію. Если бы всякій законъ приносилъ съ собой на первомъ планѣ обязанности, то гдѣ было бы дышать человѣку въ области права? Если бы вездѣ царила обязанность, то гдѣ было бы право? Слѣдуетъ помнить, что времена, въ которыя обязанности преобладали надъ правомъ, предшествовали у здоровыхъ народовъ взрывамъ революціи.

Къ нашему счастью, ежедневное наблюденіе разворачиваетъ передъ нами такую пеструю картину субъективныхъ правъ, центръ тяжести которыхъ лежитъ въ правахъ, а не въ обязанностяхъ, предполагаемыхъ на первомъ мѣстѣ понятіемъ нормы, что объ исключеніи этимъ послѣднимъ понятія субъективнаго права не можетъ быть и рѣчи. Это исключеніе означало бы вмѣстѣ съ тѣмъ и исключеніе личности, въ которой субъективное право имѣетъ свой корень. Объективное право только признаетъ и защищаетъ субъективныя права, но не создаетъ ихъ. Таково, по крайней мѣрѣ, европейское представленіе о субъективномъ правѣ, которое расходится, можетъ быть, съ міровоззрѣніемъ древнихъ грековъ и римлянъ, но не перестаетъ отъ этого служить опредѣляющимъ началомъ для всей новой культуры. Аристотель училъ, что государство старше личности, такъ какъ цѣлое существуетъ раньше своихъ частей. По этому ученію задачей государства должно быть не благо индивида, а его собственное благо. Къ тому же сводится, въ сущности, и господствующее опредѣленіе субъективнаго права, утверждающее созданіе его объективнымъ правопорядкомъ. Но, помимо приведенныхъ выше соображеній, это опредѣленіе опровергается и законодательными постановленіями всѣхъ культурныхъ народовъ какъ о неприкосновенности личности и собственности, такъ и объ исключеніи обратнаго дѣйствія закона.

Поэтому, даже независимо отъ исторической недоказанности пріоритета объективнаго права передъ субъективнымъ, все, и, въ особенности, тѣсная связь между тѣмъ и другимъ правомъ, приводитъ къ заключенію, что представленіе о правахъ и обязанностяхъ, составляющее содержаніе субъективнаго права, возникаетъ одновременно съ представленіемъ объ ограничивающей и защищающей эти права и обязанности нормѣ. Норма регулируетъ данное отношеніе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и связывается имъ; она находитъ его въ соціальной жизни и отражаетъ въ своихъ опредѣленіяхъ, основаніе которыхъ лежитъ въ той же жизни.

Другое мнѣніе, принимающее субъективное право, въ смыслѣ ограниченной области индивидуальной свободы, за первичное понятіе, стоящее впереди объективной нормы, которою оно только регистрируется, принадлежитъ школѣ „естественнаго права“ и такъ же не можетъ быть признано правильнымъ. Пріоритетъ субъективнаго права передъ объективнымъ

нельзя установить ни для доисторическаго, ни для историческаго времени, а относительно средневѣковаго права мы имѣемъ даже прямыя свидѣтельства о томъ, что оно вовсе не различало понятій объективнаго и субъективнаго права. Въ современномъ правѣ мы наблюдаемъ между тѣмъ и другимъ правомъ противоположное отношеніе, въ силу котораго объективная норма ставится впереди субъективнаго права. Отсюда не слѣдуетъ, однако, пріоритета объективнаго права, а слѣдуетъ только то, что объективная норма (индивидуальная) рождается вмѣстѣ съ понятіемъ субъективнаго права, хотя и связывается сначала не съ государствомъ, а съ предшествующими ему общественными организаціями, не противополагаясь субъективному праву, а соединяясь съ нимъ въ одномъ и томъ же общемъ представленіи о правѣ.

Такимъ образомъ, субъективное и объективное право суть соотносительныя понятія, вовсе не стоящія другъ къ другу въ отношеніи причины и слѣдствія. Это—скорѣе двѣ стороны одного и того же явленія, которыя и при противопоставленіи ихъ другъ къ другу взаимно опредѣляются и взаимно обусловливаются [1]).

2. Составъ субъективнаго права.

Каждое субъективное право состоитъ уже въ силу своего понятія изъ слѣдующихъ элементовъ: а) лица, которому оно предназначено служить, б) предмета, изъ котораго оно удовлетворяется, и в) защиты, безъ которой не существовало бы никакого права.

а) Лицо, носитель права, или его субъектъ, составляетъ первое и необходимое предположеніе всякаго права, существующаго только для людей, хотя нѣкоторые новые юристы и, въ числѣ ихъ, Виндшейдъ, Унгеръ, Беккеръ, Регельсбергеръ и др., утверждаютъ возможность права и безъ субъекта. Но допущеніе безсубъектныхъ правъ заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе, въ которое впадаютъ только потому, что не умѣютъ объяснить явленія, представляющія лишь кажущееся отсутствіе субъекта. Сюда принадлежатъ, главнымъ образомъ, тѣ случаи, когда извѣстный кругъ правъ и обязанностей связывается не съ отдѣльными лицами, а съ такими общественными организаціями, какъ, напр., государство, община, корпорація и т. д. Эти организанціи называютъ фиктивными или юридическими лицами и противополагаютъ имъ дѣйствительное или физическое лицо. А такъ какъ всякая фикція есть вымыселъ, противорѣчащій дѣйствительности, то и права, приписываемыя юридическимъ лицамъ, считаютъ безсубъектными. Но мы покажемъ при изложеніи ученія объ юридическомъ лицѣ, что это послѣднее представляетъ собой

[1]) Gierke, Das deutsche Privatrecht, I, стр. 251—252.

не фикцію, а форму общественнаго обладанія, и что пріурочиваемыя къ этой формѣ права существуютъ не для фиктивнаго лица, а для живыхъ людей, входящихъ въ составъ той или другой организаціи и только обмѣнивающихъ въ ней индивидуальную форму обладанія своими правами на коллективную. Нельзя считать безсубъектными и такія состоянія права, которыя переживаютъ своего субъекта или возникаютъ до его появленія: это—только продолженіе или предвареніе права признаннаго или имѣющаго быть признаннымъ субъекта.

Такимъ образомъ юристы, принимающіе безсубъектное состояніе права, смѣшиваютъ съ нимъ, какъ мы увидимъ это ниже, только временное отсутствіе субъекта, или такъ назыв. пассивное дѣйствіе права, которое предполагаетъ появленіе субъекта въ будущемъ и поэтому уже не можетъ называться безсубъектнымъ состояніемъ права.

б) Второй элементъ субъективнаго права есть его предметъ, которымъ служатъ разнообразнѣйшіе интересы человѣческаго существованія, не ограниченные, какъ мы это уже знаемъ, имущественнымъ содержаніемъ. Лишенное предмета, право не имѣло бы въ большинствѣ случаевъ значенія и было бы не правомъ, а призракомъ: предметъ составляетъ матеріальный элементъ права, который обозначаетъ и ограничиваетъ сферу дѣятельности его субъекта, и такъ же необходимъ для права, какъ необходимо тѣло для живого существа.

в) Наконецъ, третій, формальный моментъ субъективнаго права дается его защитой въ формахъ иска, возраженія, обращенія къ дозволенному самоуправству, объявленія о недѣйствительности тѣхъ или другихъ дѣйствій и т. д. Всѣ эти средства защиты права составляютъ его санкцію, безъ которой право не можетъ обойтись, но которую все-таки не слѣдуетъ смѣшивать съ самимъ правомъ. Это часто допускаемое смѣшеніе ведетъ свое начало отъ римскаго права, которое не представляло себѣ права иначе, какъ въ формѣ его судебнаго осуществленія, и принимало поэтому искъ за самое право въ его дѣятельномъ состояніи. Но современное представленіе о правѣ считаетъ искъ не основаніемъ, а послѣдствіемъ права и, въ большинствѣ случаевъ, придаткомъ къ нему. Право существуетъ и до того, чѣмъ оно воплощается въ искъ, и существуетъ въ силу абстрактной нормы, а не только своей судебной защиты въ данномъ конкретномъ случаѣ. Поэтому искъ и слѣдуетъ теперь отличить отъ производящаго его права, которое можетъ, во-1), охраняться и различными исками, принадлежащими различнымъ областямъ права, и, во-2), существовать и безъ исковой охраны. Напр., право собственности защищается не только исками о собственности, но и владѣльческими, обязательственными и даже уголовными исками, а кредиторъ, пропускающій исковую давность, теряетъ только свой искъ, а не свое право въ отношеніи къ должнику: платежъ, производимый этимъ послѣднимъ и послѣ истеченія давности по его обязательству, не подлежитъ возврату (это—одинъ изъ

случаевъ такъ наз. „натуральныхъ обязательствъ“). Наконецъ, и искъ можетъ стоять независимо отъ права—по крайней мѣрѣ, въ субъективномъ смыслѣ,—когда онъ предъявляется, напр., по поводу ошибки, принужденія и другихъ пороковъ, вызывающихъ недѣйствительность сдѣлокъ, или имѣетъ цѣлью признаніе какихъ-либо обстоятельствъ, представляющихъ извѣстный интересъ для истца, но не его право (это—такъ наз. Feststellungsklagen, или „иски о признаніи“).

Однако, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, составляющихъ общее правило, искъ сопутствуетъ праву и связанъ съ нимъ крѣпкими узами. Отдѣленный отъ права искъ и лишенное иска субъективное право представляютъ собой исключенія, объясняемыя особыми соображеніями и спеціальнымъ составомъ нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній. Поэтому искъ и раздѣляетъ, по общему правилу, природу защищаемаго имъ права, отличаясь напр., свойствами вещнаго иска при вещныхъ правахъ, обязательственнаго—при обязательственныхъ правахъ и т. д. Но самое общее различіе въ защитѣ права есть, какъ это намъ уже извѣстно, различіе въ защитѣ публичнаго и гражданскаго права, смотря по тому, имѣетъ-ли она въ виду отношенія индивидовъ другъ къ другу или къ государству. Отсюда вытекаетъ и изложенное выше раздѣленіе права на публичное и гражданское по способу защиты того и другого, причемъ гражданское право защищается не одними гражданскими исками, но и средствами защиты публичнаго права: наша тѣлесная неприкосновенность и другія права личности, равно какъ и собственность, и другія имущественныя права, охраняются, кромѣ гражданскихъ нормъ, еще нормами административнаго и уголовнаго права, преслѣдующими убійство, членовредительство, воровство и т. д. особыми наказаніями и взысканіями въ порядкѣ уголовнаго или административнаго процесса. Но гражданское право занимается только гражданской защитой субъективныхъ правъ, которая настолько характерна сама по себѣ, въ силу проникающаго ее начала личной иниціативы, что выдѣленіе этой области защиты въ особую дисциплину юридическихъ знаній является необходимымъ и вполнѣ оправдываемымъ пріемомъ изученія.

3. Юридическое дѣйствіе субъективныхъ правъ.

Въ дѣйствіи субъективныхъ правъ можно различать три стороны: активную, пассивную и рефлективную.

А) Активное дѣйствіе права обращено непосредственно къ его субъекту, который пользуется имъ въ своемъ интересѣ и опредѣляетъ самъ способъ и форму этого пользованія. Управомоченному лицу принадлежитъ, такъ сказать, дирекція, или управленіе его правомъ, и въ этомъ заключается, какъ намъ извѣстно, все значеніе момента воли для права:

не составляя цѣли для себя, воля опредѣляетъ форму, въ которой право служитъ своему субъекту.

Вообще, отношеніе лица къ его праву можетъ мыслиться въ двоякой формѣ. Первая есть форма предиката, когда право даетъ лицу какое-либо неразрывно связанное съ нимъ юридическое качество и получаетъ значеніе предиката личности: я являюсь, напр., отцомъ семейства, наслѣдникомъ, собственникомъ и т. д. Вторая форма есть форма идеальнаго объекта, когда право выступаетъ, какъ нѣчто, стоящее внѣ управомоченнаго лица и подчиненное его господству (res incorporalis).

Первое изъ этихъ представленій мы встрѣчаемъ на начальныхъ стадіяхъ развитія права, напр., въ раннюю эпоху римскаго права, когда право отождествлялось съ личностью, и нарушеніе права считалось оскорбленіемъ личности. Объясненіе свое это представленіе находитъ въ трудностяхъ борьбы, которая ведется человѣкомъ для пріобрѣтенія правъ, дѣлающихся уже поэтому частью его личности. Созданіе первоначальной культуры, какъ, напр., собственности, требуетъ несравненно больше напряженія, чѣмъ позднѣйшее ея развитіе, когда пріобрѣтеніе той же собственности облегчается наслѣдствомъ и другими условіями, отсутствующими въ началѣ развитія. Это древнѣйшее воззрѣніе на право выражалось у римлянъ во множествѣ институтовъ, какъ, напр., въ юридическомъ отождествленіи capitis deminutio, т.-е. умаленія или уничтоженія правоспособности, съ физической смертью, и въ признаніи непереносимости и неотчуждаемости всѣхъ гражданскихъ правъ. Даже собственность, какъ право, не могла быть передана въ другія руки, а цѣль ея перехода достиглась сложнымъ процессомъ, въ которомъ первоначальный собственникъ уничтожалъ сначала свое право, и потомъ уже позднѣйшій собственникъ овладѣлъ имъ, какъ бы независимо отъ права своего предшественника. Такъ же непереносимы были права по обязательствамъ, и цѣль ихъ переноса (cessio) осуществлялась особаго рода представительствомъ (procuratio in rem suam). На той же идеѣ были построены старѣйшіе и важнѣйшіе акты римскаго права — mancipatio, in jure cessio и т. д.

Позднѣйшее римское и современныя намъ знаконодательства держатся второго изъ указанныхъ выше представленій о правѣ и считаютъ почти всѣ гражданскія права,—за исключеніемъ правъ личности, семейныхъ и нѣкоторыхъ другихъ правъ, напр., права членства въ извѣстныхъ корпораціяхъ,—переносимыми; и на этой переносимости правъ основана теперь вся жизнь гражданскаго оборота. Кромѣ того, намъ извѣстны и такія субъективныя права, которыя, въ виду легкости обращенія, связываются не съ индивидуально опредѣленными субъектами, а съ тѣми или другими юридическими отношеніями, мѣняющими своихъ субъектовъ. Примѣръ такихъ субъективныхъ правъ уже въ римскомъ правѣ даютъ намъ такъ наз. предіальные, или сельскіе сервитуты, которыхъ активная сторона, т.-е. субъектъ указывается владѣніемъ даннымъ поземельнымъ участ-

комъ и мѣняется съ каждымъ переходомъ этого участка изъ рукъ въ руки. Сюда же въ современномъ правѣ принадлежатъ бумаги на предъявителя, активный субъектъ которыхъ указывается такъ же однимъ владѣніемъ, не требующимъ для себя здѣсь даже особыхъ юридическихъ основаній.

Такимъ образомъ, право является въ настоящее время объектомъ господства, и главное его дѣйствіе, которое можно называть активнымъ, состоитъ въ направленіи на цѣли и интересы управомоченнаго субъекта. Но, кромѣ такого активнаго дѣйствія, право производитъ еще пассивное и рефлективное дѣйствія, которыя необходимо различать отъ активной стороны права, въ виду того, что они представляютъ крупныя особенности и служатъ объясненіемъ многихъ явленій права, остававшихся незамѣченными или необъясненными до того, пока на нихъ не было указано въ посвященныхъ имъ Іерингомъ въ своемъ журналѣ статьяхъ [1]).

Б) Пассивное дѣйствіе права. Подъ нимъ разумѣется связанность предмета права вытекающей изъ его активной стороны цѣлью; это— отрицательная сторона права, не имѣющая того систематическаго значенія, которое принадлежитъ его активной или положительной сторонѣ, такъ какъ оба дѣйствія права обыкновенно совпадаютъ, и при такомъ совпаденіи отличіе ихъ другъ отъ друга представляетъ только логическій интересъ. Этотъ логическій интересъ получаетъ практическое значеніе, когда активная сторона права отсутствуетъ, а связанность вещи или лица, какъ предмета права, продолжается. Такіе случаи довольно многочисленны и находятъ свое объясненіе въ слѣдующемъ наблюденіи.

Право не исчерпывается отношеніемъ его къ управомоченному субъекту или тѣмъ, что называютъ его активной стороной, но необходимо воздѣйствуетъ и на внѣшній міръ. Это воздѣйствіе обнаруживается въ производимой правомъ, для осуществленія своей цѣли, связанности внѣшняго міра, въ которой лежитъ сущность пассивнаго дѣйствія права. Эта связанность обусловливается, въ свою очередь, тѣмъ, что всѣ гражданскія права, за исключеніемъ правъ личности, ведутъ къ юридическимъ отношеніямъ управомоченнаго лица къ чему-нибудь стоящему внѣ этого лица, все равно, будетъ-ли то иное лицо, какъ въ области семейныхъ и обязательственныхъ отношеній, или какая-нибудь вещь, какъ это имѣетъ мѣсто въ вещномъ и отчасти наслѣдственномъ правѣ. Лицо, стоящее противъ управомоченнаго, въ такой степени необходимо для понятій отеческой власти, брака, обязательства, и вещь, поставленная въ то или другое отношеніе къ лицу, до такой степени необходима для понятій владѣнія, собственности, наслѣдства, — что мы не могли бы и мыслить всѣхъ этихъ понятій независимо отъ соотвѣтствующихъ имъ отношеній. Слѣдовательно, всѣ упомянутыя права суть въ самомъ своемъ понятіи

[1]) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts, B. X.

юридическія отношенія, т.-е. защищенныя юридическими нормами отношенія, въ которыя управомоченное лицо становится къ внѣшнему міру. Эти юридическія отношенія представляютъ собой форму, въ которой объективное право обнаруживаетъ свое охраняющее и ограничивающее дѣйствіе на внѣшній міръ, и если оно утверждаетъ за субъектомъ качество управомоченнаго, то объекту оно передаетъ свойство служить цѣлямъ управомоченнаго. Господство на одной сторонѣ и служеніе или связанность на другой суть, поэтому, соотносительныя понятія, равно существенныя для понятія права, и скажемъ-ли мы, что А состоитъ кредиторомъ В, или В должникомъ А, мы выразимъ одно и то же юридическое положеніе, характеризуя его въ первомъ случаѣ съ положительной стороны, а во второмъ — съ отрицательной. Юридическій интересъ различія той и другой стороны права состоитъ въ возможности временнаго отдѣленія и самостоятельнаго существованія одной пассивной стороны права безъ его активной стороны. Обратное, т.-е. активное дѣйствіе права безъ пассивнаго, немыслимо уже потому, что если право ведетъ необходимо къ отношенію, а это послѣднее есть господство на одной сторонѣ и связанность на другой, то активное дѣйствіе права должно всегда предполагать и пассивное. Пассивное же дѣйствіе права, т.-е. состояніе связанности его объекта, можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ существовать и при временномъ отсутствіи субъекта права.

Римское и европейскія законодательства даютъ намъ возможность наблюдать это явленіе въ двоякой формѣ: 1), промежуточной стадіи права, при временномъ отпаденіи его субъекта, и 2), предварительной стадіи, при образованіи права. Въ обоихъ случаяхъ цѣль пассивнаго дѣйствія права одна и та же. Она состоитъ въ обезпеченіи права будущаго управомоченнаго субъекта, и если уже временное отсутствіе этого послѣдняго препятствуетъ допущенію права, то оно не препятствуетъ обезпеченію его послѣдующаго возникновенія и вступленію въ обладаніе имъ управомоченнаго субъекта, когда этотъ послѣдній оказывается налицо.

Для выясненія вопроса возьмемъ, напр., состояніе наслѣдства въ періодъ времени отъ смерти наслѣдодателя до вступленія въ наслѣдство его преемниковъ. Это состояніе, несмотря на временное отсутствіе управомоченнаго лица, исключающее возможность активнаго дѣйствія права, защищается объективнымъ правомъ въ смыслѣ охраненія цѣлости наслѣдственнаго имущества путемъ установленія его связанности. Объясненіе этой защиты лежитъ въ цѣли наслѣдства—служить интересамъ наслѣдниковъ, до появленія которыхъ оно остается связаннымъ и производитъ одно пассивное дѣйствіе. Возьмемъ, далѣе, изъ области вещнаго права, и именно сервитутныхъ отношеній, положеніе господствующаго участка (praedium dominans), въ пользу котораго установлено какое-нибудь право въ другомъ участкѣ, называемомъ служащимъ (praedium serviens), когда этотъ

господствующій участокъ оставляется его собственникомъ на произволъ судьбы (derelictio); и изъ области обязательственнаго права—положеніе бумагъ на предъявителя, такъ же забрасываемыхъ ихъ владѣльцамъ: пассивное дѣйствіе права въ обоихъ случаяхъ будетъ продолжаться, несмотря на временное отсутствіе субъекта. Римское право не высказывалось относительно пассивнаго дѣйствія права въ приведенныхъ сейчасъ случаяхъ, такъ какъ институтъ бумагъ на предъявителя былъ ему вовсе неизвѣстенъ, а вліяніе дереликціи господствующаго участка на продолженіе прединльнаго, или сельскаго сервитута имѣло слишкомъ мало практическаго значенія для того, чтобы обращать на себя вниманіе римскихъ практиковъ.

Дереликція земли происходитъ вообще рѣдко, а въ тѣхъ случаяхъ, когда она имѣетъ мѣсто, выгодныя послѣдствія ея абсорбируются собственникомъ служащаго участка, на которомъ тяготѣетъ данный сервитутъ. Собственникъ этого участка производитъ оккупацію, или захватъ заброшеннаго praedium dominans и погашаетъ сервитутъ силой консолидаціи, т.-е. соединенія въ своемъ лицѣ собственности и сервитута въ одномъ и томъ же имуществѣ. Въ такихъ случаяхъ сервитутъ лишается окончательно своего прежняго субъекта, и римскіе юристы не имѣли повода задумываться надъ пассивнымъ дѣйствіемъ права. Но новая юриспруденція проявляла болѣе, чѣмъ римская, способности къ конструктивной работѣ и выставила по настоящему вопросу двѣ теоріи. Одна изъ нихъ принадлежитъ Boecking'у, который возводитъ въ своихъ Пандектахъ praedium dominans въ достоинство юридической личности и, развивая консеквентно этотъ взглядъ, считаетъ оставленіе, или дереликцію земли, въ пользу которой установленъ сервитутъ, за нѣчто совершенно безразличное для этого послѣдняго: сервитутъ продолжаетъ существовать и возрождается къ жизни въ лицѣ новаго собственника, въ случаѣ оккупаціи имъ заброшенной земли. Другого взгляда держится Elvers, авторъ извѣстнаго сочиненія о сервитутахъ („Die römische Sirvitutenlehre“, стр. 98). Исходя изъ вѣрной посылки, что не земельный участокъ, а его собственникъ является субъектомъ сервитута, онъ приходитъ къ невѣрному заключенію, что съ устраненіемъ этого субъекта устраняется и прекращается навсегда самый сервитутъ. Elvers не принимаетъ въ расчетъ возможности временнаго отсутствія субъекта, и это временное отсутствіе онъ смѣшиваетъ съ совершеннымъ устраненіемъ субъекта. Этимъ платится дань предразсудку, который находитъ, что юридическое отношеніе не можетъ никогда пережить своего субъекта. О теоріи Boecking'а нужно сказать, наоборотъ, что она приходитъ къ вѣрному результату, исходя изъ невѣрной посылки объ юридической личности прединльнаго сервитута; невѣрностью этой посылки разрушается и построенная на ней теорія. Напротивъ, Іерингонской конструкціей пассивнаго дѣйствія права весь вопросъ разрѣшается несравненно удовлетворительнѣе. Цѣль прединльнаго сервитута—продолжающаяся, длящаяся. Она такъ мало совпадаетъ

съ преходящими интересами и потребностями его временнаго обладателя, что ограниченіе сервитута этими временными интересами и потребностями исключало бы самое понятіе предіальнаго сервитута. Управомоченное имъ лицо можетъ, конечно, отказаться отъ своего сервитута или потерять его черезъ non usus, т.-е. устраненіе себя отъ пользованія имъ; но это не измѣнило бы положенія самого сервитута. Съ устраненіемъ собственника земли, для которой установленъ тотъ или другой сервитутъ, цѣль этого послѣдняго перестаетъ дѣйствовать только для даннаго собственника; сама же по себѣ она остается въ силѣ, и съ нею продолжается безъ измѣненія та же юридическая квалификація обоихъ поземельныхъ участковъ — какъ господствующаго, такъ и служащаго,—которая стоитъ въ соотвѣтствіи съ длящейся цѣлью сервитута.

Параллельными приведеннымъ соображеніями объясняется пассивное дѣйствіе права и при бумагахъ на предъявителя. Эти послѣднія имѣютъ цѣлью доставить право требованія по заключающимся въ нихъ обязательствамъ тому лицу, которое ими владѣетъ и ихъ предъявляетъ къ исполненію. Эта цѣль продолжается, такъ какъ не можетъ считаться достигнутой, и въ томъ случаѣ, когда данный владѣлецъ бумагъ на предъявителя отказывается отъ нихъ путемъ дереликціи. Такой отказъ можетъ касаться только даннаго владѣльца, не затрагивая будущихъ владѣльцевъ, которые, вступая въ обладаніе этими бумагами, получатъ вмѣстѣ съ тѣмъ и право на осуществленіе содержащихся въ нихъ обязательствъ. Разъ цѣль бумагъ на предъявителя состоитъ въ томъ, чтобы взысканіе по нимъ въ интересахъ кредита принадлежало каждому предъявителю, то цѣль эта не можетъ быть исчерпана дереликціей этихъ бумагъ со стороны одного изъ множества возможныхъ владѣльцевъ ими. Указанная цѣль,—безъ отношенія къ которой бумаги на предъявителя никакъ не могли бы играть исполняемой ими въ гражданскомъ оборотѣ роли замѣстителей денегъ,—какъ бы, присуща этимъ бумагамъ и не теряетъ своей силы даже при временномъ отсутствіи субъекта, находя свое осуществленіе во владѣніи этими бумагами и полученіи соотвѣтственнаго удовлетворенія каждымъ владѣльцемъ этихъ бумагъ.

Такое же пассивное дѣйствіе права возможно и по отношенію къ будущимъ правамъ, если данное состояніе не представляетъ еще наличности всѣхъ условій, необходимыхъ для возникновенія того или другого юридическаго отношенія въ настоящемъ, и нѣкоторыя изъ этихъ условій могутъ наступить только въ будущемъ. Въ этихъ случаяхъ право будетъ находиться въ процессѣ образованія, въ промежуткѣ между бытіемъ и небытіемъ, какъ это мы видимъ, напр., при такъ называемыхъ суспензивно-условныхъ сдѣлкахъ, гдѣ связанность объекта права выражается въ томъ, что возможному въ будущемъ должнику воспрещается препятствовать наступленію условія, отъ котораго поставлено въ зависимость возникновеніе права другой стороны. Сюда же относятся:

запрещеніе отчуждать недвижимое имущество, входящее въ составъ приданаго (fundus dotalis), несмотря на признаніе собственности мужа на это имущество,—это запрещеніе имѣетъ въ виду защиту возрождающагося съ прекращеніемъ брака права жены на приданое; такое же запрещеніе отчуждать заповѣдныя имѣнія, или фидеикомиссы, имѣющее цѣлью обезпечить права будущихъ владѣльцевъ ими, и т. д. Пассивнымъ же дѣйствіемъ права объясняется лучше всего и защита такъ наз. „зародыша", т.-е. еще не рожденнаго, но уже зачатаго человѣческаго существа, которое не признается субъектомъ права, но тѣмъ не менѣе охраняется въ своихъ будущихъ правахъ, возникающихъ съ момента рожденія.

Общая черта, наблюдаемая во всѣхъ указанныхъ случаяхъ пассивнаго дѣйствія права, такова: мы видимъ не продолженіе права, котораго не можетъ быть при отсутствіи субъекта, предполагаемаго каждымъ правомъ, а одну лишь связанность его предмета, разсчитанную на возможность появленія управомоченнаго субъекта въ будущемъ и на практическія выгоды, представляемыя обезпеченностью права путемъ установленія связанности его объекта.

В) Рефлективное дѣйствіе права. Въ основаніи рефлективнаго дѣйствія права лежитъ то явленіе, что право производитъ часто, рядомъ со своимъ разсчитаннымъ для лица управомоченнаго дѣйствіемъ, еще независящія отъ воли этого послѣдняго и совершенно случайныя послѣдствія, выгодныя или невыгодныя для посторонняго третьяго лица. При выгодныхъ послѣдствіяхъ такого дѣйствія чужого права, пользующееся ими третье лицо является, какъ бы, правовымъ паразитомъ, лишеннымъ только юридической защиты; при невыгодныхъ послѣдствіяхъ оно остается такъ же беззащитнымъ.

Такое невольное дѣйствіе права въ пользу или во вредъ посторонняго лица названо Іерингомъ рефлективнымъ по аналогіи съ параллельнымъ явленіемъ въ области физіологіи и охарактеризовано, главнымъ образомъ, тѣмъ, что лицо, относительно котораго это дѣйствіе имѣетъ мѣсто, не стоитъ въ юридическомъ отношеніи ни съ его источникомъ, ни съ результатомъ. Если третье лицо получаетъ выгоду, то оно не имѣетъ на нее субъективнаго права; возможная въ нѣкоторыхъ случаяхъ защита этой выгоды есть защита объективнаго, а не субъективнаго права; и обратно, если третье лицо терпитъ отъ рефлективнаго дѣйствія чужого права вредъ, то оно не можетъ защищаться отъ него въ формахъ субъективнаго права: рефлективное дѣйствіе стоитъ внѣ его власти.

Отношенія, устанавливающія рефлективное дѣйствіе, могутъ быть двоякаго рода: или фактическія, или юридическія. Возьмемъ сначала нѣсколько примѣровъ, въ которыхъ рефлективное дѣйствіе является слѣдствіемъ фактическаго отношенія. Мой сосѣдъ, напр., роетъ канаву для стока воды; по мѣстоположенію этой канавы она можетъ приносить

пользу и моему имѣнію. Или: домохозяинъ дѣлаетъ на своемъ дворѣ, выходящемъ на двѣ улицы, ворота; я занимаю квартиру при этомъ же дворѣ и могу, проходя черезъ новыя ворота, сокращать свой путь. Очевидно, что я не имѣю субъективнаго права ни на ту, ни на другую выгоду, и пользуюсь ими только рефлективно, такъ какъ съ сосѣдомъ я не состою ни въ какомъ юридическомъ отношеніи. Еще примѣръ: кто-нибудь на своемъ участкѣ прудитъ рѣку. Запруда, принося пользу тому, кто ее устраиваетъ, оказывается въ то же время выгодной и для владѣльца участка вверхъ по теченію рѣки. Если устроившій запруду спуститъ воду, то владѣлецъ вверху лежащаго имѣнія не можетъ этому воспрепятствовать: выгода, полученная имъ отъ запруды, была чисто фактическая, рефлективная и не давала ему права требовать продолженія прежняго состоянія.

Въ слѣдующихъ примѣрахъ рефлективное дѣйствіе права выступаетъ результатомъ юридическихъ отношеній. Я имѣю на сосѣдній участокъ земли право сервитута водопровода (serv. aquaeductus), т.-е. право провести воду изъ какого-нибудь источника черезъ этотъ участокъ. Хозяинъ участка, чрезъ который проходитъ водопроводъ, можетъ такъ же пользоваться имъ, какъ и я, насколько его пользованіе совмѣстимо съ моимъ. Но если я пренебрегу своимъ водопроводомъ, запущу его такъ, что вода по немъ не будетъ болѣе протекать, то хозяинъ сосѣдняго участка потерпитъ ущербъ, который онъ не можетъ предотвратить предъявленіемъ ко мнѣ какого бы то ни было иска. Или: А владѣетъ на правѣ собственности извѣстнымъ участкомъ земли вмѣстѣ съ малолѣтнимъ В. Обоимъ принадлежитъ какой-нибудь сервитутъ на сосѣдній участокъ, и этотъ сервитутъ теряется, если имъ не пользуются въ теченіе извѣстнаго времени. Ни А, ни В не пользуются сервитутомъ въ теченіе этого времени, откуда слѣдовала бы потеря сервитута для А, но не для малолѣтняго В, въ отношеніи котораго теченіе давности пріостанавливается и возобновляется лишь по достиженіи имъ совершеннолѣтія. Поэтому В не теряетъ сервитута, а вмѣстѣ съ этимъ не теряетъ его и А, такъ какъ онъ стоитъ въ общемъ и нераздѣльномъ отношеніи съ В. Точно такъ же А, будучи единоличнымъ собственникомъ, можетъ имѣть, напр., servitus prospectus (сервитутъ вида) на участокъ С. Этотъ сервитутъ можетъ быть чрезвычайно выгоденъ и для В, которому не предоставлено, однако, защищать своихъ выгодъ искомъ, такъ какъ пользованіе этими выгодами есть рефлективное.

Далѣе, у меня можетъ быть нѣсколько наслѣдниковъ, которымъ я оставлю по завѣщанію мое наслѣдство; но обязанность уплатить наслѣдственные долги я возложу только на одного изъ наслѣдниковъ, въ виду его большей состоятельности. Нѣтъ сомнѣнія, что кредиторамъ выгодно мое распоряженіе объ уплатѣ наслѣдственныхъ долговъ однимъ изъ сонаслѣдниковъ и, притомъ, самымъ богатымъ. Но могутъ ли они послѣ

моей смерти вчинать свои иски противъ одного этого наслѣдника? Нѣтъ, они будутъ искать со всѣхъ наслѣдниковъ, такъ какъ послѣдніе отвѣчаютъ по наслѣдственнымъ долгамъ сообща и солидарно, а иски къ обязанному платежемъ наслѣдственныхъ долговъ наслѣднику могутъ быть предъявлены лишь его сонаслѣдниками.

А и В имѣютъ въ общей собственности вещь, которую А дерелинквируетъ, т.-е. забрасываетъ въ принадлежащей ему части. Кому эта часть будетъ принадлежать? По римскому праву она доставалась В, который не могъ, однако, обезпечить за собой перехода къ нему этой части общаго права.

На землѣ, принадлежащей В, А находитъ кладъ. По римскому праву А долженъ былъ отдать половину этого клада В, который получалъ такимъ образомъ выгоду отъ дѣйствія, совершеннаго А; но это— опять рефлективная выгода, для обезпеченія которой за собой В не имѣлъ иска.

Когда надъ несостоятельнымъ должникомъ учреждается конкурсъ, то кредиторы располагаются въ извѣстномъ порядкѣ: сначала удовлетворяется первый рядъ кредиторовъ, затѣмъ второй и т. д. Основаніемъ для размѣщенія кредиторовъ служатъ при этомъ время совершенія обязательствъ и другія соображенія, по которымъ права однихъ лицъ предпочитаются правамъ другихъ. Ясно, что кредиторамъ, стоящимъ въ послѣднемъ ряду, нѣтъ надежды получить удовлетвореніе по своимъ претензіямъ, если имущество должника не покрываетъ всей суммы его долговъ. Но если по какимъ-нибудь причинамъ кредиторы, стоящіе въ первомъ ряду, откажутся отъ удовлетворенія по своимъ правамъ требованія, то остальные кредиторы, благодаря этому отказу, получатъ выгоду, которая будетъ опять рефлективной.

Всѣмъ кредиторамъ умершаго и лицамъ, которымъ отказано что-либо по завѣщанію, весьма важно, чтобы явился наслѣдникъ и вступилъ въ права наслѣдства. Вступленіе въ наслѣдство принесетъ несомнѣнныя выгоды кредиторамъ и легатаріямъ, такъ какъ доставитъ имъ возможность осуществить свои права; но никто не въ правѣ принудить наслѣдника принять наслѣдство. Выгоды и здѣсь рефлективныя, не вызывающія юридической защиты.

То же самое мы наблюдаемъ и въ процессѣ: напр., одна вещь принадлежитъ въ собственность нѣсколькимъ лицамъ, возникаетъ судебный споръ, который ведетъ и выигрываетъ одинъ изъ сособственниковъ, между тѣмъ какъ выгода отъ выиграннаго процесса распространяется на всѣхъ.

Таковы отдѣльные случаи, далеко, конечно, не исчерпывающіе всей области рефлективнаго дѣйствія правъ, но вполнѣ достаточно для его иллюстраціи. Подробности можно найти въ статьѣ Іеринга о рефлективномъ дѣйствіи правъ, помѣщенной въ томъ же X-мъ томѣ его журнала, въ которомъ помѣщена статья и о пассивномъ дѣйствіи правъ.

Кромѣ указываемой статьи Іеринга, вопросъ о рефлективномъ дѣйствіи правъ разсматривается еще въ цитированномъ выше сочиненіи Iellinek'a: System der subjectiven öffentlichen Rechte, въ примѣненіи къ области публичнаго права. Здѣсь этотъ вопросъ имѣетъ особое значеніе вслѣдствіе господствующаго теперь въ нѣмецкой публицистической литературѣ еще со времени Гербера, т.-е. съ 50-хъ годовъ XIX стол., взгляда, который отрицаетъ существованіе субъективныхъ правъ въ публичномъ правѣ и считаетъ всѣ безъ различія публичныя права только рефлексами объективнаго права. Этотъ взглядъ опирается на то, что лицо защищающее и обязанное въ публичномъ правѣ одно и то же: это—государство. Публичныя права не только создаются и защищаются, но также осуществляются самимъ государствомъ, откуда выводятъ, что субъективное публичное право есть иллюзія, что одно объективное право выступаетъ тамъ, гдѣ видятъ субъективное, и что это послѣднее представляетъ собой не что иное, какъ рефлексъ перваго.

Іеллинекъ возстаетъ справедливо противъ этого взгляда, различая, однако, не совсѣмъ удачно двѣ категоріи случаевъ. Къ первой онъ относитъ отношенія, въ которыхъ государство, принимая на себя извѣстныя обязанности и предписывая своимъ органамъ извѣстныя дѣйствія, не расширяетъ этимъ юридической сферы дѣйствія отдѣльныхъ лицъ. Эти послѣднія пользуются государственной защитой, не располагая правомъ непосредственнаго къ ней обращенія. Къ случаямъ второй категоріи принадлежатъ тѣ, въ которыхъ государство признаетъ юридически индивидуализированныя притязанія, т.-е. право непосредственнаго обращенія индивида къ его защитѣ, при чемъ государство ставитъ себя на службу индивидуальнымъ интересамъ и обогащаетъ юридическую сферу каждаго индивида. Въ случаяхъ перваго рода Іеллинекъ видитъ рефлексы объективнаго права, а въ случаяхъ второго рода—субъективныя публичныя права, для отличія которыхъ отъ рефлексовъ онъ предлагаетъ два критерія: формальный и матеріальный.

Первый изъ этихъ критеріевъ не представляетъ затрудненій, такъ какъ онъ данъ самимъ положительнымъ законодательствомъ и лежитъ въ предоставленныхъ каждому отдѣльному лицу средствахъ защиты противъ нарушенія гарантированныхъ этими средствами отношеній публичнаго права. Норма объективнаго права приводится здѣсь въ движеніе индивидуальной волей, которая дѣлается условіемъ ея дѣйствія и въ то же время непогрѣшимымъ критеріемъ наличности субъективнаго права. Но этотъ формальный критерій не разрѣшаетъ вопроса въ его цѣломъ, такъ какъ, при отсутствіи прямыхъ указаній въ законѣ, самому суду приходится устанавливать, можетъ или нѣтъ отдѣльное лицо воспользоваться юридической защитой того или другого публичнаго права. И, кромѣ того, обсуждая вопросъ de lege ferenda, т.-е. съ точки зрѣнія желательнаго права, представляется важнымъ опредѣлить, какіе изъ формально неза-

щищенныхъ интересовъ могутъ или должны быть возведены на степень защищенныхъ.

Для рѣшенія поставленнаго вопроса необходимъ матеріальный критерій, который Іеллинекъ находитъ въ индивидуальномъ интересѣ, признанномъ объективнымъ правопорядкомъ явно или implicite за тѣмъ или другимъ отношеніемъ публичнаго права. Если всѣ положенія права служатъ общему интересу, то отсюда не слѣдуетъ того, чтобы они не могли служить въ то же время и интересамъ индивида,—тѣмъ болѣе, что мы встрѣчаемъ множество нормъ объективнаго права, устанавливаемыхъ въ виду индивидуальныхъ интересовъ, хотя и не безъ соображенія общаго интереса. Отсюда и происходитъ, по мнѣнію Іеллинека, индивидуализированіе объективныхъ нормъ какъ въ формы субъективныхъ гражданскихъ правъ, такъ и въ формы публичнаго права, то же связываемыя съ индивидуальнымъ интересомъ. Вотъ это индивидуализированіе и говоритъ тамъ, гдѣ оно имѣетъ мѣсто, съ одной стороны, противъ рефлекса, а съ другой—за субъективное право, такъ какъ рефлексъ не производитъ въ юридическомъ смыслѣ индивидуализированной защиты, составляющей, напротивъ, характерную особенность субъективнаго права.

Но точная граница между матеріально-общими и матеріально-индивидуальными интересами не можетъ быть проведена, въ виду постоянной измѣнчивости этой границы. Въ новыхъ государствахъ можно только констатировать историческую тенденцію въ пользу расширенія круга формально-установленныхъ правъ личности. Постоянно прогрессирующее признаніе все новыхъ и новыхъ индивидуальныхъ интересовъ, выдвигаемыхъ глубокими народными теченіями, составляетъ отличительный признакъ нашего полнаго противорѣчій времени, въ которомъ позднѣйшія соціальныя наслоенія вступаютъ въ борьбу съ господствующимъ индивидуализмомъ и требуютъ себѣ государственной защиты въ формѣ предоставленія именно субъективныхъ правъ, а не въ какой-либо другой формѣ. Примѣрно можно привести попеченіе о бѣдныхъ тамъ, гдѣ оно лежитъ на обязанности государства. Исполненіе этой обязанности есть для бѣдныхъ, по господствующему до сихъ поръ ученію, рефлексъ, а не субъективное право, и такой характеръ носитъ дѣйствительно такъ назыв. „право бѣдности“ во всѣхъ современныхъ намъ законодательствахъ. Но отчасти уже въ законодательствѣ о бѣдныхъ, а особенно въ новомъ рабочемъ законодательствѣ, мы наблюдаемъ яснѣе всего превращеніе рефлекса въ субъективное право: напр., законы о страхованіи рабочихъ предоставляютъ этимъ послѣднимъ въ извѣстныхъ условіяхъ и вполнѣ индивидуализированное притязаніе на государственную помощь. Правда, что много индивидуальныхъ интересовъ публичнаго права ожидаетъ еще теперь своего формальнаго признанія, но отличіе отъ рефлексовъ, по крайней мѣрѣ, тѣхъ индивидуальныхъ публичныхъ правъ, къ которымъ приложимъ формальный критерій, заключающійся въ способности индивида приводить

въ движеніе нормы публичнаго права въ своемъ интересѣ, не составляетъ для Іеллинека предмета сомнѣнія.

Въ томъ, что Іеллинекъ, допускаетъ субъективныя права личности противъ государства, нельзя не видѣть преимущества его взгляда передъ этатическими теоріями его соотечественниковъ. Но это преимущество покупается слишкомъ дорогой цѣной внутренняго противорѣчія съ исходной точкой, общей Іеллинеку съ тѣми же этатическими теоріями; и, затѣмъ, оно теряетъ всякое значеніе отъ чрезмѣрнаго распространенія понятія „рефлексовъ“ права и смѣшенія этого понятія съ различными градаціями индивидуальнаго права. Въ этомъ отношеніи понятіе „рефлексовъ права“ у Іеллинека рѣзко расходится отъ того же понятія у Іеринга, котораго нельзя винить за искаженія, внесенныя въ его ученіе Іеллинекомъ. „Рефлексы“ Іеринга—только невольное и случайное дѣйствіе права, принадлежащаго одному лицу, въ пользу или во вредъ другого лица, которое не извлекаетъ для себя изъ этого дѣйствія ни защиты права, ни возможности противодѣйствія ему. Напротивъ, Іеллинекъ видитъ „рефлексы“ права не только тамъ, гдѣ видитъ ихъ Іерингъ, но и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда на государствѣ лежатъ извѣстныя обязанности въ отношеніи къ индивиду, а этому послѣднему не предоставлено лишь иска, при помощи котораго было бы возможно принудить государство къ исполненію его обязанностей. „Рефлексы“ Іеринга не имѣютъ ничего общаго съ правомъ и носятъ чисто фактическій характеръ, хотя они могутъ возникать и изъ юридическихъ отношеній, напр., участія въ общей собственности, общемъ наслѣдствѣ, общемъ спорѣ, конкурсѣ надъ должникомъ и т. п. Напротивъ, „рефлексы“ Іеллинека представляютъ собой не только невольныя и случайныя послѣдствія отправленія чужого права, т.-е. права государства въ разсматриваемыхъ Іеллинекомъ отношеніяхъ публичнаго права, но и намѣренныя, и предусмотрѣнныя впередъ послѣдствія объективныхъ нормъ, которыя налагаютъ на государство извѣстныя юридическія обязанности, но не создаютъ никакихъ индивидуальныхъ правъ. Между тѣмъ юридическія обязанности государства въ отношеніи къ индивиду несомнѣнно могутъ содержать въ себѣ индивидуальныя права для этого послѣдняго, и несоотвѣтствіе между этими обязанностями и этими правами не доказано Іеллинекомъ. Поэтому мы и думаемъ, что изъ юридическихъ обязанностей государства передъ индивидомъ вытекаютъ и соотвѣтственныя индивидуальныя права. Правда, эти права допускаютъ подраздѣленіе на такія, которыя снабжены исковой защитой, возникающей по почину заинтересованныхъ лицъ, и такія, защита которыхъ предоставлена почину самой государственной власти. Если первую категорію правъ называютъ теперь „субъективными правами“, то отсюда не слѣдуетъ, чтобы права второй категоріи были лишены юридическаго характера или принадлежали къ „рефлексамъ“ объективнаго права. Разъ общепринятое словоупотребленіе соединяетъ съ понятіемъ

права всякую выгоду, извлекаемую индивидомъ изъ существующаго правопорядка, независимо отъ формы, въ которой эта выгода обезпечивается, и предмета, на который она распространяется, то ничто не препятствуетъ допущенію разнообразнѣйшихъ категорій права, способныхъ различаться другъ отъ друга по степени индивидуализаціи или закрѣпленія за ними объективнымъ правопорядкомъ тѣхъ или другихъ интересовъ, но не утрачивающихъ отъ различія въ этой индивидуализаціи своихъ качествъ права [1]).

Гдѣ основаніе для отрицанія природы права и за менѣе всего индивидуализированными отношеніями соціальной жизни, когда они защищены такъ или иначе юридическими нормами, которыя, налагая обязанности на государство, рождаютъ этимъ самымъ и права для индивида? Отвергнуть эти права было бы возможно только въ томъ случаѣ, если бы они вовсе не были защищены. Тогда нельзя было бы говорить и о соотвѣтственныхъ обязанностяхъ государства, и такъ дѣйствительно стояло дѣло въ Германіи, когда Герберъ печаталъ свою работу „О публичныхъ правахъ“. Въ это время можно было утверждать, не становясь въ противорѣчіе съ дѣйствующимъ въ Германіи правомъ, что публичныхъ правъ личности не существуетъ, а существуютъ только соотвѣтственные имъ „рефлексы“ объективнаго права. Но съ тѣхъ поръ были созданы федеральный судъ въ Швейцаріи, государственный судъ въ Австріи, административные суды въ различныхъ государствахъ Германіи, вѣдающіе въ различномъ объемѣ и съ различными послѣдствіями конституціонные споры также въ тѣхъ случаяхъ, когда эти споры опираются не на обыкновенные законы, а на конституціонныя нормы, разсчитанныя на защиту отъ правительственнаго произвола. Іеллинекъ находитъ эту защиту недостаточной для разграниченія права отъ простого факта [2]), но мы не видимъ, почему право должно опредѣляться одной исковой защитой въ общихъ или обыкновенныхъ судахъ, и почему административная защита тамъ, гдѣ она имѣетъ мѣсто, — все равно, по частной-ли жалобѣ, или по иниціативѣ самихъ административныхъ органовъ, — должна препятствовать признанію права.

Почему, далѣе, Іеллинекъ выводитъ изъ обязывающихъ государство нормъ объективнаго права, въ однихъ случаяхъ — субъективныя права индивида, а въ другихъ — простые „рефлексы объективнаго права“? Или эти нормы не создаютъ никогда никакихъ правъ, или, создавая ихъ въ однихъ случаяхъ, они должны создавать различныя другъ отъ друга только по степени своей индивидуализаціи права и во всѣхъ другихъ случаяхъ признанія за государствомъ тѣхъ или иныхъ обязанностей. Почему,

---

[1]) Merkel, Juristische Encyklopädie, стр. 150—153. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895, I, стр. 104—105.

[2]) Iellinek, System, стр. 102.

напр., считать, какъ это дѣлаетъ Іеллинекъ, избирательное право субъективнымъ правомъ, и низводить въ то же время въ разрядъ „рефлексовъ“ предоставляемое всѣмъ и каждому, въ силу такихъ же нормъ объективнаго права, пользованіе учрежденіями, подобными полиціи, государственной школѣ, почтѣ, телеграфу, или вещами, предназначенными служить общественному обиходу, въ родѣ публичныхъ дорогъ, площадей, рѣкъ, публичныхъ музеевъ, такихъ же библіотекъ и т. п.? Іеллинекъ упрекаетъ и швейцарскій федеральный судъ въ томъ, что этотъ послѣдній выводитъ изъ провозглашеннаго союзной конституціей принципа равенства передъ закономъ всѣхъ швейцарскихъ гражданъ и индивидуальное право на это равенство. Провозглашеніе въ конституціи равенства передъ закономъ создаетъ, по его мнѣнію, только пустое пространство въ правѣ, которое должно быть заполнено самимъ законодателемъ, и если судья или какое-нибудь административное учрежденіе признаетъ здѣсь индивидуальное право, это — произволъ и узурпація законодательной власти [1]). Но почему судебныя и административныя дѣйствія, проводящія въ жизнь освященный конституціоннымъ закономъ принципъ равенства, заслуживаютъ клеймо произвола и узурпаціи, тогда какъ дѣйствія тѣхъ же органовъ власти, нарушающія конституціонный законъ на основаніи противорѣчащихъ ему и въ то же время зависимыхъ отъ него обыкновенныхъ законовъ, слѣдуетъ считать правомѣрными — отвѣтъ на этотъ, какъ и на предыдущіе вопросы, остается за Іеллинекомъ.

Такимъ образомъ проводимое Іеллинекомъ различіе между субъективнымъ правомъ и „рефлексомъ“ не выдерживаетъ критики, главнымъ образомъ, потому, что оно исходитъ изъ слишкомъ распространеннаго представленія о рефлективномъ дѣйствіи права. Подъ это дѣйствіе подводятся не только фактическія состоянія, но и такія защищенныя нормами отношенія, у которыхъ нельзя отрицать природу права только потому, что они пользуются не исковой, а другими формами защиты. Эти формы не такъ индивидуализированы, какъ субъективныя права гражданскаго права, но онѣ во всякомъ случаѣ отличны отъ „рефлексовъ“ объективнаго права и не допускаютъ аналогіи съ разобранными выше случаями рефлективнаго дѣйствія гражданскихъ правъ. Нѣтъ сомнѣнія, что настоящіе „рефлексы“ встрѣчаются и въ публичномъ правѣ, но они не имѣютъ ничего общаго съ разсматриваемыми Іеллинекомъ отношеніями, которымъ недостаетъ во многихъ случаяхъ иска, но не природы права [2]).

---

[1]) Ibid., стр. 97—98.

[2]) См. мою книгу „Свобода и ея гарантіи“, стр. 129—134.

4. Отправленіе субъективныхъ правъ.

А) Понятіе, виды и защита. Отъ права, какъ возможности защиты,—права, представляющаго собой въ этомъ смыслѣ только потенціальную силу—слѣдуетъ отличать отправленіе права, т.-е. фактическое пользованіе имъ и осуществленіе его путемъ обращенія къ судебной защитѣ.

Предметомъ такого отправленія права служатъ какъ фактическія, такъ и юридическія дѣйствія. Напр., лицо, отдающее внаймы, отправляетъ свое право, когда оно получаетъ или взыскиваетъ съ нанимателя наемную плату или извѣщаетъ его въ установленной формѣ о невозобновленіи найма на слѣдующій срокъ. Равно и арендаторъ отправляетъ свое право, пользуясь плодами арендованнаго имѣнія и защищаясь на судѣ отъ нападенія на это пользованіе. То же дѣлаетъ и членъ какого-нибудь товарищества, напр., акціонернаго, когда онъ подаетъ голосъ на собраніяхъ членовъ этого товарищества или получаетъ слѣдующій ему дивидендъ.

Отправленіемъ права достигается его цѣль; поэтому оно и представляется важнѣйшей, наиболѣе жизненной и практической стороной права. Временно оно можетъ быть задержано: напр., отправленіе сельскаго сервитута задерживается наводненіемъ земельнаго участка, на которомъ этотъ сервитутъ тяготѣетъ; право патроната (назначеніе священника), прикрѣпленное къ извѣстному земельному владѣнію, прерывается переходомъ этого владѣнія въ руки лица нехристіанскаго вѣроисповѣданія, и т. д. Но продолжительное отсутствіе отправленія прекращаетъ самое право именно потому, что отправленіе составляетъ для него существенный моментъ. Это обстоятельство можетъ прекрасно иллюстрировать то положеніе, что и гражданскія права служатъ средствомъ не только удовлетворенія индивидуальныхъ потребностей, но и разрѣшенія соціальныхъ задачъ.

Если отдѣленіе права отъ его отправленія вообще возможно, то оно происходитъ только въ формѣ временнаго разъединенія того и другого какъ по волѣ управомоченнаго лица, такъ и помимо его воли—въ случаяхъ, предписываемыхъ закономъ. Разъ состояніе права безъ отправленія продолжается слишкомъ долго, оно убиваетъ право (погашающая давность), тогда какъ продолжительное отправленіе многихъ видовъ права превращается само въ право (пріобрѣтающая давность). Такимъ образомъ, на важности для права его отправленія основано, какъ мы увидимъ это впослѣдствіи, все ученіе о давности. Точно такъ же и уступка на продолжительное время отправленія права можетъ быть равносильна потерѣ его: если правомъ пользуется постоянно не то лицо, которому оно принадлежитъ,—иными словами, если оно производитъ свои послѣдствія только для другого лица, это уже не право для того, кто передаетъ постоянное пользованіе имъ другому; оно теряетъ для перваго всякое значеніе и

обращается въ пустой звукъ. На этомъ основаніи римское право (въ современномъ французскомъ правѣ есть параллельное постановленіе) опредѣляло столѣтній предѣлъ продолжительности узуфрукта, или пользованія, уступленнаго городу, такъ какъ въ случаѣ болѣе продолжительнаго срока пользованія городъ получалъ бы не узуфруктъ, а собственность. Этому не противорѣчитъ предоставленіе однимъ лицомъ другому пользованія на вѣчныя времена въ извѣстныхъ изъ римскаго права формахъ emphyteusis'a и superficies'a, такъ какъ собственникъ сохраняетъ въ этихъ случаяхъ пользованіе своимъ правомъ въ образѣ canon'a, или оброка, уплачиваемаго лицомъ, въ пользу котораго устанавливается наслѣдственный emphyteusis или superficies. Римскія формы продолжительнаго отправленія права при cessio, или уступкѣ обязательствъ, и bonorum possessio, какъ особой формы наслѣдованія, были въ сущности способами обхода древняго цивильнаго права и представляли собой въ дѣйствительности не отправленіе права, а самое право.

Отправленіе права предоставлено, по общему правилу, усмотрѣнію того, кому принадлежитъ самое право, и есть, поэтому, только право, а не обязанность. Воздержаніе отъ него можетъ быть убыточно какъ для управомоченнаго субъекта, такъ и для третьихъ лицъ. Первый можетъ утратить право иска и потерпѣть другія невыгодныя послѣдствія устраненія себя отъ пользованія своимъ правомъ, но эти послѣдствія не носятъ характера наказанія, такъ какъ воздержаніе отъ отправленія права не есть недозволенное дѣйствіе. Третьи лица могутъ быть такъ же заинтересованы въ отправленіи управомоченнымъ лицомъ его права, но для осуществленія этого интереса имъ не предоставлено никакого иска. Напр., если я не отправляю принадлежащаго мнѣ на данное имѣніе права предпочтительной покупки, то ущербъ можетъ быть нанесенъ и моему кредитору, ничѣмъ, однако, не защищенному отъ этого ущерба. Равнымъ образомъ, кредитору не даютъ права требовать отъ своего должника вступленія въ открывшееся для него наслѣдство, если бы отъ этого зависѣло даже удовлетвореніе вполнѣ законныхъ претензій перваго. Только въ исключительныхъ случаяхъ, а именно при конкурсѣ надъ должникомъ, кредиторамъ предоставлено требовать отъ него принятія наслѣдства, и нѣкоторые юристы предлагаютъ теперь de lege ferenda расширить и обобщить область этихъ исключительныхъ случаевъ [1]). Поэтому изъ принципа свободнаго отправленія гражданскихъ правъ не слѣдуетъ выводить неограниченности права на это отправленіе. Независимо отъ запрещенія „шиканы“, или злостнаго отправленія права, о которомъ рѣчь будетъ ниже, мы постоянно встрѣчаемся съ отношеніями, въ которыхъ

---

[1]) Regelsberger, Pandekten, I, стр. 229, прим. 4. Сюда принадлежатъ и такъ называемые „провокаціонные иски“: см. Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, I, § 13.

отправленіе права ограничивается въ интересахъ нравственности и общей пользы. Такъ, напр., ограничивается дѣеспособность расточителей учрежденіемъ надъ ними опеки; ограничивается отправленіе предіальныхъ сервитутовъ требованіемъ civiliter exercere, т.-е. добропорядочнаго отправленія, соединеннаго съ возможной пощадой чужой собственности; ограничивается составъ имущества, идущаго на удовлетвореніе кредиторовъ, обязанныхъ оставить часть этого имущества должнику для удовлетворенія его насущныхъ потребностей, и т. д.

Въ большинствѣ случаевъ отправленіе права выражается въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ управомоченнаго лица, и на обобщеніи этого наблюденія основано отчасти разобранное выше опредѣленіе субъективнаго права, какъ „правомочія къ дѣйствію“. Но неправильность этого обобщенія доказывается уже тѣмъ, что существуютъ права, пользованіе которыми условлено не активными дѣйствіями управомоченнаго, а только пассивнымъ признаніемъ этого пользованія со стороны третьихъ лицъ, обязанныхъ не нарушать его. Таковы, напр., права личности, большинство вещныхъ правъ и вообще всѣ такъ назыв. „абсолютныя права“, о которыхъ мы будемъ говорить послѣ, и которыми, если не исключаются, то, во всякомъ случаѣ, и не предполагаются проявленія воли управомоченнаго лица. Отправленіе другихъ правъ выражается активнымъ осуществленіемъ ихъ содержанія во внѣшнемъ мірѣ, и это отправленіе различается:

Во-1-хъ, по различію правъ. Оно можетъ быть или моментальное—прекращающее собой въ то же время и бытіе права, какъ мы видимъ это, напр., при залогѣ, отправленіе котораго состоитъ въ продажѣ заложенной вещи, прекращающей залоговое право,—или продолжающееся, длительное, когда отправленіе права не прекращаетъ его бытія и состоитъ не въ единичномъ актѣ, а въ цѣломъ рядѣ воздѣйствій управомоченнаго на предметъ его права; сюда принадлежатъ—собственность, сервитуты и другія права, которымъ соотвѣтствуетъ длящееся состояніе отправленія. При обязательственныхъ правахъ возможны оба случая: моментальное отправленіе права мы находимъ при займѣ, продажѣ; длительное—при наймѣ, товариществѣ и т. п.

Во-2-хъ, отличаютъ отправленіе права по различію его формъ. Управомоченное лицо можетъ отправлять свое право или непосредственно, или посредственно, передавая реальное отправленіе его другому. Эта передача можетъ быть, въ свою очередь, безвозмездная и возмездная: въ первомъ случаѣ отправленіе права, какъ бы, идеализируется и заключается въ сознаніи довольства, возбуждаемаго актомъ даренія; въ послѣднемъ—тотъ, кто передаетъ отправленіе своего права другому за извѣстное вознагражденіе, отправляетъ его только экономически, въ смыслѣ пользованія его результатомъ, тогда какъ реальное пользованія самимъ предметомъ права будетъ принадлежать другому.

Подъ точкой зрѣнія посредственнаго отправленія права можно раз-

сматривать и отправленіе его черезъ представительство, въ силу котораго дѣйствія одного лица (представителя), совершаемыя отъ имени и за счетъ другого (представляемаго), производятъ свои юридическія послѣдствія для лица представляемаго, а не для представителя. Такое отправленіе права однимъ лицомъ для другого исключается только при строго личныхъ правахъ, слишкомъ тѣсно связанныхъ съ личностью каждаго даннаго управомоченнаго субъекта, для того, чтобы въ этихъ случаяхъ можно было допустить отдѣленіе права отъ его отправленія. Сюда относятся, напр., права личности, семейныя права, право на завѣщательныя распоряженія, право голоса на общихъ собраніяхъ различныхъ ассоціацій и т. д. Напротивъ, въ другихъ случаяхъ, составляющихъ общее правило— особенно, въ отношеніяхъ имущественнаго права,—отправленіе права какъ уступкой его въ другія руки, такъ и по представительству, не встрѣчаетъ затрудненій и допускается всѣми современными законодательствами.

Въ-3-хъ, отправленіе права различаютъ и по способу пользованія его предметомъ. Управомоченное лицо можетъ по усмотрѣнію пользоваться своимъ правомъ въ смыслѣ или потребленія вещи (consumere), куда подойдетъ и распоряженіе ею, или пользованія этой вещью для личнаго употребленія (uti) или извлеченія ея плодовъ (frui). Но не при всѣхъ правахъ можно имѣть выборъ между тѣмъ и другимъ способомъ пользованія: напр., въ отношеніи къ нѣкоторымъ правамъ, каковы семейныя или личныя, право распоряженія или отчужденія можетъ быть воспрещено; въ другихъ случаяхъ извѣстныя границы могутъ быть поставлены употребленію вещи или извлеченію ея плодовъ какъ закономъ, такъ и договорными соглашеніями (съ этими ограниченіями мы ознакомимся въ спеціальной части курса). Соединеніе всѣхъ сейчасъ указанныхъ способовъ отправленія права мы находимъ въ лицѣ совершеннолѣтняго собственника, хотя и ему во многихъ случаяхъ, требующихъ соображенія интересовъ другихъ лицъ, можетъ быть воспрещено отчужденіе права, а пользованіе его предметомъ—ограничено, какъ это имѣетъ мѣсто, напр., въ отношеніи къ недвижимому имуществу, составляющему приданое, семейный фидеикомиссъ и т. д. Возмездное предоставленіе другому лицу первой изъ указанныхъ формъ отправленія права, состоящей въ потребленіи вещи (consumere), называется продажей; такая же возмездная передача второй формы, состоящей въ личномъ пользованіи вещью (uti), есть наемъ, а возмездная передача третьей формы отправленія, характеризуемой, какъ извлеченіе плодовъ (frui), носитъ имя аренды. Безвозмездная уступка первой формы отправленія права называется дареніемъ, второй и третьей—ссудой, безпроцентнымъ займомъ и именами другихъ сдѣлокъ, характеризуемыхъ оказаніемъ безвозмездныхъ услугъ (precarium, mandatum, negotiorum gestio и т. д.). Всѣ эти сдѣлки представляютъ собой тѣ же дарственные акты, отличные отъ дареніа, въ смыслѣ передачи собственности, только качествомъ передаваемаго права и временемъ, на которое оно передается: въ первомъ случаѣ

передается собственность, во всѣхъ другихъ — одно пользованіе, и продолжительность права не ограничена тамъ никакимъ срокомъ, здѣсь же она ограничена опредѣленнымъ промежуткомъ времени.

Переходя теперь къ защитѣ отправленія гражданскихъ правъ, мы должны сказать, что она, какъ и защита права вообще, представлена въ настоящее время болѣе всего судебной защитой, осуществляемой въ формахъ гражданскаго процесса. Но независимо отъ судебной защиты мы встрѣчаемся и въ современномъ правѣ со многими формами самоуправства, какъ „самозащитой“ отправленія правъ, и съ охранительными функціями одного факта существованія объективнаго правопорядка въ отношеніи къ безпрепятственному отправленію признанныхъ имъ правъ. И понятно, что вліяніе этого факта тѣмъ значительнѣе, чѣмъ болѣе развито въ данномъ обществѣ чувство права и законности. Кромѣ того, отправленіе каждымъ своего права обезпечивается мѣрами, которыя предупреждаютъ его нарушеніе и исходятъ либо отъ заинтересованныхъ лицъ, либо отъ содѣйствующихъ имъ въ этомъ дѣлѣ органовъ государственной власти. Это — область такъ назыв. превентивной, или предупредительной юстиціи, куда входятъ не касающаяся насъ дѣятельность судебной полиціи, охраненіе наслѣдства, опека, предупредительный арестъ личности или имущества недобросовѣстнаго должника и, наконецъ, мѣры обезпеченія, принимаемыя самими заинтересованными лицами на случай оспариванія ихъ права или неисполненія соотвѣтствующихъ ему обязанностей. Сюда принадлежатъ такъ назыв. cautiones, подготовляющія иски на случай нарушенія обезпечиваемаго ими права (напр. cautio damni infecti), подобныя же мѣры обезпеченія доказательствъ того или другого права при посредствѣ органовъ публичной власти, напр., нотаріусовъ, учрежденій, завѣдующихъ правами состоянія, веденіемъ ипотечныхъ книгъ и т. д., равно какъ и преслѣдующіе ту же цѣль обезпеченія иска или его доказательствъ договоры „признанія“, поручительства, залога.

Но всей предупредительной дѣятельностью государства и частныхъ лицъ не устраняется нарушеніе отправленія права, вмѣстѣ съ которымъ мы вступаемъ въ область такъ называемой репрессивной юстиціи. Отправленіе права тѣмъ болѣе нуждается въ этой юстиціи, что, давая праву его настоящую цѣну, оно дѣлаетъ его, въ то же время, доступнымъ для всевозможныхъ нарушеній. Поэтому репрессивная защита и имѣетъ наибольшее значеніе для отправленія права, служа, отчасти, отраженію его нарушенія и, отчасти, возстановленію соотвѣтствующаго данному праву состоянія. Въ послѣднемъ случаѣ она идетъ на принудительное исполненіе, если нарушеніе права состоитъ въ неисполненіи того, что должно быть исполнено, или на устраненіе произведеннаго правонарушеніемъ измѣненія въ существующемъ порядкѣ юридическихъ отношеній. При невозможности или признаніи нецѣлесообразнымъ какъ принудительнаго исполненія, такъ и устраненія произведеннаго уже измѣненія въ состояніи того или другого права—наступаетъ обязанность возмѣщенія убытковъ.

Важнѣйшая форма, въ которой происходитъ защита нарушеннаго отправленія права, есть форма иска, представляющаго собой, прежде всего, процессуальное дѣйствіе, которымъ открывается осуществленіе права передъ судомъ (искъ въ формальномъ смыслѣ), и, затѣмъ, самое право на это процессуальное дѣйствіе (искъ въ матеріальномъ смыслѣ). Это право предоставлено теперь, въ устанавливаемыхъ гражданскимъ процессомъ условіяхъ, всѣмъ и каждому. Оно есть право на государственную защиту и въ этомъ смыслѣ субъективное публичное право каждаго индивида противъ государства. Но это право служитъ вмѣстѣ съ тѣмъ средствомъ осуществленія и отправленія гражданскихъ субъективныхъ правъ въ отношеніи къ третьимъ лицамъ. Поэтому его можно считать и публицистическимъ придаткомъ къ гражданскому праву. Та и другая сторона иска образуютъ собой одно цѣлое, юридическія черты котораго опредѣляются свойствами „главной вещи“, т.-е. субъективнаго гражданскаго права, тогда какъ публицистическая сторона играетъ въ немъ роль несамостоятельной „составной части“. Правда, и гражданское право можетъ существовать безъ иска, но только съ нимъ оно достигаетъ своего завершенія, полноты обезпеченности, и дѣлается настоящимъ субъективнымъ правомъ.

Мы не будемъ останавливаться на подробностяхъ ученія объ искѣ, его основаніяхъ, видахъ и т. д., такъ какъ все это относится къ процессуальному праву. Укажемъ вскользь только на важное различіе между такъ называемымъ петиторнымъ и поссесорнымъ, или владѣльческимъ искомъ. Первый основанъ на самомъ бытіи права и предполагаетъ въ лицѣ истца доказательство основаній его права. Второй опирается только на настоящее состояніе отправленія права и отрѣшенъ съ самаго начала отъ доказательства основаній права; истецъ ссылается не на право, а на одну лишь фактичность или видимость его, иначе—состояніе, соотвѣтствующее realiter праву. Съ основаніями и строеніемъ того и другого иска мы познакомимся въ ученіяхъ о владѣніи и собственности, а теперь перейдемъ къ вопросу о дѣйствіи отправленія права на третьихъ лицъ.

Б) Дѣйствіе отправленія права на третьихъ лицъ.

Это дѣйствіе можетъ быть какъ выгодное, что было уже констатировано при такъ называемыхъ рефлексахъ субъективныхъ правъ на третьихъ лицъ, такъ и невыгодное, дающее чувствовать себя то же въ формѣ рефлекса, когда, напр., постройкой высокаго зданія я лишаю сосѣда вида и другихъ удобствъ, которыми онъ пользовался до возведенія этого зданія, или измѣненіемъ теченія источника воды въ своей землѣ оставляю безъ воды того же сосѣда.

Общее правило для разрѣшенія случаевъ столкновенія отправленія права одного лица съ затрагиваемыми имъ интересами другихъ лицъ таково, что всякое право отправляется въ указанныхъ ему предѣлахъ безъ вниманія къ послѣдствіямъ этого отправленія для третьихъ лицъ: qui jure

suo utitur, neminem laedit (l. 55 D. de reg. jur. 50, 17). Это правило выработано вѣковой мудростью народовъ и вытекаетъ изъ самаго понятія права, какъ защиты интереса, признаннаго объективнымъ правопорядкомъ заслуживающимъ защиты, и не могущаго поэтому и при своемъ отправленіи представлять ничего иного, какъ право. Напр., кредиторъ въ правѣ принять платежъ по должному ему обязательству, если онъ даже знаетъ, что это поставитъ должника въ невозможность удовлетворить другихъ кредиторовъ, и собственникъ производитъ у себя законно и такія земляныя работы, отъ которыхъ высыхаетъ источникъ воды у его сосѣда. Правда, что за этимъ правиломъ не признается теперь того общаго значенія, какое оно имѣетъ только на низшихъ ступеняхъ развитія права и въ смѣняющую ихъ метафизическую стадію, когда право разсматривается, какъ самоцѣнное благо, существующее для себя и безъ отношенія къ своему соціальному назначенію. Въ независимость права отъ соціальной жизни вѣрятъ теперь такъ же мало, какъ и въ независимость индивида. О ней можетъ еще идти рѣчь, пока мыслятъ право въ теоріи или въ состояніи покоя. Но какъ скоро оно вступаетъ въ жизнь и начинаетъ функціонировать, объ изолированіи одного права отъ другого и отъ окружающей среды нельзя и думать. Жизнь есть постоянная схватка интересовъ, законныхъ или незаконныхъ, перекрещивающихся или сталкивающихся другъ съ другомъ. Изолированіе этихъ интересовъ было бы отрицаніемъ какъ понятія общества, такъ и понятія права. Это послѣднее получаетъ смыслъ лишь тогда, когда одно право противополагается другому и въ этомъ противоположеніи завоевываетъ свою индивидуальность. Всѣ права осуществляются въ каждомъ обществѣ совмѣстно, они смежны, и роль законодательства, вмѣстѣ съ судебной практикой, состоитъ не въ томъ, чтобы указать каждому изъ нихъ его несокрушимое убѣжище, а въ томъ, чтобы обусловить и организовать совмѣстное функціонированіе всѣхъ правъ, смягчить столкновеніе выступающихъ за ними интересовъ, или, какъ теперь говорятъ, канализировать эти интересы и установить между ними надлежащее равновѣсіе. Вотъ почему и современныя законодательства, санкціонируя давно высказывавшуюся въ томъ же направленіи судебную практику, разрѣшаютъ каждому безпрепятственное отправленіе его права, но не злоупотребленіе этимъ правомъ. И это злоупотребленіе принимается теперь какъ въ объективномъ, такъ и субъективномъ смыслѣ, т.-е. съ одной стороны, въ смыслѣ несоизмѣримости между извлекаемой отъ отправленія даннаго права выгодой и наносимымъ имъ вредомъ отправленію другихъ правъ, и, съ другой, въ смыслѣ мотива отправленія каждымъ своего права,—мотива, злостность котораго, если она состоитъ въ намѣреніи повредить другому безъ пользы для себя, осуждается закономъ [1]).

[1]) Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1896, ст. 138, 226, 806. Joserend, De l'abus des droits, 1905, стр. 1—16.

Но съ указываемымъ ограниченіемъ старинное правило о безразличіи для отправленія права того вреда, который оно наноситъ третьимъ лицамъ, сохраняетъ прежнее значеніе и находитъ оправданіе какъ въ рѣшающихъ для всей соціальной жизни соображеніяхъ объ обезпеченности права, такъ и въ объявленной еще Монтенемъ истинѣ: „выгода одного есть вредъ другого“. Частичныя отступленія отъ этого правила были извѣстны еще римскому праву—главнымъ образомъ, въ отношеніяхъ сосѣдей другъ къ другу по поводу стока воды, устройства водопровода, перекидывающихся изъ одного участка на другой вѣтвей дерева и т. д. Сюда же относятся и ограниченія такъ назыв. jus tollendi, т.-е. права добросовѣстнаго владѣльца на отдѣленіе отъ собственности внесенныхъ въ нее улучшеній, — ограниченія, которыя дѣйствуютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда отправленіе этого jus tollendi не приноситъ никакой пользы владѣльцу и только вредитъ собственнику (напр., стѣнная живопись) [1]). Упомянемъ еще о римскомъ искѣ—actio de tigno juncto in duplum, примѣнявшемся въ слѣдующихъ обстоятельствахъ. Если при постройкѣ дома на своей землѣ собственникъ захватывалъ кусочекъ сосѣдняго участка или употреблялъ на постройку чужіе матеріалы, то, слѣдуя строго теоріи собственности и ея абсолютной защиты, пришлось бы за собственникомъ аршина земли или строительныхъ матеріаловъ признать право на возстановленіе его собственности и, слѣдовательно, на разрушеніе всей воздвигнутой постройки ради возврата аршина земли или строительныхъ матеріаловъ. Римское право не хотѣло доводить до такого абсурда консеквенцій права собственности и давало собственнику отошедшей подъ постройку земли или строительныхъ матеріаловъ только право на вознагражденіе за нанесенный ему ущербъ въ формѣ иска de tigno juncto, которымъ можно было требовать не эту землю и матеріалы, а только ихъ двойную стоимость. Въ этомъ искѣ не трудно усмотрѣть реакцію противъ несправедливаго отправленія права собственности, и то же можно сказать о принудительной въ случаяхъ общественнаго бѣдствія отсрочкѣ платежей по обязательствамъ, извѣстной подъ именемъ moratorium, и о нѣкоторыхъ другихъ институтахъ, съ которыми мы встрѣтимся въ спеціальной части курса.

На основаніи указанныхъ положеній римскаго права европейская юриспруденція пробовала установить такое правило: quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id compellere potest,—т.-е. можно требовать то, что̀ представляетъ интересъ для истца и не наноситъ вреда отвѣтчику. Но мы сейчасъ покажемъ, что это правило не выдерживаетъ критики. Въ связи съ нимъ стоитъ понятіе такъ наз. шиканы, или злостнаго отправленія права, т.-е. такого отправленія, которое не имѣетъ интереса

[1]) Unger, System des österreichischen allg. Privatrechts, I, стр. 616—617.

для лица управомоченнаго и предпринимается съ исключительнымъ намѣреніемъ повредить другому. Нравственный мотивъ подобнаго отправленія права отвратителенъ: онъ заключаетъ въ себѣ начало злобы, которое не можетъ быть покровительствуемо правомъ. Кромѣ нравственныхъ соображеній, запрещеніе такого отправленія права оправдывалось бы и понятіемъ субъективнаго права, какъ интереса, заслуживающаго защиты общественной власти. Разъ нѣтъ такого интереса, нѣтъ и права, и съ этой точки зрѣнія злостное отправленіе права могло бы быть запрещено всякимъ законодательствомъ. Но положеніе законодательствъ въ этомъ вопросѣ затруднительно потому, что общее запрещеніе шиканы внесло бы въ отправленіе правъ такую неопредѣленность и необезпеченность, отъ которыхъ страдалъ бы несомнѣнно весь гражданскій оборотъ. При общемъ запрещеніи злостнаго отправленія права законодатель обязывалъ бы истца всякій разъ къ доказательству не только его права, но и интереса, который онъ имѣетъ въ его отправленіи, и, сверхъ того, къ доказательству отсутствія въ этомъ отправленіи шиканы. Это вредило бы естественно защитѣ и отправленію всѣхъ правъ; этическій мотивъ стѣснялъ бы отправленіе права и приводилъ бы на практикѣ къ нежелательнымъ послѣдствіямъ.

Легкость доказательства имѣетъ чрезвычайную важность для гражданскаго оборота, который несъ бы неисчислимыя убытки, если бы отправленіе каждаго права стояло въ зависимости отъ доказательствъ конкретнаго интереса въ этомъ отправленіи. За кажущейся шиканой могутъ скрываться вполнѣ серьезные интересы, и за судьей нельзя признать власти инквизитора. Защищаемые правомъ интересы измѣряются, какъ мы уже указывали на это, не субъективнымъ, а объективнымъ масштабомъ, и они ставятся въ зависимость не отъ индивидуальной, а отъ общей и государственной оцѣнки, которая находитъ свое выраженіе въ дѣйствующихъ юридическихъ нормахъ. Права суть интересы, которые объявляются достойными защиты существующимъ правопорядкомъ, а не интересы, которые кажутся заслуживающими защиты съ точки зрѣнія индивидуальныхъ взглядовъ обращающихся къ ней лицъ. Такимъ образомъ, интересъ составляетъ цѣль и предположеніе права in abstracto, а не in concreto, и разъ мы имѣемъ абстрактное признаніе какого-нибудь интереса, то нѣтъ надобности доказывать и конкретный интересъ въ отправленіи права при каждомъ обращеніи къ его защитѣ. Исключеніемъ изъ этого правила являются только отношенія, регулируемыя такъ наз. „исками о признаніи“ (Feststellungsklagen), по которымъ самъ законъ требуетъ доказательства интереса въ каждомъ случаѣ ихъ предъявленія.

Вотъ соображенія, по которымъ такъ наз. шикана не вредитъ, въ принципѣ, отправленію права, и, поэтому, законодатель запрещаетъ ее лишь въ томъ смыслѣ, что не беретъ на себя защищать отправленіе права, когда дѣйствіе, въ которомъ это отправленіе выражается, не имѣетъ, уже какъ таковое, объективной цѣнности, объективнаго интереса, и направлено только

на нанесеніе вреда другому. Такъ смотрѣло на это дѣло римское право, не выставлявшее общаго правила о запрещеніи шиканы, а запрещавшее ее лишь при объективномъ злоупотребленіи правомъ, какъ, напр., въ томъ случаѣ, когда кредиторъ требуетъ отъ должника исполненія порученія, уже исполненнаго другимъ лицомъ. Такъ же относятся къ настоящему вопросу и новыя законодательства, которыя идутъ, однако, дальше римскаго права, оттѣняя въ отдѣльныхъ случаяхъ больше, чѣмъ это дѣлало послѣднее, зависимость отправленія права отъ общихъ соображеній нравственности и государственнаго порядка.

Интересно отмѣтить позицію, занятую въ настоящемъ вопросѣ новымъ обще-германскимъ гражданскимъ уложеніемъ. Въ первомъ проектѣ этого уложенія не было и помину о запрещеніи шиканы. Въ окончательной редакціи, получившей силу закона, были освящены давно признанныя практикой „общаго права“ Германіи положенія, исключавшія злостное отправленіе jus tollendi (§ 997) и злостное отправленіе права собственности (§ 905, 910). Первой изъ указываемыхъ статей добросовѣстный владѣлецъ понуждается къ оставленію въ пользу собственника тѣхъ изъ устроенныхъ имъ въ его землѣ обзаведеній, въ которыхъ онъ, добросовѣстный владѣлецъ, не имѣетъ интереса, или которыя возмѣщаются ему собственникомъ. Двѣ другія статьи не дозволяютъ собственнику уничтожать проникающіе въ его собственность корни и вѣтви чужихъ деревьевъ, если эти корни и вѣтви не вредятъ его пользованію своей землей, — точно такъ же, какъ ему запрещено противиться и такому воздѣйствію на глубину и высоту его собственности, въ исключеніи котораго онъ не заинтересованъ. Сверхъ того, ст. 826 запрещаетъ отправленіе права, противное „добрымъ нравамъ“, а ст. 242 требуетъ отъ должника исполненія его обязательствъ, согласно доброй совѣсти и воззрѣніямъ гражданскаго оборота. Наконецъ, въ коммиссіи рейхстага, обсуждавшей проектъ новаго уложенія, и въ самомъ рейхстагѣ было принято незначительнымъ большинствомъ голосовъ, противъ предложенія всѣхъ союзныхъ правительствъ, и общее запрещеніе шиканы, выраженное въ § 226 дѣйствующаго теперь общегерманскаго уложенія въ слѣдующихъ словахъ: „Отправленіе права недопустимо, если оно не можетъ имѣть другой цѣли, какъ нанесеніе вреда другому“.

Противъ запрещенія злостнаго отправленія права въ такой общей формѣ высказываются теперь многіе нѣмецкіе юристы, указывая на то, что оно можетъ скорѣе способствовать ему, чѣмъ препятствовать: напр., недобросовѣстному должнику оно даетъ въ руки готовое средство затягивать всячески начатый противъ него процессъ [1]). Кромѣ того, опредѣленію ст. 226 нѣмецкаго уложенія ставятъ въ упрекъ смѣшеніе нравственныхъ соображеній съ юридическими. И въ самомъ дѣлѣ, если, съ одной

[1]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, стр. 532.

стороны, надо считать вѣрнымъ, что покровительство безнравственности противорѣчитъ понятію права, а безнравственное отправленіе права не можетъ разсчитывать на судебную защиту, то, съ другой стороны, нельзя отрицать, что чисто нравственное отправленіе права не вмѣняется никому въ обязанность, и что граница между нравственнымъ и безнравственнымъ, дозволеннымъ и недозволеннымъ отправленіемъ права, не опредѣляется абстрактно и разъ навсегда. Противъ соединенія недозволеннаго и безнравственнаго отправленія права въ одно понятіе говоритъ еще то важное соображеніе, что отправленіе права можетъ быть недозволеннымъ и тогда, когда выражающія его дѣйствія не безнравственны, а только несоотвѣтственны съ причиняемымъ ими вредомъ. Поэтому, если понятіе нравственнаго, съ одной стороны, шире понятія дозволеннаго, то, съ другой—оно и у́же этого послѣдняго.

Вотъ почему мы не можемъ согласиться и съ очень популярнымъ опредѣленіемъ злостнаго отправленія права у Виндшейда, гдѣ рѣшающую роль играетъ лишь то, что управомоченное лицо не имѣетъ въ отправленіи своего права иного интереса, какъ нанесеніе вреда другому [1]). Кромѣ узаконенія чисто субъективной оцѣнки интересовъ, это опредѣленіе не считается съ упомянутыми выше случаями злостнаго отправленія права и при наличности собственнаго интереса въ этомъ отправленіи, когда этотъ интересъ несоизмѣримо слабѣе вреда, причиняемаго его удовлетвореніемъ. Поэтому опредѣленіе Виндшейда безусловно хуже формулировки новаго нѣмецкаго уложенія, которая опирается, по крайней мѣрѣ, не на субъективный моментъ отсутствія законнаго интереса въ лицѣ управомоченнаго, а на объективное нанесеніе вреда другому, связанное съ такой же объективной наличностью исключительной цѣли нанесенія этого вреда. Если эта цѣль выступаетъ не объективно, т.-е. не вызываетъ обязательнаго для всѣхъ сужденія, а связывается, напротивъ, съ субъективными элементами, въ видѣ личныхъ представленій сторонъ объ ихъ интересахъ и возможности, рядомъ съ цѣлью нанесенія вреда другому, и какой-либо иной цѣли, то нѣмецкое уложеніе не разрѣшаетъ входить въ обсужденіе внутреннихъ или психическихъ мотивовъ отправленія права и не допускаетъ его злостности [2]).

Примемъ еще во вниманіе, что приведенныя статьи нѣмецкаго уложенія только ограничиваютъ отправленіе права, но не уничтожаютъ самого права, и мы можемъ признать, что чисто объективная формула этихъ ограниченій значительно смягчаетъ ихъ опасность для обезпеченности гражданскаго оборота. Поэтому и § 226 этого уложенія, запрещающій злостное отправленіе права, въ видѣ общаго правила, можно

---

[1]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9-te Aufl., 1906, I, стр. 602.

[2]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Recht, I. стр. 531.

разсматривать, вопреки всѣмъ обращеннымъ къ нему возраженіямъ, какъ наиболѣе удачную изъ всѣхъ сдѣланныхъ до сихъ поръ попытокъ общаго опредѣленія злостнаго отправленія права. Наконецъ, въ пользу этого же опредѣленія можно привести еще тотъ доводъ, что, какъ ни различны области права и нравственности, господствующія въ каждую данную эпоху нравственныя представленія подчиняютъ себѣ, въ общемъ, и правовыя опредѣленія. Регулируемые этими послѣдними интересы, выступая въ качествѣ интересовъ отдѣльныхъ лицъ, должны уступать, въ случаяхъ столкновенія съ интересами нравственности и общества, этимъ послѣднимъ, а въ случаяхъ столкновенія между собой—тѣмъ изъ нихъ, за которыми стоятъ тѣ же общественные интересы, составляющіе, какъ это намъ уже извѣстно, высшую цѣль права. Здѣсь мы вступаемъ въ область конфликтовъ, или коллизій между публичнымъ и гражданскимъ правомъ, съ одной стороны, и между отдѣльными гражданскими правами, съ другой. Разсмотримъ вкратцѣ главные изъ принадлежащихъ сюда случаевъ и способовъ, предлагаемыхъ современной теоріей права для ихъ разрѣшенія.

B) Коллизія публичнаго права съ гражданскимъ.

Въ силу суверенитета государства и рѣшающей роли общественной солидарности во всѣхъ областяхъ права, отдѣльныя лица, въ принципѣ, не могутъ имѣть противъ государства никакихъ притязаній въ случаѣ производимыхъ имъ измѣненій въ объективномъ правѣ, какъ бы тяжело ни отзывались эти измѣненія на ихъ частныхъ интересахъ. Если субъективныя права нельзя выводить, какъ это было уже показано, изъ объективнаго права, которое не создаетъ ихъ, а только регулируетъ и обезпечиваетъ, то изъ соціальной природы всякаго права слѣдуетъ само собой и ограниченіе субъективныхъ правъ объективнымъ правопорядкомъ. Всякое субъективное право, какъ и сама человѣческая личность, слагается изъ двухъ элементовъ: индивидуальнаго и соціальнаго, и нѣтъ такого права, отправленіе котораго не происходило бы въ границахъ и условіяхъ, диктуемыхъ общественной солидарностью. Отсюда вытекаетъ и право государственнаго вмѣшательства въ сферу субъективныхъ правъ, и обязанность каждаго индивида жертвовать частью своей самостоятельности и своего достатка запросамъ общественной солидарности, разъ эта жертва есть вмѣстѣ съ тѣмъ условіе сохраненія и развитія самого индивида. Такую жертву, если она связывается съ измѣненіями въ существующемъ объективномъ правѣ, называютъ обыкновенно экспропріаціей въ широкомъ смыслѣ этого слова, или принудительнымъ отчужденіемъ гражданскихъ правъ, способныхъ къ отчужденію. Право на эту экспропріацію есть необходимое послѣдствіе изъ принципа общественной солидарности, и общій способъ разрѣшенія всѣхъ конфликтовъ

публичнаго права съ гражданскимъ. Правда, что имъ часто злоупотребляетъ политическій абсолютизмъ, но его нельзя не признать съ оговоркой законнаго пользованія и постояннаго соображенія двойственной природы всякаго права: его индивидуализма и соціализма. И насколько отчуждаемыя государствомъ индивидуальныя права обращаются на общественныя цѣли, споспѣшествующія въ то же время цѣлямъ индивидуальной жизни, настолько экспропріація въ широкомъ смыслѣ есть необходимая форма развитія права и соціальнаго прогресса.

Нѣсколько иначе стоитъ дѣло, когда государство, не измѣняя существующаго права, требуетъ по тѣмъ же соображеніямъ общественной солидарности пожертвованія со стороны отдѣльныхъ лицъ только ихъ данными конкретными правами, допускающими отчужденіе. Тогда мы получаемъ конфликтъ между публичнымъ и такимъ гражданскимъ правомъ, которое продолжаетъ существовать in abstracto и отмѣняется въ примѣненіи лишь къ данному лицу и данному конкретному случаю. Это—такъ наз. экспропріація въ тѣсномъ смыслѣ слова, предполагающая дѣятельность государства въ предѣлахъ остающагося безъ измѣненій объективнаго права и предусмотрѣнныхъ имъ формъ судопроизводства. Отличіе этой экспропріаціи отъ первой состоитъ въ томъ, что она даетъ лицу, теряющему свое право, по общему правилу, полное вознагражденіе за теряемое право. Такое вознагражденіе, какъ и примѣненіе уже существующаго права, не предполагаются понятіемъ экспропріаціи въ широкомъ смыслѣ, съ которымъ, равно какъ и съ экспропріаціей въ тѣсномъ смыслѣ, мы ознакомимся ближе впослѣдствіи, когда будемъ говорить о способахъ прекращенія права собственности. Обратимся теперь къ коллизіи между отдѣльными гражданскими правами, представляющей несравненно болѣе разнообразія и трудностей, чѣмъ коллизія между публичнымъ и гражданскимъ правомъ.

Г) Коллизія гражданскихъ правъ.

1. Коллизію гражданскихъ правъ мы имѣемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда сталкивается нѣсколько равносильныхъ гражданскихъ правъ на одинъ и тотъ же предметъ, и ни одно изъ нихъ не можетъ быть удовлетворено иначе, какъ цѣлостнымъ или частичнымъ лишеніемъ этого предмета у всѣхъ остальныхъ правъ. Это—столкновеніе такихъ правъ, изъ которыхъ каждое, если оно отправляется, исключаетъ цѣликомъ или отчасти всѣ другія; это — такъ сказать, эксклюзивныя, противорѣчащія другъ другу права, не допускающія совмѣстнаго отправленія со стороны нѣсколькихъ равно управомоченнымъ лицъ. Напр., имущество должника оказывается недостаточнымъ для удовлетворенія всѣхъ тяготѣющихъ на немъ долговъ, одна и та же вещь продается одновре-

менно (напр., собственникомъ и его уполномоченными) нѣсколькимъ покупщикамъ, въ одномъ и томъ же земельномъ участкѣ устанавливается нѣсколько сервитутовъ пользованія и т. д. Сюда же могутъ быть отнесены одновременные залоги въ одной и той же вещи и на всю вещь, одновременная оккупація, или занятіе многими одной и той же безхозяйной вещи, права кредиторовъ въ такъ назыв. корреальныхъ обязательствахъ и т. п. Если сталкивающіяся при этомъ права не равносильны, и самъ законъ связываетъ съ одними изъ нихъ преимущества, въ которыхъ онъ отказываетъ другимъ, напр., предпочитаетъ вещное право обязательственному, или снабжаетъ извѣстныя категоріи того и другого права такими привилегіями въ порядкѣ удовлетворенія, которыхъ онъ не даетъ другимъ, или указываетъ на предпочтеніе ранѣе возникшаго позже возникшему праву (prior tempore potior jure), то о коллизіи такихъ правъ не можетъ быть рѣчи уже потому, что привилегированныя права удовлетворяются всегда прежде непривилегированныхъ, и коллизія будетъ возможна опять только между одинаково привилегированными и, послѣ ихъ удовлетворенія, между одинаково непривилегированными правами.

2. Отъ указанной коллизіи слѣдуетъ отличать конкурренцію гражданскихъ правъ, неправильно именуемую также конкурренціей исковъ и имѣющую мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда за однимъ и тѣмъ же лицомъ признается нѣсколько притязаній, направленныхъ на одну и ту же цѣль и уже поэтому устраняемыхъ достиженіемъ этой цѣли путемъ осуществленія одного изъ этихъ притязаній. Осуществленіе права здѣсь одно, и множественность притязаній вытекаетъ или изъ возможнаго различія ихъ основаній, безъ котораго не было бы въ большинствѣ случаевъ и множественности притязаній, или изъ соображеній о возможно бо́льшей обезпеченности гражданскихъ правъ. Напр., собственникъ, пострадавшій отъ кражи, совершонной, притомъ, лицомъ, состоящимъ съ нимъ въ какомъ-либо договорномъ отношеніи, имѣетъ право на выдачу покраденнаго на основаніи, во-1), произведенной у него кражи, во-2), своей собственности на покраденное, и въ-3), договорнаго отношенія съ воромъ. Но онъ не можетъ получить того, что у него украдено, болѣе, чѣмъ одинъ разъ, такъ какъ всѣ его притязанія идутъ на одно и то же, и удовлетвореніе по одному изъ этихъ притязаній есть удовлетвореніе и по всѣмъ другимъ [1]). Само собой разумѣется, что здѣсь предполагаютъ дѣйствительное удовлетвореніе, а не простое осужденіе противной стороны,—за которымъ можетъ и не послѣдовать принудительнаго исполненія,—и дѣйствительное тождество предмета притязанія, не оставляющее мѣста требованію бо́льшаго по одному притязанію, чѣмъ по другому. Иначе не полученное на основаніи одного притязанія удовлетвореніе можетъ быть получено на основаніи другого, а если одно притязаніе идетъ на бо́льшее, чѣмъ другое, то оба притя-

[1]) Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur: l. 57 D. 50, 17.

занія могутъ быть осуществлены куммулативно, т.-е. совмѣстно, или послѣ притязанія на меньшее можетъ быть осуществлено и притязаніе на бо̀льшее [1]).

3. Изъ сказаннаго видно, что отличіе конкурренціи правъ отъ коллизіи лежитъ прежде всего въ томъ, что въ случаяхъ коллизіи осуществленіе одного права исключаетъ осуществленіе другого, тогда какъ въ случаяхъ конкурренціи осуществленіе одного права заключаетъ въ себѣ осуществленіе другого и ведетъ къ прекращенію всего юридическаго отношенія. Напр., если собственность на вещь соединяется въ одномъ лицѣ съ сервитутомъ или залогомъ на ту же вещь, или одно и то же лицо дѣлается кредиторомъ и должникомъ по тому же обязательству,—что̀ можетъ быть послѣдствіемъ наслѣдованія собственникомъ обязанному сервитутомъ лицу или наслѣдованія кредиторомъ должнику, и обратно, — то въ первомъ случаѣ, за кое-какими исключеніями, которыя будутъ указаны въ ученіи о сервитутахъ, высшее право, т.-е. собственность, поглотитъ низшее, т.-е. сервитутъ, такъ какъ первое содержитъ въ себѣ и послѣднее, а во второмъ случаѣ прекратитъ свое существованіе и обязательство, такъ какъ оно предполагаетъ два различныхъ лица, сливающихся здѣсь въ одно, не могущее имѣть правъ и обязанностей противъ самого себя. То же самое мы видимъ и при объединеніи какого-нибудь главнаго права съ дополнительнымъ къ нему правомъ, напр., заемнаго обязательства съ поручительствомъ или залогомъ, когда должникъ наслѣдуетъ поручителю или залогодателю, и дополнительное обязательство теряетъ поэтому всякое значеніе для кредитора по обоимъ обязательствамъ. Такое прекращеніе правъ носитъ названіе confusio, и мы вернемся еще къ нему, когда будемъ говорить о прекращеніи гражданскихъ правъ, отмѣчая здѣсь только то, что въ данномъ примѣненіи оно есть послѣдствіе конкурренціи правъ [2]).

Другое отличіе конкурренціи правъ отъ коллизіи состоитъ въ томъ, что послѣдняя имѣетъ мѣсто при стеченіи правъ на одинъ и тотъ же предметъ у разныхъ лицъ, а первая представляетъ намъ отдѣльный случай стеченія нѣсколькихъ правъ или правъ и обязанностей по одному и тому же юридическому отношенію въ одномъ лицѣ, и этотъ случай надо отличать, въ свою очередь, отъ другого, гдѣ стеченіе нѣсколькихъ правъ въ одномъ лицѣ носитъ совсѣмъ иной характеръ.

4. Одно лицо можетъ обладать нѣсколькими правами, существующими самостоятельно и независимо другъ отъ другъ, напр., правомъ собственности и правомъ по обязательству на разные и даже на одни и

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pand., I, стр. 606—613. Hölder, Pand., стр. 354—366. Crome, Syst, I, стр. 532—533. Много интереснаго и новаго по настоящему вопросу можно найти въ сочиненіяхъ Hellwig'a: Anspruch und Klagerecht, 1900, стр. 79—105; Wesen und subjective Begrenzung der Rechtskraft, 1907, стр. 361 и слѣд.

[2]) Unger, System, I, стр. 619—620.

тѣ же объекты при различіи основанія и цѣли права. Если я имѣю, напр., два иска на полученіе одной и той же вещи: одинъ, основанный на дареніи, и другой — на куплѣ-продажѣ, то эти иски не конкуррируютъ, такъ какъ первый идетъ на осуществленіе дарственной воли, а второй—на выдачу эквивалента за уплаченную цѣну вещи [1]). Здѣсь не будетъ ни коллизіи, ни конкурренціи, а будетъ мирное сосуществованіе и совмѣстность нѣсколькихъ правъ.

При конкурренціи правъ мы имѣемъ, напротивъ, такое стеченіе нѣсколькихъ правъ въ одномъ лицѣ, при которомъ эти права покрываютъ другъ друга и отличаются этой чертой какъ отъ мирнаго сосуществованія различныхъ правъ въ одномъ лицѣ, такъ и отъ коллизіи одного права съ другимъ у разныхъ лицъ. Но коллизія правъ касается только ихъ отправленія, тогда какъ конкурренція правъ есть несовмѣстимость этихъ правъ въ самомъ ихъ существованіи, и съ такой несовмѣстимостью не слѣдуетъ смѣшивать несовмѣстимость правъ въ ихъ отправленіи, выражаемую понятіемъ конкурренціи исковъ.

5. Конкурренція исковъ даетъ намъ судебное осуществленіе одного изъ многихъ притязаній, представляющихъ собой различныя средства для достиженія одной и той же цѣли. Поэтому здѣсь, какъ и при конкурренціи правъ, достиженіе общей нѣсколькимъ притязаніямъ цѣли одной изъ судебныхъ формъ этихъ притязаній, т.-е. однимъ изъ охраняющихъ ихъ исковъ, само собой устраняетъ всѣ другіе иски, какъ безцѣльные. Слѣдовательно, мы будемъ имѣть конкурренцію исковъ тамъ, гдѣ нѣсколько исковъ объединяется общимъ имъ всѣмъ юридическимъ интересомъ (de eadem re), который удовлетворяется осуществленіемъ уже одного изъ этихъ исковъ, устраняющаго eo ipso всѣ другіе. Напр., собственникъ, у котораго украли какую-нибудь вещь, имѣетъ выборъ между condictio furtiva (искъ, основаніемъ котораго служитъ совершонная кража) и rei vindicatio (искъ о собственности); отдающій внаймы, въ случаѣ невозвращенія ему по истеченіи договорнаго срока отданной внаймы вещи, можетъ предъявить къ нанимателю любой изъ 3-хъ исковъ: 1) actio locati—искъ, основанный на договорѣ найма, 2) interdictum uti possidetis—искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, и 3) rei vindicatio—искъ о собственности. Примѣненіе одного изъ этихъ средствъ защиты, внѣ указанныхъ выше случаевъ различія въ основаніяхъ права и неполнаго удовлетворенія истца, исключаетъ возможность примѣненія другихъ исковъ, такъ какъ всѣ они имѣютъ общую цѣль, достиженіе которой однимъ изъ исковъ устраняетъ всѣ остальные.

Однако, рѣшающую роль играетъ и здѣсь не то, что̀ можно искать по данному иску, а то, что̀ ищется in concreto. Напр., куплена индивидуально-опредѣленная вещь у лица, не имѣвшаго на нее права соб-

[1]) Windscheid-Kipp, Pand., I, стр. 609.

ственности въ моментъ продажи, но пріобрѣвшаго эту собственность впослѣдствіи путемъ наслѣдованія прежнему собственнику. Покупщикъ имѣетъ къ продавцу въ этомъ случаѣ 2 иска: rei vindicatio, основанную на пріобрѣтеніи собственности, и actio emti, основанную на обязательственномъ договорѣ купли-продажи, и эти иски не конкуррируютъ между собой, такъ какъ rei vindicatio идетъ на выдачу вещи, а actio emti—на возвращеніе уплаченной за нее цѣны [1]).

6. Коллизія правъ отличается не только отъ разобранныхъ случаевъ стеченія нѣсколькихъ правъ и исковъ въ одномъ лицѣ, но и отъ многихъ случаевъ стеченія правъ на одинъ и тотъ же предметъ у разныхъ лицъ. Эти случаи можно раздѣлить на 2 категоріи. Первую категорію составятъ опять случаи мирнаго сосуществованія нѣсколькихъ правъ у разныхъ лицъ, когда эти права стоятъ одно подлѣ другого, безъ взаимнаго не только исключенія, но и ограниченія: напр., нѣсколько предіальныхъ сервитутовъ, принадлежащихъ разнымъ лицамъ въ одномъ и томъ же имѣніи; нѣсколько правъ требованія со стороны разныхъ лицъ къ одному и тому же платежеспособному должнику; нѣсколько залоговыхъ правъ, имѣющихъ предметомъ не всю вещь, а различныя части ея цѣнности, и т. д. Вторую категорію случаевъ мы имѣемъ тогда, когда стекается нѣсколько правъ, изъ которыхъ одно ограничивается другимъ, но всѣ продолжаютъ свое существованіе, хотя и въ болѣе ограниченной области примѣненія: напр., собственность одного лица и какой-нибудь сервитутъ на ту же вещь другого лица. Взаимное дѣйствіе такихъ правъ только относительно, т.-е. оно не касается третьихъ лицъ и является простымъ ограниченіемъ одного права по отношенію къ другому, въ противоположность тѣмъ случаямъ, когда какое-либо право возникаетъ или прекращаетъ свое существованіе цѣликомъ или отчасти въ отношеніи не только къ даннымъ, но и къ третьимъ лицамъ, какъ мы это видимъ, напр., при передачѣ собственникомъ всей или части своей собственности другому лицу. Но и при ограниченіи одного права другимъ экономическая цѣнность ограничиваемаго права можетъ быть отчасти или даже вполнѣ нейтрализована ограничивающимъ его правомъ, отчего ограничиваемое право не теряетъ, однако, своего юридическаго значенія. Залогъ всего поземельнаго участка не прекращаетъ права собственности, но нейтрализуетъ экономическую цѣнность имѣнія, служащаго предметомъ залога, оставляя собственнику этого имѣнія одну форму собственности безъ ея экономическаго содержанія. Это будетъ цѣлостной нейтрализаціей права, для иллюстрированія которой можно привести еще тотъ случай, когда кто-нибудь обязывается къ передачѣ собственности, не совершая акта ея передачи, или традиціи, требуемаго нѣкоторыми положительными законодательствами для перенесенія права

[1]) Regelsberger, Pandekten, стр. 654. Hölder, ibid, стр. 355.

собственности; собственность остается здѣсь за продавцомъ, но съ точки зрѣнія обязательственнаго права она нейтрализуется обязательственнымъ искомъ (actio empti), который можетъ быть предъявленъ покупщикомъ, и который препятствуетъ осуществленію нейтрализуемой имъ собственности продавца. Такая нейтрализація возможна по отношенію не только къ отдѣльнымъ правамъ, но и къ цѣлому имуществу, напр., при наслѣдованіи, происходящемъ, какъ извѣстно, и въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество въ экономическомъ смыслѣ отсутствуетъ, и наслѣдникъ вступаетъ въ права наслѣдодателя, не получая отъ нихъ никакой выгоды. Имущества въ экономическомъ смыслѣ здѣсь нѣтъ, а вступленіе въ наслѣдство совершается, что̀ имѣетъ большое значеніе для счета наслѣдства и отвѣтственности наслѣдника передъ легатаріями и наслѣдственными кредиторами. Всѣ эти случаи не представляютъ коллизіи правъ, такъ какъ мы находимъ здѣсь права различнаго содержанія, изъ которыхъ одно ограничиваетъ другое и этимъ самымъ даетъ мѣру какъ себѣ, такъ и ограничиваемому праву, устраняя всякое противорѣчіе.

7. Нельзя видѣть коллизіи правъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда какое-либо право принадлежитъ одному лицу, а другіе только претендуютъ, каждое исключительно для себя, на то же право. Въ этихъ случаяхъ мы видимъ споръ не между нѣсколькими управомоченными лицами, а между однимъ управомоченнымъ и нѣсколькими претендентами на спорное право, и этотъ споръ разрѣшается судебнымъ рѣшеніемъ, которое не имѣетъ дѣла съ коллизіей правъ. Здѣсь различаютъ обыкновенно 2 случая. а) Предметъ права находится въ рукахъ 3-го лица, и ни одинъ изъ претендентовъ на него не можетъ доказать своего права. Напр., сдѣлано завѣщаніе въ пользу „брата“ или „друга Ивана“, когда у завѣщателя оказывается нѣсколько братьевъ и нѣсколько друзей съ именемъ Ивана. Римское право не видѣло въ этихъ случаяхъ никакой коллизіи и отказывало въ завѣщательныхъ правахъ. Но если спорный предметъ, напр., стипендію, слѣдуетъ присудить только одному изъ нѣсколькихъ лицъ, удовлетворяющихъ всѣмъ условіямъ ея назначенія, и эту стипендію, согласно волѣ учредителя, нельзя раздѣлить, то споръ между нѣсколькими равно управомоченными претендентами разрѣшается жребіемъ. б) Предметъ права находится у одного изъ претендентовъ, и если другіе претенденты не доказываютъ своего права, этотъ предметъ остается у владѣльца: для лишенія владѣнія требуется высшая сила и право, которыхъ недостаетъ остальнымъ претендентамъ [1]).

Наконецъ, не можетъ быть рѣчи о коллизіи правъ и въ случаяхъ соучастія въ какомъ-нибудь правѣ, напр., въ собственности (condominium), такъ какъ всякое соучастіе заключаетъ уже въ своихъ условіяхъ разрѣшеніе возможныхъ споровъ между соучастниками.

---

[1]) Unger, ibid., стр. 622—623. Dernburg, Bürgerl. Recht, I, стр. 112.

Понятіемъ коллизіи предполагается то, чтобы нѣсколько лицъ имѣли дѣйствительное право въ одномъ и томъ же предметѣ, и чтобы отправленіе этого права со стороны каждаго исключало отправленіе всѣхъ другихъ. Каждый долженъ имѣть обоснованное въ своемъ лицѣ право, каждое изъ этихъ правъ должно быть направлено на одинъ и тотъ же предметъ, и отправленіе каждаго изъ этихъ правъ должно быть нарушеніемъ отправленія права всѣхъ другихъ. Однородность сталкивающихся правъ при этомъ не существенна, такъ какъ и разнородныя права, какъ, напр., какое-нибудь вещное и какое-нибудь обязательственное право, также могутъ касаться одного и того же предмета, недостаточнаго для удовлетворенія ихъ обоихъ, и вызывать поэтому и въ настоящемъ случаѣ примѣненіе правилъ, принятыхъ для разрѣшенія коллизіи противорѣчащихъ другъ другу правъ. Существенно для понятія коллизіи только то, чтобы права нѣсколькихъ лицъ на одинъ и тотъ же предметъ взаимно противорѣчили и исключали другъ друга, что̀ можетъ происходить или отъ того, что эти права несовмѣстимы по своей цѣли, или отъ того, что предметъ ихъ, вслѣдствіе своей ограниченности, не въ состояніи выдержать отправленіе права со стороны нѣсколькихъ лицъ.

8. Какими же правилами разрѣшаются случаи коллизіи несовмѣстимыхъ въ своемъ отправленіи правъ? Эти правила различны по различію правъ.

Римское право предписывало здѣсь то дѣленіе вещи или права по соразмѣрности долей участниковъ въ этомъ правѣ (pro rata), какъ, напр., при оккупаціи, то рѣшеніе спора на основаніи жребія при недѣлимости права, то рѣшеніе по принципу превенціи, т.-е. смотря по тому, кто первый захватитъ вещь или предъявитъ искъ, какъ это имѣло мѣсто въ первомъ случаѣ при той же оккупаціи, а во второмъ— при корреальныхъ обязательствахъ, то, наконецъ, рѣшеніе на основаніи предпочтенія владѣнія (occupantis (possidentis) melior est conditio), какъ, напр., при коллизіи правъ нѣсколькихъ владѣльцевъ bonae fidei, т.-е. добросовѣстныхъ владѣльцевъ, и т. д.

Современныя законодательства отличаются въ этомъ отношеніи отъ римскаго тѣмъ, что они склоняются въ большинствѣ случаевъ къ возможному уравненію сталкивающихся правъ путемъ судебнаго рѣшенія. Поэтому они постановляютъ на эти случаи правила о раздѣленіи права по соразмѣрности долей (pro rata) и о взаимныхъ ограниченіяхъ при его отправленіи, или устанавливаютъ очередь въ пользованіи правомъ, недопускающемъ раздѣла, какъ это происходитъ, напр., при общемъ и нераздѣльномъ пользованіи какимъ-нибудь источникомъ воды, или предлагаютъ рѣшеніе на основаніи жребія, чрезвычайно популярное въ средневѣковомъ правѣ (Das Loos stillt den Hader), напр., при распредѣленіи ордалій, раздѣлѣ наслѣдства, полей, луговъ, другихъ общинныхъ угодій и т. д.; это же рѣшеніе, какъ крайняя мѣра, примѣняется и въ современномъ правѣ, не ограничивающемъ

его случаями, указанными въ римскихъ источникахъ [1]). При столкновеніи не равныхъ, а различныхъ по своей силѣ правъ, большинство европейскихъ законодательствъ предписываетъ предпочтеніе сильнѣйшаго права слабѣйшему, права, ранѣе возникшаго — праву позднѣйшаго происхожденія, права вещнаго или внесеннаго въ ипотечныя книги — праву обязательственному или не записанному въ ипотечныя книги, и т. д. Прусскій Landrecht, слѣдуя распространенной во время его изданія практикѣ „общаго права", даетъ еще спеціальныя постановленія о предпочтеніи правъ, идущихъ на освобожденіе отъ какой-нибудь тягости или на отвращеніе убытковъ, передъ правами, имѣющими въ виду осуществленіе какой-нибудь выгоды. Поэтому штрафные иски и требованія, основанныя на дарственныхъ актахъ, стоятъ позади другихъ правъ и при конкурсѣ не находятъ себѣ, по большей части, удовлетворенія.

Новое нѣмецкое уложеніе не даетъ общихъ опредѣленій о коллизіи правъ, и съ редакторами его „Мотивовъ" можно согласиться въ томъ, что въ случаяхъ, когда одно право ограничивается другимъ (собственность и сервитутъ въ одной и той же вещи), или нѣсколько однородныхъ правъ слѣдуютъ въ извѣстномъ порядкѣ другъ за другомъ (нѣсколько залоговыхъ правъ въ одной вещи), или одно право предпочитается другому въ силу логики права или предписанія закона, — что во всѣхъ этихъ случаяхъ, не представляющихъ собой настоящей коллизіи правъ, нѣтъ надобности и въ особыхъ нормахъ [2]). Но эти нормы дѣлаются необходимостью, когда столкновеніе происходитъ между исключающими другъ друга правами равнаго содержанія, и нѣмецкое уложеніе, не содержа въ себѣ принципіальнаго разрѣшенія вопроса о коллизіи правъ, даетъ не одно указаніе для регулированія отдѣльныхъ случаевъ и настоящей коллизіи правъ. Такъ, при столкновеніи нѣсколькихъ равныхъ другъ другу реальныхъ и личныхъ сервитутовъ въ недвижимомъ имуществѣ, такъ же, какъ и при столкновеніи равныхъ правъ пользованія въ движимостяхъ, — оно предоставляетъ каждому управомоченному искъ на справедливое уравненіе отправленія его права съ отправленіемъ того же права другими управомоченными лицами (§ 1024, 1060). Римскій принципъ предпочтенія владѣнія (possidentis melior est conditio) отвергнутъ въ данномъ примѣненіи, и если впереди стоящіе залоги удовлетворяются ранѣе заложовъ, стоящихъ въ слѣдующихъ рядахъ, то залоги одного и того же ряда дѣлятся преимуществами своего положенія (§ 1232) [3]). Права по обязательствамъ удовлетворяются независимо отъ времени ихъ возникновенія, и кредиторъ, удовлетворенный должникомъ передъ учрежденіемъ конкурса надъ его имуществомъ, не уступаетъ ничего конкурсной массѣ

---

[1]) Gierke, Deutsches Recht, I, стр. 322—323.
[2]) Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, I, стр. 275.
[3]) Motive, I, стр. 276, III, стр. 820.

и въ томъ случаѣ, если его право возникло позже правъ другихъ кредиторовъ. Въ случаѣ такъ назыв. Auslobung, т.-е. публично принятаго на себя кѣмъ-либо обязательства вознаградить того, кто совершитъ извѣстное дѣйствіе, обѣщанное вознагражденіе дѣлится поровну между всѣми исполнителями условленнаго дѣйствія (§ 659, abs. 2), а завѣщательное распоряженіе, которое можетъ толковаться въ пользу нѣсколькихъ лицъ, признается, вопреки приведенному выше рѣшенію римскихъ юристовъ, въ силѣ и распредѣляется между этими лицами, если нельзя съ точностью установить, кого именно изъ этихъ лицъ данное завѣщательное распоряженіе касается (§ 2073). Когда вознагражденіе, обѣщанное въ первомъ изъ приведенныхъ сейчасъ случаевъ, не можетъ быть раздѣлено, или, по смыслу обѣщанія, можетъ быть предоставлено только одному лицу, рѣшеніе дается жребіемъ (§ 659, abs. 2), и это рѣшеніе, какъ основанное на справедливости, должно примѣняться по аналогіи и въ другихъ случаяхъ коллизіи правъ, не разрѣшаемыхъ обыкновенными средствами [1]).

Наше законодательство не только не заключаетъ въ себѣ руководящихъ положеній для разрѣшенія всѣхъ случаевъ коллизіи гражданскихъ правъ, но не даетъ и такихъ частныхъ рѣшеній отдѣльныхъ случаевъ, изъ которыхъ можно было бы вывести какія-либо общія положенія. Его частныя рѣшенія относятся, по большей части, не къ настоящей коллизіи правъ и отличаются какъ случайностью, такъ и недостаточностью. Тѣмъ не менѣе, они сводятся Мейеромъ, въ его курсѣ гражданскаго права, къ слѣдующимъ общимъ положеніямъ. На первомъ планѣ стоитъ разрѣшеніе случаевъ коллизіи правъ по преимуществу, оказываемому одному изъ сталкивающихся правъ передъ другими: столкновеніе разрѣшается тѣмъ, что сначала осуществляется вполнѣ одно право, а потомъ другое, насколько осуществленіе послѣдняго возможно, такъ что, если осуществленіе перваго права исчерпываетъ его предметъ, то второе право остается безъ осуществленія. Такое преимущество одного права передъ другимъ, исключаемое, какъ мы это уже видѣли, самимъ понятіемъ коллизіи правъ, основывается въ нашемъ законодательствѣ или на старшинствѣ права, или на личности субъекта права, или на свойствѣ права, или на его происхожденіи. Въ первомъ случаѣ право, прежде возникшее, подлежитъ удовлетворенію предпочтительно передъ правомъ, послѣ возникшимъ: prior tempore, potior jure. Сюда принадлежатъ слѣдующія постановленія нашего законодательства. Если лицо неторговаго званія впадаетъ въ несостоятельность, то, при столкновеніи права казны на удовлетвореніе со стороны несостоятельнаго должника и права частнаго лица, первое удовлетворяется преимущественно, если оно старше по времени (т. X ч. 2, ст. 1016). Когда нѣсколько пожалованныхъ землей

[1]) Dernburg, ibid., стр. 111—112. Gierke, ibid.

лицъ изъявляютъ желаніе получить одинъ и тотъ же участокъ земли, то преимущество отдается тому, кто прежде предъявилъ просьбу объ отводѣ ему пожалованнаго количества земли (X т. ч. 1, исключенная теперь ст. 895). Предпочтеніе, оказываемое личности субъекта права. выражено въ ст. 1978 Уст. Торг., которая постановляетъ, что казна и церковь по нѣкоторымъ ихъ требованіямъ удовлетворяются предпочтительно передъ частными лицами, хотя бы права ихъ возникли въ одно время или даже послѣ правъ частныхъ лицъ. Относительно предпочтенія, отдаваемаго тому или другому праву, смотря по его свойствамъ, мы имѣемъ постановленіе той же 1978 ст. п. 3 (см. также ст. 1026 т. X ч. 2), по силѣ котораго право, обезпеченное залогомъ, имѣетъ преимущество передъ правомъ, не обезпеченнымъ залогомъ, хотя бы послѣднее возникло и раньше перваго, или принадлежало церкви или казнѣ. Точно такъ же одному праву отдается предпочтеніе передъ другимъ, если оно укрѣплено въ надлежащемъ порядкѣ и соблюдены всѣ необходимыя для его охраненія формы: напр., право по займу, если оно укрѣплено совершеніемъ заемнаго письма, имѣетъ преимущество при столкновеніи съ другимъ займомъ, не укрѣпленнымъ такимъ заемнымъ письмомъ (ст. 2036, 2039, 2056 X т. ч. 1). Что касается преимущества, отдаваемаго тому или другому происхожденію права, мы имѣемъ въ нашемъ законодательствѣ такое правило: при несостоятельности должника преимущественно передъ всѣми другими частными вѣрителями удовлетворяются тѣ лица, которымъ задолжалъ должникъ въ послѣднее полугодіе до открытія несостоятельности за съѣстные припасы, содержаніе, личныя услуги и т. д.—все это долги, возникшіе по существенной необходимости (ст. 1978 п. 5—10 Уст. Торг.).

Если ни одно изъ сталкивающихся правъ не имѣетъ преимущества передъ другими, то столкновеніе разрѣшается удовлетвореніемъ каждаго изъ нихъ по соразмѣрности (ibid., ст. 1979). О жребіи, превенціи, очередномъ пользованіи или преимуществѣ владѣнія, въ случаѣ невозможности произвести соразмѣрное удовлетвореніе, наши законы не говорятъ и уступаютъ въ этомъ отношеніи, какъ и во всѣхъ другихъ, иностраннымъ кодексамъ, усвоившимъ и переработавшимъ въ настоящемъ вопросѣ большинство соотвѣтствующихъ положеній римскаго права.

Разсмотримъ теперь, въ заключеніи теоріи субъективнаго права, его главнѣйшія подраздѣленія.

5. Виды субъективныхъ правъ.

А) Права личности и имущественныя права.

Къ правамъ личности принадлежатъ не только права на жизнь, свободу, честь и другія высшія блага, связанныя съ понятіемъ личности, но и права на существованіе и положеніе личности въ семьѣ, общинѣ,

государствѣ и другихъ союзахъ, внѣ которыхъ она не можетъ существовать. Сюда же причисляютъ теперь права личности на свое имя, пріобрѣтаемое рожденіемъ или послѣдующими юридическими актами, включительно со званіемъ, титуломъ, гербомъ, промысловымъ именемъ („фирма“), именемъ промысловыхъ продуктовъ („марки“) и т. д., равно какъ и права на такъ назыв. „нематеріальныя блага“, т.-е. продукты умственной, художественной, изобрѣтательной и другихъ видовъ духовной дѣятельности личности [1]). Всѣ эти права называютъ часто и „статутными правами“ или „правами состоянія (Zustandsrechte) [2]), также — „правами въ собственной личности“ (Rechte an der eigenen Person) [3]), и, наконецъ — „индивидуальными правами“ [4]). Но эти названія намъ кажутся неудачными, такъ какъ первое изъ нихъ не обнимаетъ даже указанныхъ сейчасъ правъ личности, не говоря о тѣхъ, которыя остались безъ упоминанія, второе — сливаетъ понятія субъекта и объекта права и, предполагая господство лица надъ той или другой частью своей собственной личной сферы, становится въ противорѣчіе съ тѣми правами личности, которыя, какъ, напр., право на честь, не заключаютъ въ себѣ и тѣни такого господства, а третье — можетъ быть отнесено ко всѣмъ правамъ и, въ то же время, исключено изъ всѣхъ союзныхъ отношеній, гдѣ права личности, какъ мы увидимъ это въ теоріи юридическаго лица, играютъ также не маловажную роль. Поэтому мы и предпочитаемъ терминъ „права личности“, которымъ означаются всѣ права, неразрывно связанныя съ личностью, какъ въ ея индивидуальномъ, такъ и коллективномъ бытіи. Кромѣ того, имъ указывается и источникъ этихъ правъ, лежащій въ единомъ и высшемъ субъективномъ правѣ, сопровождающемъ всѣ другія права, какъ гражданскія, такъ и публичныя, какъ индивидуальныя, такъ и коллективныя, какъ чисто личныя, такъ и имущественныя. Это высшее субъективное право есть не что-либо иное, какъ то же право личности на признаніе ея достоинства и самоопредѣленія.

Изъ этого источника, какъ центра правъ, развиваются и къ нему же возвращаются всѣ отдѣльныя права личности, объединеніе которыхъ въ одно понятіе представляетъ то важное преимущество, что, при неравенствѣ условій историческаго развитія и законодательныхъ опредѣленій по отдѣльнымъ видамъ этихъ правъ, объединенное право личности дѣлаетъ возможнымъ примѣненіе аналогіи и восполненіе недостаточной или вовсе еще не установленной защиты того или другого вида этихъ правъ защитой, основанной только на общемъ правѣ личности. Если, напр., письма, не имѣющія ни научнаго, ни художественнаго значенія, не составляютъ пред-

[1]) Regelsberger, Pandekten, стр. 197.

[2]) Bruns-Eck-Mitteis, Das Pandektenrecht у Holtzendorff'a, Encyklopädie der RW., I, стр. 310—311. Wächter, Würtemberg. Privatr., II, § 45.

[3]) Windscheid-Kipp, ibid., стр. 173—174. Gierke, ibid., стр. 260.

[4]) Gareis, Encyclop., стр. 31; Handelsrecht, § 49.

мета авторскаго права и не получаютъ защиты на основаніи этого послѣдняго, то неуполномоченное обнародованіе и такихъ писемъ можетъ быть преслѣдуемо искомъ, охраняющимъ право личности (actio injuriarum).

Нѣкоторыя изъ формъ права личности получили въ современныхъ законодательствахъ такое же самостоятельное значеніе, какъ собственность, владѣніе, обязательства и т. д. Сюда можно отнести, напр., права на имя, фирмы, промышленныя марки, авторское право и т. д. Другія права личности снабжены особыми публично-правовыми гарантіями, не лишающими ихъ и значенія гражданскихъ правъ: таковы, напр., права на личную свободу, неприкосновенность жилища, свободу совѣсти, свободу слова, тайну переписки, свободу передвиженія, промысловъ, торговли и т. д. [1]). Наконецъ, существуютъ и такія права личности, которыя не выдѣлились еще вполнѣ изъ общаго имъ источника и не могутъ быть защищены иначе, какъ средствами, извлеченными изъ этого же источника. Граница между этимъ источникомъ и его формами, получившими самостоятельное значеніе и законное признаніе, по необходимости, текуча и неопредѣленна: право личности переживаетъ еще въ настоящее время процессъ образованія и развитія. Возьмемъ, напр., право на собственное изображеніе, получающее значительную важность при современной практикѣ фотографіи, и, особенно, моментальной. Оно признано еще далеко не вездѣ и представляетъ много спорнаго. Въ Германіи уже законы 1870 и 1876 гг. запрещали распространеніе фотографій безъ согласія того, кого фотографируютъ. Но это запрещеніе не могло быть безусловно, такъ какъ изображенія, какъ и біографіи значительныхъ людей своего времени, представляютъ интересъ не только этихъ людей, но и всего общества. И мы не видимъ, почему этому послѣднему интересу можетъ быть отказано въ удовлетвореніи. Другое дѣло, если заинтересованное лицо неизвѣстно публикѣ, или изображенія и извѣстныхъ людей распространяются съ цѣлью неблаговидной рекламы или какихъ-либо злостныхъ видовъ. Не можетъ быть допущено, напр., ни приниженіе изображаемаго лица, ни вторженіе въ его интимную жизнь: изображеніе голымъ, въ халатѣ и т. п. На этомъ основаніи нѣмецкіе суды осуждали изображеніе пѣвицы на спичечныхъ и бисквитныхъ коробкахъ, а въ надѣлавшемъ много шума процессѣ о снятіи фотографій съ трупа Бисмарка постановили не только наказаніе виновныхъ, но и конфискацію снятыхъ фотографій [2]).

Во всякомъ случаѣ можно сказать, что признанными закономъ формами права личности не исчерпывается его цѣль, и что законодательства представляютъ въ этомъ отношеніи пробѣлы, которые не могутъ быть пополнены иначе, какъ обращеніемъ къ общему праву личности—

---

[1]) См. мою книгу: Свобода и ея гарантіи, гл. II.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht, I, стр. 49. Kohler, Bürgerl. Recht у Holtzendorff'a, Encyclop., I, стр. 588—589.

по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока изъ него не выработалось еще того или другого спеціальнаго права личности, защита котораго требуется новымъ правосознаніемъ [1]).

По различію благъ, составляющихъ содержаніе права личности, виды его различаются другъ отъ друга не меньше, чѣмъ виды другихъ правъ. Если личныя блага служатъ условіемъ самаго существованія личности,— таковы, напр., ея жизнь, свобода, честь и т. д.,—то права личности отличаются особенно рѣзко отъ всѣхъ другихъ правъ. И это отличіе состоитъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что такія права личности принадлежатъ теперь каждому лицу, какъ таковому, независимо отъ какихъ бы то ни было основаній, требуемыхъ для обладанія другими правами. Они и возникаютъ ipso jure, т.-е. по праву, вмѣстѣ съ самой личностью.

Другія права личности имѣютъ своимъ содержаніемъ менѣе важныя личныя блага, какъ, напр., имя, почетныя отличія, марки и т. д., или связаны съ обладаніемъ какимъ-нибудь имуществомъ, либо отправленіемъ какого-нибудь промысла, напр., торговли, промышленности, и т. д., или, наконецъ, они представляются условіемъ, либо результатомъ какой-нибудь личной дѣятельности, напр., литературной, художественной, музыкальной и т. д. Большинство этихъ правъ возникаетъ, въ отличіе отъ правъ личности предшествующей категоріи, въ силу индивидуальныхъ дѣйствій и такихъ же титуловъ, которыми могутъ служить какъ постороннія дѣйствія, напр., пожалованія публичной власти, такъ и собственныя дѣйствія, напр., личное творчество въ формѣ изобрѣтеній, ученой и художественной работы и т. д. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ,—когда, напр, то или другое лицо принадлежитъ къ извѣстному классу лицъ: купечеству, духовенству и т. д.—и эти права возникаютъ въ силу закона.

Еще болѣе различій можно отмѣтить въ способахъ прекращенія правъ личности. По общему правилу, они прекращаются съ отпаденіемъ субъекта, который ими обладаетъ. Но существуютъ и наслѣдственныя права личности, переживающія своего субъекта—однако, лишь на извѣстный, опредѣленный закономъ срокъ: таково, напр., авторское право,

---

[1]) Чаще всего законодательные кодексы не упоминаютъ о правахъ личности, или разсматриваютъ ихъ не какъ права, а какъ фактическія блага, охраняемыя только въ уголовномъ и административномъ порядкѣ. Такова, какъ будто, позиція и новаго нѣмецкаго гражданскаго уложенія, устанавливающаго въ своемъ § 823 одинъ лишь деликтный искъ на случай виновнаго нападенія на эти блага. Единственное право личности, признанное этимъ уложеніемъ, есть право на имя, обнимающее, однако, какъ титулы, гербы, такъ и псевдонимы (§ 12. См. Eck, Bürgerl. Recht, I, стр. 42—44). Но Дернбургъ считаетъ необходимымъ распространить защиту этого права и на другія права личности (Dernburg, Bürgerl. R., I, стр. 49–50). Авторское право и другія права на такія „нематеріальныя блага", какъ фирмы, промышленныя марки и т. д., регулированы особыми имперскими законами и поэтому не затронуты уложеніемъ

тогда какъ права на изобрѣтенія и многія другія права личности ограничены извѣстнымъ срокомъ не только по отпаденіи своего субъекта, но и съ самаго начала своего возникновенія. Не говоря о правахъ личности высшаго порядка, не ограниченныхъ въ своей продолжительности никакимъ срокомъ и никогда не допускающихъ прекращенія черезъ отреченіе, та же черта безсрочности, которую не надо смѣшивать съ вѣчностью, невозможной ни при какихъ правахъ, наблюдается и при нѣкоторыхъ правахъ личности, менѣе связанныхъ съ личностью ихъ носителей, напр.— правахъ, сопровождающихъ обладаніе извѣстными земельными участками или веденіе извѣстныхъ промысловъ Въ послѣднихъ случаяхъ допускается и отреченіе отъ права, и прекращеніе его, вмѣстѣ съ гибелью земельнаго участка или промысла, къ которому оно прикрѣплено: право личности служитъ здѣсь акцессуаромъ, или дополненіемъ къ другому праву, обусловливающему его существованіе.

То же можно сказать и о передаваемости правъ личности: недопустимая въ принципѣ—особенно, въ отношеніи къ правамъ личности высшаго порядка,—она допускается въ отношеніи къ менѣе связаннымъ съ личностью правамъ этого рода и, особенно, такимъ, которыя стоятъ въ зависимости отъ какого-либо другого права. Но передача права личности допускается здѣсь не сама по себѣ, а вмѣстѣ съ тѣмъ правомъ, которому оно служитъ акцессуаромъ: сюда принадлежатъ опять права личности, связанныя съ земельнымъ владѣніемъ или отправленіемъ какого-либо промысла, равно какъ и различные виды авторскаго права, передаваемые въ другія руки какъ цѣликомъ, такъ и въ своихъ составныхъ частяхъ, напр., въ правѣ изданія [1]).

Однако, и при всѣхъ указанныхъ различіяхъ, права личности объединяются нѣсколькими общими признаками, сообщающими имъ характеръ особой и самостоятельной категоріи правъ, отличной отъ всѣхъ другихъ. Во-1), всѣ они запечатлѣны, хотя и въ различной степени, чертами чисто-личнаго права, т.-е. прикрѣпленностью къ своему субъекту, вмѣстѣ съ которымъ они какъ возникаютъ, такъ и прекращаются. И уклоненія отъ этого типа личнаго права происходятъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой предметъ того или другого права личности объективируется, т.-е. получаетъ значеніе самостоятельнаго „нематеріальнаго блага“, способнаго выступать въ гражданскомъ оборотѣ какъ „вещь“: мы видимъ это, напр., при авторскомъ правѣ, правахъ на изобрѣтенія, промышленныя марки и т. д.

Во-2), всѣ права личности пользуются абсолютной защитой, которая идетъ противъ всѣхъ и каждаго, кто становится въ противорѣчіе съ ними. Эта защита требуетъ отъ всѣхъ какъ признанія правъ личности, такъ и воздержанія отъ нарушающихъ эти права дѣйствій; и

[1]) Gierke, ibid., стр. 707—708.

неисполненіе этого требованія влечетъ за собой, съ одной стороны, возстановленіе нарушеннаго права, и, съ другой—наказаніе правонарушителя или возмѣщеніе причиненнаго имъ ущерба. Такая абсолютная защита противъ всѣхъ и каждаго, присущая, какъ мы увидимъ это ниже, не однимъ правамъ личности, даетъ поводъ называть эти послѣднія абсолютными правами, въ отличіе отъ такъ назыв. относительныхъ правъ, представляющихъ собой юридическое отношеніе только между даннымъ управомоченнымъ и даннымъ обязаннымъ лицомъ, и защищаемыхъ уже поэтому не противъ всѣхъ и каждаго, а лишь противъ даннаго обязаннаго лица; главный случай такихъ относительныхъ правъ мы имѣемъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ. Но права личности называютъ абсолютными и въ другомъ смыслѣ, въ которомъ это названіе можетъ быть примѣнено только къ правамъ, имѣющимъ своимъ содержаніемъ защиту жизни, свободы, чести и т. п. высшихъ благъ. Только эти права личности можно называть абсолютными и на томъ основаніи, что они не связаны въ своемъ возникновеніи никакими условіями и не только не производны, подобно другимъ гражданскимъ правамъ, отъ тѣхъ или другихъ юридическихъ отношеній, но и не приводятъ вовсе къ такимъ отношеніямъ, столь характернымъ для остальныхъ гражданскихъ правъ, которыя и считаются въ этомъ случаѣ относительными по причинѣ своей связанности различными условіями и отношеніями.

Наконецъ, въ-3), права личности, вслѣдствіе своей идеальной природы, неоцѣненны, непереложимы на деньги и противоположны также въ этомъ смыслѣ всѣмъ имущественнымъ правамъ. Это не исключаетъ, однако, возможности и денежныхъ исковъ, вытекающихъ изъ нарушенія правъ личности. Римскій искъ—actio aestimatoria, который подъ другими именами существуетъ и въ настоящее время, не нарушаетъ понятія о непереложимости на деньги личныхъ благъ, такъ какъ вознагражденіе и вообще деньги какъ въ этомъ искѣ, такъ и въ другихъ личныхъ искахъ не играютъ роли эквивалента нарушеннаго права, а исполняютъ карательную или возмездную функцію, служа наказаніемъ или возмѣщеніемъ за оскорбленіе права личности, опредѣляемымъ въ зависимости не отъ одного размѣра причиненнаго имущественнаго ущерба. Неимущественному характеру правъ личности не противорѣчатъ и чисто имущественные элементы ихъ содержанія, которые могутъ получить даже извѣстную самостоятельность, никогда не отдѣляясь вполнѣ отъ своего личнаго ядра. Права личности, развертывающія такое имущественное содержаніе, могутъ вступать и въ имущественный оборотъ, сохраняя въ неприкосновенности свою природу личныхъ правъ. Напр., издательское право, несмотря на свои имущественныя черты, остается настолько же зависимымъ отъ авторскаго права, насколько право пользованія въ имуществѣ корпораціи зависимо отъ права членства въ этой корпораціи, или право пользованія родителей въ имуществѣ дѣтей—отъ признанной закономъ родительской власти.

Такимъ образомъ, многія права личности могутъ быть, въ то же время, и имущественными правами, и насколько они выступаютъ таковыми, настолько ихъ можно характеризовать, какъ „абсолютныя имущественныя права“, т.-е. такія, которыя защищаются абсолютными исками противъ всѣхъ, кто противится ихъ осуществленію. Таковы, напр., права на „нематеріальныя блага“, которыхъ имущественное содержаніе нельзя принимать за центръ права, ни отдѣлять его, какъ вполнѣ самостоятельное право, отъ господствующаго надъ нимъ и здѣсь права личности [1]).

Полную противоположность правамъ личности составляютъ имущественныя права, которыя мы разсмотримъ въ ученіи объ объектѣ права, ограничиваясь здѣсь общимъ опредѣленіемъ этихъ правъ, какъ такихъ, которыя имѣютъ своимъ предметомъ хозяйственныя блага или хозяйственныя цѣнности. И такъ какъ въ современной системѣ хозяйства всякая хозяйственная цѣнность можетъ быть выражена въ деньгахъ, то мы можемъ принять и достаточно установленное теперь опредѣленіе имущественныхъ правъ, какъ правъ, имѣющихъ денежную цѣнность [2]).

Правда, собственность возможна и на вещи, не представляющія денежной цѣнности, какъ возможны и обязательства безъ денежной цѣнности. Но систематика права считается только съ типами, а не съ уклоненіями отъ типовъ, и причисляетъ всѣ вещныя и обязательственныя права въ разрядъ имущественныхъ.

Б) Права индивидуальнаго и общественнаго обладанія.

Различіе между празами индивидуальнаго и общественнаго обладанія стоитъ въ связи съ различіемъ правъ личности и имущественныхъ правъ, но имѣетъ и самостоятельное значеніе. Индивидуальное обладаніе есть, по своему типу, имущественное, и индивидуальныя права совпадаютъ въ большинствѣ случаевъ съ имущественными, тогда какъ общественное обладаніе есть, по преимуществу, неимущественное, и предоставлено всѣмъ и каждому или, по крайней мѣрѣ, значительнымъ группамъ лицъ. Этими чертами общественное обладаніе сходится съ правами личности, но оно и отличается отъ нихъ служеніемъ цѣлямъ коллективнаго существованія и подчиненіемъ своихъ имущественныхъ элементовъ, если таковые въ немъ имѣются, тѣмъ же цѣлямъ коллективнаго существованія. Поэтому индивидуальное и общественное обладаніе отличаются другъ отъ друга не столько тѣмъ, что первое имѣетъ имущественный, а

---

[1]) Gierke, ibid., стр. 702—708.

[2]) Windscheid-Kipp, стр. 178, прим. I. Dernburg, Пандекты I, стр. 55; Bürgerl. Recht, стр. 50. Crome, ibid., стр. 170.

второе—неимущественный характеръ,—мы знаемъ индивидуальныя права, лишенныя имущественнаго значенія, и общественное обладаніе, носящее имущественный характеръ,—сколько тѣмъ, что первое служитъ цѣлямъ индивидуальной, а второе—коллективной жизни.

Указанное различіе не принимается, къ сожалѣнію, господствующей теоріей гражданскаго права, хотя оно сопровождается, какъ мы сейчасъ увидимъ, существенными юридическими послѣдствіями. Первое указаніе на него принадлежитъ Іерингу, хотя и объ этомъ юристѣ нужно сказать, что, ни въ курсѣ своихъ лекцій, и ни въ одномъ изъ своихъ сочиненій, онъ не останавливается на этомъ различіи, не разрабатываетъ его и слѣдуетъ въ этомъ отношеніи за господствующимъ ученіемъ, игнорирующимъ особенности общественнаго обладанія. Между тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что какъ исторія права, такъ и современныя законодательства представляютъ намъ, кромѣ формъ индивидуальнаго обладанія благами внѣшняго міра, еще другія, вполнѣ отличныя отъ нихъ формы общаго или общественнаго обладанія. Эти формы предшествуютъ въ порядкѣ исторической послѣдовательности индивидуальному обладанію, такъ какъ жизнь человѣчества всюду открывается упорной борьбой за существованіе, которая можетъ быть ведена не разрозненно, а только группами соединенныхъ вмѣстѣ индивидовъ. Поэтому общественное обладаніе въ области какъ имущественныхъ, такъ и другихъ отношеній, было сначала господствующей формой юридическихъ отношеній, а общинное землевладѣніе, какъ это доказано новыми изслѣдованіями, составляло чуть ли не у всѣхъ народовъ форму поземельныхъ отношеній, предшествовавшую, въ общемъ, порядку частной собственности. Послѣдняя, какъ продуктъ дифференціаціи имущественныхъ и общественныхъ отношеній, образовалась послѣ продолжительнаго историческаго процесса развитія и, разъ образовавшись, не вытѣснила всѣхъ формъ общественнаго обладанія землей и другими предметами. Многія изъ этихъ формъ удовлетворяютъ и понынѣ существеннымъ потребностямъ жизни и не могутъ быть замѣнены формами индивидуальнаго обладанія. Поэтому общественное обладаніе не только не близится къ упадку, но даже распространяется какъ въ интенсивномъ, такъ и въ экстенсивномъ отношеніи, и пользуется покровительствомъ государства, которое должно видѣть въ немъ средство для нравственнаго совершенствованія личности и развитія общественныхъ стремленій. Покровительствуемое же государственной властью и получая отъ нея юридическую защиту, общественное обладаніе уже поэтому должно считаться правомъ, хотя оно и существенно отличается отъ формъ индивидуальнаго обладанія.

Характерную черту послѣдняго составляетъ исключительность права, служеніе его цѣлямъ одного управомоченнаго лица. Этой исключительности не противорѣчитъ и общая собственность, или такъ наз. сособственность (condominium): принципъ исключительности повторяется

здѣсь внутри каждой изъ долей, на которыя раздѣляется общая собственность. Каждая изъ этихъ долей представляетъ въ своемъ качественномъ составѣ то же, что и цѣлое общей собственности, которое разбивается на доли только въ количественномъ, а не качественномъ отношеніи; каждый соучастникъ общей собственности замыкается въ свою долю и такъ же исключительно обладаетъ ею, какъ если бы онъ былъ единоличнымъ собственникомъ. То же самое слѣдуетъ сказать и о такъ назыв. правахъ на чужую вещь, или сервитутахъ, выдѣляемыхъ, по господствующему ученію, изъ собственности: эти права такъ же исключительны, какъ и собственность.

Въ противоположность исключительности индивидуальныхъ правъ, общественное обладаніе характеризуется тѣмъ, что вещи, на которыя оно распространяется, находятся въ пользованіи всего общества или отдѣльныхъ группъ этого общества, причемъ ни одинъ членъ его не исключаетъ своимъ пользованіемъ пользованія другихъ членовъ и не имѣетъ на предметы общаго обладанія такого исключительнаго права, которымъ онъ могъ бы распорядиться безъ согласія общества, подобно обладателю индивидуальнаго права, т.-е. продать его, заложить, вступить по поводу него въ обязательства и т. п. Поэтому къ общественному обладанію и не примѣняются положенія, имѣющія силу для правъ частной собственности, владѣнія, правъ по обязательствамъ, давности и т. п. Вотъ это важное различіе общественнаго обладанія отъ индивидуальныхъ правъ, въ связи съ особенностями цѣли, функціи и защиты, о чемъ мы будемъ говорить впослѣдствіи, и заставляетъ насъ выдѣлять общественное обладаніе въ особую группу правъ, въ особый институтъ, который будетъ разсмотрѣнъ въ одномъ изъ отдѣловъ спеціальной части.

B) Права вещныя и обязательственныя.

Раздѣленіе правъ на вещныя и обязательственныя разсматривалось римскими юристами, какъ omnium actionum summa divisio, т.-е. какъ основное и обнимающее всѣ права. И если „германисты“ спорятъ о томъ, играло-ли оно такую же роль и въ средневѣковомъ германскомъ правѣ, даже—было-ли оно вообще извѣстно этому послѣднему, то не подлежитъ сомнѣнію, что, со времени рецепціи римскаго права, это противоположеніе правъ было не только принято, но и признано исчерпывающимъ для всѣхъ гражданскихъ правъ и европейской доктриной, проникнувъ затѣмъ какъ въ судебную практику, такъ и въ современныя законодательства [1]). Мнѣніе объ исчерпывающемъ значеніи этого раздѣленія правъ

[1]) A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I, стр. 4, 331—385. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, 1869, стр. 7, 276 и слѣд. Stobbe, Handb., 1, стр. 626 и слѣд.

можно считать теперь сданнымъ въ архивъ,—такъ какъ оно было возможно только въ условіяхъ рецепціи римскаго права, когда все свое какъ старое, такъ и новое, подводилось неизмѣнно подъ однѣ и тѣ же римскія категоріи,—но разногласіе въ пониманіи юридической природы и отличительныхъ признаковъ вещныхъ и обязательственныхъ отношеній не прекращается до нашихъ дней.

Оставимъ въ сторонѣ указанную уже неточность причисленія всего вещнаго и обязательственнаго права къ области исключительно имущественныхъ отношеній и разберемъ, прежде всего, очень распространенныя въ прежнее время и повторяемыя съ небольшими модификаціями и новыми юристами опредѣленія вещнаго права, какъ права, защищеннаго противъ всѣхъ третьихъ лицъ, а обязательственнаго—какъ права, защищеннаго только противъ даннаго опредѣленнаго лица. Эти опредѣленія невѣрны потому, что они, во-1), характеризуютъ право его послѣдствіемъ, а не основаніемъ, и смѣшиваютъ понятія вещнаго и обязательственнаго права съ болѣе широкими категоріями абсолютныхъ и относительныхъ правъ. Въ категорію абсолютныхъ правъ, дѣйствительно характеризуемыхъ, какъ мы это видѣли, абсолютной защитой противъ всѣхъ, кто становится въ противорѣчіе съ ними, входятъ не только вещныя отношенія, но и права личности, и права семейнаго и иныхъ общественныхъ союзовъ противъ стоящаго внѣ ихъ міра, и много другихъ правъ,—такъ же, какъ и въ категорію относительныхъ правъ, ограниченныхъ защитой лицъ, стоящихъ въ данномъ юридическомъ отношеніи, входятъ, кромѣ обязательственныхъ, и другія права, напр., права отдѣльныхъ членовъ семейнаго союза въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ и т. д. Поэтому, если мы и допустимъ, что дѣйствіе противъ третьихъ лицъ въ вещныхъ правахъ и дѣйствіе противъ даннаго опредѣленнаго лица въ обязательственныхъ правахъ составляютъ дѣйствительныя свойства этихъ правъ, то это будутъ такія свойства, которыя вещныя и обязательственныя отношенія раздѣляютъ со многими другими, и которыя уже поэтому не могутъ дать ихъ отличительнаго признака. Вещныя и обязательственныя отношенія будутъ видами родовыхъ понятій абсолютныхъ и относительныхъ правъ и не могутъ быть отличены другъ отъ друга признакомъ, указаннымъ въ родовыхъ понятіяхъ.

Во-2), характеристика дѣйствія вещнаго права, какъ дѣйствія противъ всѣхъ третьихъ лицъ, требуетъ, во всякомъ случаѣ, поправки въ смыслѣ территоріальнаго ограниченія этого дѣйствія, т.-е. ограниченія его кругомъ лицъ, подчиняемыхъ данному правопорядку. Иначе получался бы абсурдъ внесенія въ опредѣленіе правъ такого момента, который не существуетъ и не можетъ существовать. Выходило бы такъ, какъ будто негры въ Африкѣ или малайцы въ Полинезіи были обязаны воздерживаться отъ нарушенія моего вещнаго права въ Петербургѣ, о которомъ они никогда не слышали и, вѣроятно, не услышатъ, и которое уже поэтому никогда не могло бы быть ими и нарушено.

Въ-3), ни защита противъ третьихъ лицъ, хотя она и сопровождаетъ большинство вещныхъ правъ, ни защита противъ даннаго лица, сопровождающая большинство обязательственныхъ правъ, не даетъ критерія этихъ правъ, такъ какъ существуютъ вещныя права, ограниченныя въ своемъ дѣйствіи противъ третьихъ лицъ, какъ существуютъ и обязательственныя права, снабженныя защитой противъ третьихъ лицъ, и число тѣхъ и другихъ правъ постоянно растетъ. Въ первомъ случаѣ можно сослаться на права въ движимыхъ имуществахъ, защищаемыя обязательственными исками, и права, осуществляемыя такъ наз. „публиціановымъ искомъ“ (actio Publiciana), съ которымъ мы познакомимся въ ученіи о собственности, и который не можетъ быть предъявленъ ни къ собственнику спорной вещи, ни къ другимъ управомоченнымъ по тому же иску. Во-второмъ случаѣ можно указать на обязательства, внесенныя въ ипотечныя книги, нѣкоторыя изъ вотчинныхъ повинностей (Reallasten), право залога и другія обязательственныя отношенія, осуществляемыя путемъ вещныхъ исковъ.

Всѣ приведенныя соображенія могутъ быть обращены и противъ господствующей теперь и представленной, главнымъ образомъ, Виндшейдомъ доктрины, которая, отказываясь, повидимому, отъ опредѣленія вещнаго права, какъ права, защищеннаго противъ всѣхъ третьихъ лицъ, видитъ, тѣмъ не менѣе, все его содержаніе въ отрицательной обязанности третьихъ лицъ не становиться съ нимъ въ противорѣчіе и воздерживаться отъ всякаго неуправомоченнаго воздѣйствія на его предметъ [1]). Это опредѣленіе сходится въ сущности съ предшествующимъ и, за отрицательной стороной вещнаго права, въ которой нельзя не видѣть той же всеобщей защиты противъ всѣхъ и каждаго, упускаетъ изъ виду его положительную сторону, имѣющую опредѣляющее значеніе и для отрицательной, и состоящую въ непосредственномъ правѣ на самую вещь, служащую его предметомъ. При собственности, представляющей собой главный видъ вещныхъ правъ и форму господства надъ всѣми сторонами вещи, во всемъ ея цѣломъ, эта непосредственность права въ вещи выступаетъ во всестороннемъ воздѣйствіи собственника на свою вещь (res mea est), насколько такое воздѣйствіе допущено закономъ и согласимо съ соціальной функціей собственности; при сервитутахъ, дающихъ намъ формы частичнаго господства надъ отдѣльными сторонами полезности вещи, эта же непосредственность права сказывается въ проходѣ или проѣздѣ черезъ чужой земельный участокъ, проводѣ черезъ него воды и т. д. И если господствующее ученіе видитъ въ вещномъ правѣ только его отрицательный моментъ, т.-е. одни запреты объективнаго права и одну защиту противъ всѣхъ и каждаго, то мы не можемъ не согласиться съ Дернбургомъ, когда онъ пріурочиваетъ этотъ взглядъ къ ложъ-

[1]) Windscheid-Kipp, ibid., стр. 167—170.

ному пониманію права въ субъективномъ смыслѣ. „Кто отождествляетъ—читаемъ мы въ его Пандектахъ—право въ субъективномъ смыслѣ съ дозволенностью воли (Wollendürfen), тотъ, вмѣстѣ съ Виндшейдомъ, долженъ придти къ заключенію, что о дозволенномъ можно говорить въ отношеніи лишь къ лицамъ, а не вещамъ. Кто же, вмѣстѣ съ нами, видитъ въ субъективномъ правѣ участіе въ благахъ жизни, тотъ долженъ согласиться, что это участіе выражается, прежде всего, въ правахъ на вещи“ [1]).

Такимъ образомъ, качество права имѣть вещь своимъ непосредственнымъ предметомъ, и воздѣйствовать на нее всѣми дозволенными средствами составляетъ основной признакъ вещнаго права, и его абсолютная защита есть только послѣдствіе этого качества [2]). Имъ же, а вовсе не абсолютной защитой, объясняется и различіе вещныхъ отношеній отъ обязательственныхъ. Вещное право не зависитъ въ своемъ существованіи ни отъ кого, кромѣ управомоченнаго имъ лица и объективнаго правопорядка; оно существуетъ безъ посредства какого бы то ни было другого лица или другой вещи; между управомоченнымъ и предметомъ его права не стоитъ здѣсь никого и ничего. Напротивъ, обязательственное право характеризуется болѣе всего тѣмъ, что между его управомоченнымъ субъектомъ и объектомъ права мы видимъ еще лицо, которое не можетъ быть объектомъ права, будучи его пассивнымъ или обязаннымъ субъектомъ. Цѣль обязательственнаго права достигается только черезъ посредство этого обязаннаго субъекта, и о непосредственности отношенія между управомоченнымъ лицомъ и предметомъ его права тутъ нѣтъ рѣчи. Вещь добывается, или интересъ, лежащій въ основаніи обязательственнаго права, удовлетворяется только дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ обязаннаго субъекта (должника), который и входитъ, поэтому, въ противоположность тому, что мы видимъ при вещныхъ отношеніяхъ, въ самое понятіе обязательственнаго права.

Источникъ указываемаго различія лежитъ въ томъ, что, расширяя сферу личной жизни въ виду удовлетворенія нашихъ потребностей, мы пользуемся благами внѣшняго міра въ двухъ формахъ: или непосредственно обладая ими, или прибѣгая къ сотрудничеству другихъ для пріобрѣтенія этихъ же благъ. Въ первомъ случаѣ мы получаемъ вещное право и непосредственное отношеніе къ вещи, за которымъ отношеніе къ тому или другому лицу отступаетъ на задній планъ и обнаруживается лишь при нарушеніи права; во второмъ—обязательственное право и непосредственное отношеніе къ лицу, отодвигающее на задній планъ отношеніе къ вещи [3]).

Отсюда вытекаетъ и различіе въ защитѣ вещнаго и обязательствен-

---

[1]) Дернбургъ, Пандекты, стр. 56—57.
[2]) Unger, System., I, стр. 514—515.
[3]) Regelsberger, ibid., стр. 199.

наго права, прекрасно объясненное Тономъ въ цитированномъ уже не разъ сочиненіи, которое, хотя и стоитъ на чисто формальной точкѣ зрѣнія различія правъ только по способамъ ихъ защиты, заключаетъ въ себѣ, тѣмъ не менѣе, блестящій анализъ этихъ правъ.

Различіе въ защитѣ вещныхъ и обязательственныхъ отношеній сводится къ различію между запретительными и приказательными нормами. Защита вещныхъ отношеній касается пользованія уже существующими и опредѣленными благами, которыя находятся въ наличномъ обладаніи защищеннаго субъекта. Задача объективнаго права въ отношеніи къ такого рода обладанію состоитъ въ томъ, чтобы обезпечить его отъ посягательствъ неуправомоченныхъ лицъ. Этой цѣли объективное право не можетъ достигнуть иначе, какъ запрещеніемъ чужого обладанія вещами, находящимися уже въ обладаніи управомоченнаго субъекта. Подобное запрещеніе должно быть всеобщимъ, такъ какъ нарушить существующее фактически отношеніе можетъ всякій. Если бы это запрещеніе не было всеобщимъ, если бы оно относилось къ одному или нѣсколькимъ лицамъ, то всѣ другія лица, свободныя отъ запрещенія, могли бы нарушить данное обладаніе и сдѣлать защиту его призрачной. Поэтому запретительныя нормы охраняютъ пользованіе наличными благами противъ всѣхъ третьихъ лицъ, и въ этомъ характерѣ запрещеній, постановляемыхъ объективнымъ правомъ, лежитъ объясненіе абсолютности вещныхъ правъ.

Иной характеръ носятъ положительные требованія или приказы, издаваемые объективнымъ правомъ. Приказывая что-нибудь, оно желаетъ, очевидно, измѣненія въ существующемъ порядкѣ отношеній. Состояніе, возникающее послѣ исполненія приказа, кажется объективному праву предпочтительнѣе состоянія, предшествующаго ему; иначе оно не издало бы приказа. Покровительство права относится здѣсь не къ настоящему, а къ будущему состоянію, вызываемому исполненіемъ приказа. Поэтому, въ отличіе отъ запрещеній, охраняющихъ уже существующія и наличныя блага, приказы стремятся доставить эти блага въ будущемъ, защищая не наличныя, а гипотетическія выгоды или интересы, лежащіе въ будущемъ. Это дѣлаетъ само собой понятнымъ, почему права по обязательствамъ, основанныя не на настоящемъ, а на возможности будущаго пользованія, защищаются не запрещеніями, какъ вещныя права, но приказами, дѣйствующими не противъ всѣхъ, а только противъ лицъ, обязанныхъ доставить то или другое пользованіе: одни эти лица могутъ удовлетворить или не удовлетворить интересу, составляющему цѣль приказа [1]).

Отсюда былъ выясненъ въ спорѣ Зома съ Бринцемъ [2]) еще слѣдующій признакъ отличія вещныхъ и обязательственныхъ отношеній.

---

[1]) Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, стр. 150 и слѣд.

[2]) Brinz, Kritische Blätter. Sohm въ Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht, V, стр. 3—25 и слѣд.

Центръ тяжести первыхъ оказывается въ дѣйствіяхъ управомоченнаго, послѣднихъ—въ дѣйствіяхъ обязаннаго лица. Вещныя отношенія опредѣляются положеніемъ управомоченнаго лица или истца, и обязанности отвѣтчика носятъ здѣсь отрицательный характеръ: отъ послѣдняго требуютъ только того, чтобы онъ не нападалъ на данное вещное право, не нарушалъ его. Напротивъ, въ обязательственныхъ отношеніяхъ отъ отвѣтчика требуютъ самостоятельной дѣятельности, безъ которой цѣль обязательства не была бы достигнута. Тамъ положеніе отвѣтчика пассивно: онъ не долженъ только нарушать чужое право, а если нарушитъ, то долженъ такъ же пассивно допустить его возстановленіе; активная роль принадлежитъ не ему, а лицу управомоченному. Здѣсь, т.-е. въ обязательственныхъ отношеніяхъ, положеніе отвѣтчика активно: все содержаніе права сводится къ его дѣйствіямъ, а отъ управомоченнаго лица не требуется ничего, кромѣ предъявленія иска. Такимъ образомъ, различіе между вещными и обязательственными отношеніями состоитъ и въ томъ, что дѣйствія, въ которыхъ осуществляется конечная цѣль права, лежатъ въ одномъ случаѣ на сторонѣ правообладателя, а въ другомъ—на сторонѣ обязаннаго лица.

Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что вещныя и обязательственныя права взаимно обусловливаются и часто переходятъ другъ въ друга. Мы уже указывали на вещныя права, которыя, какъ бы, утратили свой вещный характеръ переходомъ отъ абсолютной защиты къ относительной. Но этотъ переходъ объясняется, какъ мы увидимъ это въ спеціальной части курса, требованіями современнаго гражданскаго оборота и невсегда означаетъ утрату этими правами вещнаго характера—уже потому, что предметомъ ихъ продолжаетъ служить наличная вещь, а не реализируемое только въ будущемъ дѣйствіе. Точно такъ же и обязательственныя отношенія, направленныя во многихъ случаяхъ на то же вещное обладаніе, которое служитъ предметомъ вещнаго права, остаются, тѣмъ не менѣе, обязательственными отношеніями, такъ какъ они имѣютъ своимъ предметомъ вещь не непосредственно, а лишь настолько, насколько она стоитъ въ связи съ дѣйствіемъ обязаннаго субъекта. Это не мѣшаетъ нѣкоторымъ изъ новыхъ законодательствъ, становящимся на хозяйственную точку зрѣнія, считать такія обязательства скорѣе способами пріобрѣтенія собственности (jus ad rem), чѣмъ обязательствами.

Не взирая на эти сопредѣльныя явленія, различіе между вещными и обязательственными правами сохраняетъ большое значеніе и въ настоящее время, содѣйствуя прочности гражданскаго оборота. И непосредственное отношеніе къ вещи, абсолютное дѣйствіе иска и активная роль управомоченнаго лица характеризуютъ до сихъ поръ, если не всѣ, то огромное большинство вещныхъ правъ,—точно такъ же, какъ непосредственное отношеніе къ лицу, относительное дѣйствіе иска и активная роль обязаннаго лица составляютъ и въ современномъ правѣ отличительные признаки значительнаго большинства обязательственныхъ правъ.

Г) Права семейныя и наслѣдственныя.

Семейныя права называютъ обыкновенно правами въ чужой личности, различая ихъ въ этомъ смыслѣ какъ отъ правъ въ своей личности, такъ и отъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ, изъ которыхъ одни имѣютъ своимъ предметомъ, какъ это было уже показано, вещь, а другія — не столько личность, сколько ея отдѣльныя дѣйствія, получающія объективность, т.-е. предметное значеніе и, какъ бы, отдѣляющіяся отъ самой личности. При этомъ утверждаютъ, что семейныя права представляются не столько юридическими, сколько нравственными отношеніями, въ которыхъ преобладаютъ обязанности, а не права, что они существуютъ не ради себя, а ради обязанностей, и что предметомъ этихъ правъ служитъ чужая личность не въ ея цѣломъ, а лишь въ точно ограниченной части ея личной сферы; поэтому, въ противоположность римскому представленію, семейныя права и отличаются теперь такой взаимностью, что мы говоримъ не только о правахъ отца и мужа въ отношеніи къ дѣтямъ и женѣ, но и о правахъ дѣтей и жены въ отношеніи къ отцу и мужу [1]). Во всѣ эти утвержденія необходимо внести слѣдующія поправки.

Во-1), опредѣленіе семейныхъ правъ въ смыслѣ правъ въ чужой личности, какъ и опредѣленіе правъ личности въ смыслѣ правъ въ своей личности, есть послѣдствіе чрезвычайно преувеличеннаго и переданнаго современной нѣмецкой юриспруденціи Пухтой стремленія искать во что бы ни стало объекта для всякаго права и различать всѣ права только на основаніи различія въ ихъ объектѣ. Но какъ ни важна категорія объекта права, и какъ ни плодотворно примѣненіе ея къ различію, напр., вещныхъ и обязательственныхъ отношеній, съ ихъ многообразными подраздѣленіями, она не имѣетъ значенія, хотя бы, для правъ личности. То же можно сказать и о семейныхъ правахъ, опредѣленіе которыхъ въ смыслѣ господства—все равно, цѣлостнаго или частичнаго—одного лица надъ другимъ, противорѣчитъ, по крайней мѣрѣ, современному правосознанію. Поэтому мы находили бы правильнѣе опредѣлять семейныя права просто какъ права семейнаго союза въ отношеніи къ стоящему внѣ его міру и право членовъ этого союза въ отношеніи другъ къ другу. Права семейнаго союза въ отношеніи къ внѣшнему міру были бы абсолютными, такъ какъ они требуютъ своего признанія со стороны всѣхъ и каждаго, а права отдѣльныхъ членовъ этого союза другъ къ другу—относительными, такъ какъ они ограничены кругомъ этихъ лицъ, какъ, напр., взаимныя права супруговъ, родителей и дѣтей и т. д. Тѣ

---

[1]) Windscheid-Kipp, стр. 171—172. Gierke, стр. 261. Regelsberger, стр. 201—203.

и другія права мы считали бы скорѣе всего правами личности, насколько обладаніе ими связано съ принадлежностью къ семейному союзу, а наличность имущественнаго элемента въ нѣкоторыхъ изъ этихъ правъ казалась бы намъ такъ же мало противорѣчащей ихъ личной природѣ, какъ и наличность того же элемента въ другихъ случаяхъ правъ личности. Такой точкой зрѣнія устанавливалось бы и различіе семейныхъ правъ отъ обязательственныхъ не по мало уловимому признаку ограниченнаго господства надъ чужой личностью въ одномъ случаѣ и такого же ограниченнаго господства надъ выдѣленнымъ изъ нея дѣйствіемъ въ другомъ случаѣ, а по различію правъ личности, съ ихъ строго личнымъ, длящимся и неимущественнымъ характеромъ, отъ правъ на отдѣльныя дѣйствія случайнаго происхожденія, независимыя отъ качества личности и разсчитанныя, по большей части, на преходящее существованіе. Эта же точка зрѣнія объясняла бы гораздо отчетливѣе и всѣ особенности семейныхъ правъ: взаимное проникновеніе элементовъ права и обязанности, начала власти и іерархическаго подчиненія, непередаваемость по наслѣдству, неотчуждаемость и т. д.

Во-2), трудно согласиться и съ такой характеристикой семейныхъ правъ, которая настаиваетъ на подчиненіи въ нихъ обязанности праву. Мы склоняемся скорѣе къ взгляду Киппа, что отношеніе обязанности къ праву здѣсь то же, что̀ и въ другихъ субъективныхъ правахъ, нравственная основа которыхъ не колеблетъ того положенія, что въ тѣхъ случаяхъ, когда одной сторонѣ предоставляются извѣстныя права, а на другую возлагаются извѣстныя обязанности, права устанавливаются ради управомоченнаго, а не ради обязаннаго субъекта. Вѣрность данному слову въ договорныхъ отношеніяхъ и вознагражденіе за нанесенный ущербъ составляютъ такъ же нравственный долгъ, который получаетъ со стороны объективнаго права внѣшнее признаніе и тѣмъ самымъ вступаетъ въ соотвѣтственныя юридическія отношенія. То же происходитъ и въ области семейныхъ отношеній, гдѣ особымъ содержаніемъ нравственной стороны этихъ отношеній вызывается и особое регулированіе, отличное отъ регулированія другихъ отношеній только въ матеріальномъ, а не формальномъ смыслѣ [1]). И если въ семейныхъ отношеніяхъ мы встрѣчаемся чаще, чѣмъ гдѣ-либо, съ неудачными опредѣленіями положительнаго закона, смѣшивающими юридическія нормы съ нравственными поученіями, лишенными юридической санкціи, то это обстоятельство не мѣшаетъ первымъ оставаться настоящими юридическими нормами и не придаетъ послѣднимъ юридическаго характера.

Что касается наслѣдственнаго права, то и оно должно опредѣляться, вопреки установившейся традиціи, не своимъ предметомъ, который видятъ обыкновенно въ совокупности юридическихъ отношеній,

[1]) Windscheid-Kipp, стр. 172, прим. 2.

оставленныхъ умершимъ, а другимъ принципомъ классификаціи, которымъ служитъ переходъ или преемство правъ. И это потому, что главная задача наслѣдственнаго права состоитъ въ регулированіи перехода имущества отъ умершихъ къ живымъ, а вовсе не въ различеніи составныхъ частей этого имущества. Особенность этого регулированія въ наслѣдственномъ правѣ лежитъ въ томъ, что всѣ остающіяся послѣ умершаго права и обязанности разсматриваются, какъ одно цѣлое (имущество въ юридическомъ смыслѣ), и, какъ такое же цѣлое, передаются единымъ актомъ одному или нѣсколькимъ наслѣдникамъ. Такой цѣлостный переходъ всѣхъ правъ и обязанностей отъ одного лица на другое называютъ универсальнымъ преемствомъ, въ отличіе отъ перехода единичныхъ правъ и обязанностей, называемаго сингулярнымъ преемствомъ, и первый изъ этихъ видовъ преемства особенно характеренъ для наслѣдственнаго права именно потому, что его не признаютъ въ отношеніяхъ „между живыми“ (inter vivos), насколько имущество мыслятъ и здѣсь, какъ единство всѣхъ составляющихъ его правъ, настоящихъ и будущихъ: лишая себя имущества въ этомъ смыслѣ при жизни, мы теряли бы значительную часть нашей правоспособности и сами отрицали бы свою личность. Отсюда уже можно придти къ слѣдующимъ заключеніямъ, имѣющимъ основное значеніе для наслѣдственнаго права.

а) Наслѣдственное право слагается, главнымъ образомъ, изъ имущественныхъ правъ, хотя оно можетъ содержать въ себѣ и нѣкоторыя личныя и семейныя права, насколько они допускаютъ переходъ по наслѣдству. Но значеніе этихъ послѣднихъ при наслѣдованіи сравнительно ничтожно, и регулированіе имущественныхъ правъ, остающихся послѣ умершаго, составляетъ, несомнѣнно, главную цѣль наслѣдственнаго права. Поэтому оно не только принадлежитъ имущественному праву, но и служитъ послѣднему одной изъ существенныхъ гарантій. Какъ представить себѣ въ современныхъ условіяхъ вступленіе въ договоры безъ увѣренности въ томъ, что они переживутъ должника?

б) Наслѣдственное право, какъ институтъ, на основаніи котораго имущество умершихъ переходитъ къ живымъ, входитъ, прежде всего, составной частью въ объективное право, но оно берется и въ смыслѣ извѣстнаго комплекса правъ и обязанностей, принадлежащихъ отдѣльнымъ лицамъ. И эти права и обязанности не едины въ своемъ понятіи, какъ едино наслѣдованіе въ смыслѣ объективнаго права. Они разбиваются, напротивъ, на слѣдующія категоріи: 1) наличное до пріобрѣтенія наслѣдства право на это послѣднее (это—такъ сказать, право на пріобрѣтеніе наслѣдства), 2) возникающее изъ пріобрѣтенія наслѣдства право на положеніе наслѣдника, и 3) опирающееся на то же пріобрѣтеніе право защищать свое наслѣдство [1]). Это послѣднее право осуществляется, глав-

[1]) Regelsberger, стр. 202.

нымъ образомъ, искомъ, который называютъ hereditatis petitio, и который идетъ, прежде всего, на признаніе за истцомъ качества наслѣдника, а затѣмъ и на выдачу ему всего наслѣдственнаго имущества, если оно находится въ неуправомоченныхъ рукахъ. Поэтому hereditatis petitio есть, несомнѣнно, абсолютный и универсальный, но не вещный искъ, какимъ его иногда считаютъ. Вещный искъ направленъ на вещь, а наслѣдственный—на признаніе качества наслѣдника и выдачу наслѣдственнаго имущества, представляющаго собой не вещь, а совокупность правъ и обязанностей. Поэтому же и все наслѣдственное право можно считать абсолютнымъ, но не вещнымъ: оно не зависитъ отъ дѣйствій какого бы то ни было посторонняго лица, и требованіе наслѣдственнаго имущества есть лишь послѣдствіе признанія за истцомъ качества наслѣдника. Въ этомъ смыслѣ и наслѣдственное право можетъ быть причислено къ правамъ личности [1]).

Д) Привилегіи.

Отъ правъ, возникающихъ въ силу закона, какъ общей и абстрактной нормы, надо отличать права, основанныя на индивидуальныхъ и конкретныхъ актахъ законодательной и административной власти; это—обширная область привилегій.

Общее право для установленія гражданскихъ правъ можетъ быть формулировано такъ: воля частнаго лица, дѣйствующая въ предѣлахъ и на основаніи существующаго объективнаго правопорядка, автономна по отношенію къ создаваемымъ ею правамъ; создавая эти права, она опирается на существующую уже абстрактную норму, примѣнимую во всѣхъ случаяхъ осуществленія предусмотрѣнныхъ ею фактическихъ условій. Но возможно, что съ частной волей при установленіи субъективныхъ правъ конкурируютъ и конкретные акты государственной власти. Государственная власть дѣйствуетъ въ этихъ случаяхъ вмѣстѣ съ частной волей или независимо отъ нея и создаетъ субъективныя права своими индивидуальными актами, не имѣющими общаго значенія и разсчитанными только на данный случай. Акты этого рода и основанныя на нихъ права называются обыкновенно привилегіями, а соучастіе государственной власти при установленіи этихъ правъ служитъ основаніемъ всѣхъ привилегій. Юридическая природа этихъ послѣднихъ, остается, однако, спорной и требуетъ поясненій.

1. Прежде всего не слѣдуетъ смѣшивать привилегіи, какъ исключительное положеніе, предоставляемое индивидуально одному или нѣсколькимъ лицамъ, одной или нѣсколькимъ вещамъ и одному или нѣсколь-

[1]) Unger, стр. 536—539.

кимъ юридическимъ отношеніямъ, съ такимъ же исключительнымъ положеніемъ, предоставляемымъ цѣлымъ классамъ лицъ, вещей и отношеній— не индивидуально, а абстрактными нормами права. Только привилегіи перваго рода суть настоящія привилегіи, или привилегіи въ тѣсномъ смыслѣ, устанавливаемыя индивидуальными актами государственной власти, тогда какъ привилегіи второго рода, называемыя также привилегіями въ широкомъ смыслѣ, или абстрактными привилегіями, не будутъ настоящими привилегіями уже потому, что они устанавливаются не индивидуальными актами государственной воли, а положеніями сингулярнаго права, дѣйствующими въ границахъ своего примѣненія такъ же абстрактно, какъ и законъ. Несмотря на это существенное различіе, римскіе юристы называли привилегіями и всѣ сингулярныя положенія права, представлявшія собой уклоненіе отъ общаго правила, отъ jus или regula juris—въ пользу какой-нибудь особой категоріи лицъ или отношеній, получавшихъ исключительное регулированіе. Новые юристы отступаютъ въ этомъ отношеніи отъ римской терминологіи, называя привилегіями только тѣ субъективныя права, которыя устанавливаются конкретными актами государственной власти, или тотъ видъ привилегій, который въ римскомъ правѣ создавался такъ наз. constitutio principis personalis, характеризовавшей собой индивидуальное правообразованіе, въ отличіе отъ lex или constitutio generalis, какъ формы общаго правообразованія. Абстрактныя привилегіи называютъ теперь не привилегіями, а особеннымъ или исключительнымъ правомъ, jus singulare, по нѣмецки—Sonderrecht. Мы предпочитаемъ римское словоупотребленіе, такъ какъ, если указаннымъ выше признакомъ абстрактныя привилегіи отличаются отъ конкретныхъ, то онѣ и сходятся съ ними въ томъ, что одинаково уклоняются отъ права, регулируемаго общими нормами.

Уклоненіе отъ общаго права можетъ быть какъ выгодно, такъ и невыгодно для лицъ, въ пользу или противъ которыхъ оно устанавливается. Въ послѣднемъ случаѣ привилегіи называютъ одіозными (priv. odiosa), и мы имѣемъ примѣръ такихъ привилегій, хотя бы, и въ нынѣ дѣйствующемъ французскомъ законѣ объ изгнаніи изъ предѣловъ Франціи членовъ всѣхъ прежде правившихъ въ этой странѣ династій. Но подобныя привилегіи вообще рѣдки; онѣ противорѣчатъ обычному словоупотребленію и не устанавливаются иначе, какъ законодательными актами. Поэтому съ ними и не считаются, когда говорятъ о привилегіяхъ, предполагающихъ въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ льготу и преимущественное право для того, кто ими пользуется (priv. favorabilia).

Такая льгота можетъ быть установлена сингулярной нормой права въ отношеніи не только извѣстныхъ совокупностей лицъ, напр., женщинъ, солдатъ, несовершеннолѣтнихъ, сельскаго населенія и т. д., какъ это было въ римскомъ правѣ (эти случаи подходятъ особенно близко къ привилегіямъ въ тѣсномъ смыслѣ), но и въ отношеніи къ объективному со-

ставу того или другого права, безъ связи съ какимъ бы то ни было личнымъ положеніемъ. Въ видѣ примѣровъ тѣхъ и другихъ привилегій, основанныхъ на сингулярномъ правѣ, можно сослаться на встрѣчающіяся и во многихъ изъ современныхъ законодательствъ привилегіи военнослужащихъ въ отношеніяхъ не только публичнаго, но и гражданскаго права, напр. по составленію завѣщаній внѣ предписанныхъ для нихъ общими нормами формъ. Можно вспомнить и объ установленной нѣмецкимъ правомъ привилегіи чиновниковъ на отходъ отъ найма квартиры въ случаяхъ перемѣщенія по службѣ, о почти повсемѣстныхъ привилегіяхъ купцовъ въ отношеніи къ ихъ промыслу, о привилегіяхъ членовъ парламента въ отношеніи къ совершаемымъ ими проступкамъ и преступленіямъ, о правѣ отдающаго внаймы на задержаніе вещей, внесенныхъ нанимателемъ въ свое помѣщеніе, о привилегированныхъ правахъ кредиторовъ на конкурсѣ надъ должникомъ, о привилегіи рабочаго въ отношеніи къ своей заработной платѣ, противъ которой нѣмецкое право не допускаетъ ни зачета встрѣчныхъ требованій работодателя, ни взысканія со стороны другихъ кредиторовъ—по крайней мѣрѣ, въ размѣрѣ двухнедѣльнаго пропитанія рабочаго и его семьи. Приведемъ еще положеніе римскаго права, по которому usucapio, или давностное владѣніе, продолжаетъ свое теченіе, вовсе не прерываясь, и при hereditas jacens, т.-е. томъ состояніи наслѣдства, которое называютъ „лежачимъ“ и характеризуютъ отсутствіемъ наслѣдника, исключающемъ въ то же время и возможность владѣнія.

Во всѣхъ приведенныхъ примѣрахъ мы видимъ не противорѣчіе принципамъ права съ ихъ логическими послѣдствіями, приписываемое до сихъ поръ многими юристами всѣмъ положеніямъ сингулярнаго права, а результатъ выдѣленія изъ какой-либо нормы общаго содержанія особаго фактическаго признака, наличностью котораго и вызываются особыя юридическія послѣдствія, отличныя отъ послѣдствій общей нормы, не заключающей въ себѣ этого фактическаго признака. Напр., римское право въ своемъ развитомъ видѣ требовало исполненія договоровъ, заключающихъ въ себѣ и дарственныя обязательства; но если договаривающіяся стороны были супруги, то дареніе объявлялось ничтожнымъ. За собственникомъ признано право отчуждать свою вещь; но если эта вещь—fundus dotalis, т.-е. земля, входящая въ составъ приданаго жены, которое состоитъ въ собственности мужа, то отчужденіе запрещено. Поручители въ случаѣ неисправности должника обязаны покрывать его обязательства; но если поручитель—женщина, то она свободна отъ этого обязательства. На подобные же случаи можно указать и въ современномъ правѣ. Права по обязательствамъ могутъ быть, въ видѣ общаго правила, переданы по договорамъ въ другія руки; но обязательства съ нѣкоторыми специфическими признаками—непередаваемы. Составленіе завѣщаній требуетъ извѣстныхъ формъ, опущеніе которыхъ вызываетъ ихъ недѣйствитель-

ность; но на бортѣ судна, плавающаго далеко отъ отечественныхъ береговъ, завѣщанія могутъ быть составлены и въ особыхъ, значительно упрощенныхъ формахъ, и т. д.

Такимъ образомъ, преимущества или привилегіи, предоставляемыя сингулярнымъ правомъ,—которое сходится въ этомъ смыслѣ съ особеннымъ, или спеціальнымъ правомъ,—суть не что иное, какъ уклоняющіяся отъ дѣйствія какой-либо слишкомъ общо выраженной нормы юридическія послѣдствія другой, менѣе общо выраженной нормы, которая, при равенствѣ всѣхъ остальныхъ условій, заключаетъ въ себѣ какое-нибудь фактическое обстоятельство, отсутствующее въ общей нормѣ и вызывающее отличныя отъ нея послѣдствія. И это, дѣлая возможнымъ болѣе справедливое удовлетвореніе разнородныхъ потребностей жизни, объясняетъ какъ важное значеніе, такъ и непрерывающееся понынѣ дѣйствіе и сингулярнаго права, и основанныхъ на немъ привилегій [1]).

2. Привилегіи въ тѣсномъ смыслѣ представляютъ собою такъ же извѣстныя преимущества, уклоняющіяся въ своемъ содержаніи отъ юридическихъ послѣдствій общихъ нормъ, но онѣ отличаются отъ разсмотрѣнныхъ выше привилегій въ широкомъ смыслѣ и особенно характеризуются своимъ способомъ возникновенія. Этотъ способъ возникновенія состоитъ, какъ мы на это уже указывали, въ индивидуальномъ актѣ государственной власти, котораго послѣдствіемъ только на предусматриваемый имъ случай и является привилегія въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Приведемъ, въ видѣ примѣровъ: пожалованіе какому-либо лицу дворянства и другихъ отличій; выдачу желѣзнодорожныхъ и другихъ концессій; надѣленіе того или другого лица преимущественнымъ правомъ пользованія въ какихъ-нибудь публичныхъ водахъ для устройства мельницы, оросительныхъ сооруженій и т. д.; дарованіе правоспособности какой-нибудь ассоціаціи, не могущей пользоваться ею въ силу абстрактныхъ нормъ ни общаго, ни сингулярнаго права; освобожденіе отъ какой-либо тягости, напр., налога; предоставленіе какому-нибудь промышленному предпріятію права экспропріаціи, т.-е. принудительнаго отчужденія извѣстныхъ земельныхъ участковъ для устройства дороги, канала и т. п.... Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы несомнѣнно находимъ установленіе того или другого преимущественнаго права; но такъ какъ не всякое преимущественное право опирается на привилегію, а можетъ основываться, какъ это было показано, и на сингулярныхъ нормахъ абстрактнаго права, то привилегіи въ тѣсномъ смыслѣ и приходится отличать отъ другихъ преимущественныхъ правъ по способу возникновенія, которымъ служитъ для нихъ индивидуальное правообразованіе.

Но какъ понимать такое правообразованіе и гдѣ видѣть его юридическое основаніе? При отвѣтѣ на эти вопросы мнѣнія юристовъ

---

[1]) Stammler, Privilegien und Vorrechte, 1903, стр. 8—13.

расходятся. Пухта и Бринцъ, вмѣстѣ съ ихъ многочисленными послѣдователями, думали, что привилегіи нельзя опереть ни на какое объективное право, и что онѣ зависятъ цѣликомъ отъ власти и воли концедентовъ, т.-е. жалующихъ ихъ лицъ. Но если привилегія есть право и производитъ юридическія послѣдствія, то она должна быть приведена въ какую-нибудь связь съ дѣйствующимъ правопорядкомъ, и концедента привилегіи, если имъ оказывается даже абсолютный монархъ, нельзя не мыслить, какъ лицо, надѣленное извѣстными правовыми качествами.

Другое мнѣніе, принятое особенно въ старой юриспруденціи, видѣло въ основаніи привилегій договоръ между главой государства и лицомъ, получающимъ привилегію, и такимъ обоснованіемъ хотѣло оградить привилегіи отъ произвола государственной власти. Но теперь это мнѣніе оставлено въ виду того, что переносить теорію государственнаго договора на отношенія между частнымъ лицомъ и государственной властью признано неправильнымъ, и, затѣмъ, договоръ можетъ служить только побудительнымъ мотивомъ, а не основаніемъ для привилегій, всегда представляющихъ собой односторонніе акты государственной власти. Это можно видѣть, напр., на законахъ, регулирующихъ положеніе католической церкви на основаніи конкордатовъ съ римской куріей, или на таможенныхъ законахъ, издаваемыхъ въ связи съ торговыми трактатами между двумя или нѣсколькими государствами.

Наконецъ, по господствующему теперь воззрѣнію, привилегіи суть акты законодательной власти, устанавливающіе субъективныя права, какъ исключенія изъ общаго правила. Законодательство ставитъ, по этому воззрѣнію, какъ абстрактныя, такъ и конкретныя нормы, поручая въ нѣкоторыхъ случаяхъ, въ виду облегченія своей задачи, установленіе конкретныхъ нормъ и другимъ органомъ государственнаго управленія. Отсюда—раздѣленіе привилегій на законодательныя и административныя. Но въ обоихъ случаяхъ основаніемъ привилегій считается исключительный законъ, стоящій независимо отъ общей нормы и такъ же необходимый, какъ и достаточный для понятія привилегіи.

Противъ этого воззрѣнія справедливо возстаетъ Штаммлеръ, указывая на его противорѣчіе понятію права и существеннѣйшему изъ признаковъ этого понятія. Право есть, прежде всего, внѣшняя власть, требующая себѣ подчиненія со стороны всѣхъ, и отличная отъ произвола именно тѣмъ, что ей повинуются всѣ, включая сюда и органы правосозданія—по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока существующее право не отмѣнено или не замѣнено другимъ. Право должно оставаться правомъ, и если отъ него уклоняются въ отдѣльныхъ случаяхъ, оставляя его въ цѣломъ неотмѣненнымъ, то это будетъ уже не право, а нарушеніе права и произволъ, все равно, отъ кого бы такое уклоненіе ни исходило: абсолютнаго монарха, парламента или непосредственнаго народоправства. Напрасно было бы думать, что органы законодательства не могутъ со-

вершать нарушенія права. Ихъ право на законодательство не дѣлаетъ еще правомъ всякій исходящій отъ нихъ приказъ. Произвольное распоряженіе, изданное не въ томъ порядкѣ, который установленъ для изданія законовъ, и измѣняющее дѣйствующее право только на отдѣльный случай, не дѣлается законнымъ отъ того, что оно исходитъ отъ органовъ, которымъ предоставлено измѣнять право только въ установленномъ для того порядкѣ. Если, напр., дѣйствующее право запрещаетъ созданіе привилегій въ защиту авторскаго права, то подобная привилегія не можетъ быть создана по праву и органами законодательства. Для законности такой привилегіи потребовался бы особый законъ, отмѣняющій ея запрещеніе.

Такъ же правильно, по нашему мнѣнію, возражаетъ Штаммлеръ и противъ самаго понятія законодательныхъ привилегій, указывая на то, что дѣятельность органовъ законодательства, при ихъ установленіи, есть не законодательная, а административная. Въ самомъ дѣлѣ, устанавливаемыя въ законодательномъ порядкѣ привилегіи,—въ этотъ разрядъ можно отнести, напр., привилегію на престолонаслѣдіе въ пользу дѣтей, рожденныхъ въ морганатическомъ бракѣ, привилегіи корпоративныхъ правъ, принудительнаго отчужденія и т. д. на случаи, непредвидѣнные закономъ и уже поэтому требующіе особой законодательной санкціи,—эти привилегіи продолжаютъ отличаться своимъ конкретнымъ характеромъ отъ правъ, имѣющихъ свое основаніе въ законѣ, и не могутъ обойтись безъ разрѣшающей ихъ установленіе юридической нормы. И мы считаемъ это положеніе тѣмъ болѣе неоспоримымъ, что оно соотвѣтствуетъ разъясненному выше понятію общности закона, которое уже само по себѣ исключаетъ законодательную функцію власти, устанавливающей такія привилегіи [1]).

Всѣ приведенныя противъ господствующаго ученія возраженія будутъ само собой устранены, если мы допустимъ, вмѣстѣ съ Штаммлеромъ, что каждая привилегія предполагаетъ разрѣшающую ее юридическую норму и есть не что иное, какъ осуществленіе такой нормы. Объективное право считаетъ возможнымъ допускать въ извѣстныхъ направленіяхъ исключенія изъ установленныхъ имъ общихъ нормъ, и эти исключенія дѣлаются привилегіями именно потому, что они допускаются, и въ той мѣрѣ, въ какой они допускаются объективнымъ правомъ. Поэтому въ понятіе привилегіи и надо ввести, сверхъ двухъ принимаемыхъ и господствующимъ ученіемъ элементовъ: исключительной нормы и ея исключительнаго дѣйствія—еще третій, а именно—норму о допустимости того или другого рода привилегій, т.-е. возможности уклоненія въ томъ или другомъ направленіи отъ общаго права. Тогда мы получимъ слѣдующее опредѣленіе привилегіи: это будетъ индивидуальный актъ государственной

[1]) См. выше, стр. 243—247.

власти, направленный на установленіе какого-нибудь преимущественнаго права въ силу нормы, разрѣшающей установленіе такого преимущественнаго права [1]).

3. Привилегіи необходимы потому, что законодательство и другіе источники общихъ нормъ не могутъ удовлетворить всѣмъ предъявляемымъ къ нимъ жизнью требованіямъ. Каждое общее правило, если оно есть даже исключительное право (jus singulare), можетъ разрѣшать, не погрѣшая противъ справедливости, только ограниченное число случаевъ изъ того неограниченнаго въ своей возможности комплекса явленій, который оно беретъ лишь въ его родовыхъ признакахъ и среднихъ цифрахъ. По ту и другую сторону этихъ случаевъ остаются вопросы, которые нельзя разрѣшить удовлетворительно нормами, выработанными въ чисто техническихъ цѣляхъ возможно-легкаго и обезпеченнаго примѣненія. И чѣмъ сильнѣе и сознательнѣе общество стремится придти къ справедливому правопорядку, тѣмъ чаще оно обращается къ сингулярному праву и привилегіямъ, какъ одному изъ средствъ добиться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ того, что болѣе всего соотвѣтствуетъ основной идеѣ права. Напр,, общество жертвуетъ въ извѣстныхъ случаяхъ принципомъ собственности и лишаетъ собственника его права, перенося это право даже на другое лицо, если данный собственникъ замыкается въ свое право или противится полезнымъ для всѣхъ предпріятіямъ, въ родѣ устройства желѣзной дороги, или угрожаетъ пользованіемъ своей собственностью жизни, здоровью и другимъ существеннымъ благамъ. Было бы такъ же несправедливо, если бы расточители и закоренѣлые пьяницы не были ограничены въ своей дѣеспособности, или концессіонеры, не исполняющіе своихъ обязательствъ, не были лишены своихъ концессій, или пережившее себя и ставшее безцѣльнымъ учрежденіе не было закрыто или преобразовано государственной властью. Поэтому нельзя удивляться и тому, что—хотя изобиліе привилегій и характеризуетъ эпохи сравнительно неразвитаго состоянія права, какъ, напр., средніе вѣка, а наше время стремится, напротивъ, къ уравненію въ правахъ и регулированію юридическихъ отношеній на основаніи общихъ нормъ,—привилегіи все-таки не исчезаютъ и въ современномъ правѣ, обнаруживая скорѣе тенденцію къ дальнѣйшему развитію.

Отмѣняются привилегіи, противорѣчащія новому правосознанію, какъ, напр., сословныя привилегіи, но вводятся другія привилегіи, индивидуализирующія и смягчающія строгость и шаблонность общихъ нормъ, напр., привилегіи для рабочихъ классовъ, беременныхъ женщинъ, членовъ парламента и т. д. И если многія изъ прежнихъ привилегій, какъ, напр., авторское право, права на изобрѣтенія, привилегіи университетовъ, нѣкоторыя преимущества акціонерныхъ компаній и т. д., вышли изъ упо-

[1]) Stammler., ibid., стр. 14—19.

требленія только потому, что онѣ возведены теперь на степень общаго права, то уже это обстоятельство говоритъ за то, что привилегіи играютъ вообще большую роль въ исторіи развитія права, и что безъ нихъ не обходятся и очень развитыя состоянія права [1]).

4. Отвергая сведеніе всѣхъ привилегій на акты законодательной власти, какъ ихъ общее основаніе, мы можемъ допустить дѣленіе привилегій на законодательныя и административныя, въ смыслѣ различія въ порядкѣ ихъ установленія. Законодательными привилегіями будутъ въ этомъ случаѣ тѣ, установленіе которыхъ требуетъ участія законодательныхъ органовъ государственной власти, а административными—тѣ, которыя предоставляются органами административной власти путемъ, напр., патентовъ на изобрѣтенія, нѣкоторыхъ видовъ концессій и т. д. Эти послѣднія привилегіи имѣютъ особенное практическое значеніе, и о нихъ мы скажемъ еще нѣсколько словъ.

Нѣкоторые юристы предполагаютъ и при административныхъ привилегіяхъ законодательные акты, но это неправильно уже потому, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ дѣйствіями административныхъ органовъ въ предѣлахъ существующаго права и предоставленной имъ власти, куда законодательство не имѣетъ нужды вмѣшиваться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ проявленія этой власти.

Административные органы участвуютъ въ юридическихъ дѣйствіяхъ отдѣльныхъ лицъ въ двухъ формахъ: 1) въ формѣ соленизированія, или укрѣпленія частныхъ актовъ, какъ это мы видимъ, напр., при инсинуаціи, или занесеніи въ судебныя книги дареній свыше опредѣленной суммы, записи поземельныхъ правъ въ ипотечныя книги, совершеніи нотаріальныхъ актовъ и т. д.; и 2) въ формѣ предоставленія извѣстныхъ правъ, когда административная власть не только освящаетъ частные акты, но и сообщаетъ имъ юридическую силу, устанавливая тѣ или другія права. Относительно правъ, возникающихъ этимъ послѣднимъ способомъ, необходимо различать опять два класса.

а) Обыкновенныя гражданскія права, устанавливаемыя, по общему правилу, частной волей, частнымъ актомъ, предоставляются въ извѣстныхъ условіяхъ и административной властью. Таково, напр., право собственности, получаемое залогодержателемъ на заложенную вещь, въ силу присужденія ему этого права государственной властью: собственность здѣсь такая же, какъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ, но она дается государственной властью. Сюда же могутъ быть отнесены: наступленіе совершеннолѣтія на основаніи спеціальнаго признанія государственной власти ранѣе установленнаго для этого времени срока (venia aetatis), легитимація, или узаконеніе внѣ-брачныхъ дѣтей на основаніи рескрипта или распоряженія правительственной власти (emancipatio Anastasiana), право morato-

[1]) Gierke, Deutsch. Privatr., I, стр. 303—304.

rium'a, или отсрочки въ исполненіи всѣхъ или только нѣкоторыхъ обязательствъ на время войны или другихъ общественныхъ бѣдствій, пожалованіе извѣстныхъ корпоративныхъ правъ и т. д.

б) Права, стоящія за границей частной автономіи и неспособныя по своему содержанію возникать частнымъ путемъ, устанавливаются уже поэтому спеціальными актами государственной власти. У римлянъ такія права возникали посредствомъ такъ наз. constitutio principis personalis, т.-е. спеціальнаго императорскаго указа, и императоръ, соединяя въ своемъ лицѣ законодательную власть съ административной, отправлялъ ту и другую въ одной и той же формѣ „конституцій". Это обстоятельство и ввело европейскую юриспруденцію въ заблужденіе относительно характера указываемыхъ привилегій, которыя были признаны законодательными только потому, что не было обращено достаточно вниманія на смѣшеніе законодательной власти съ административной въ государственномъ строѣ римской имперіи. Въ каноническомъ и германскомъ правѣ эти привилегіи, касавшіяся отношеній, не подлежавшихъ частной регламентаціи, получили особое развитіе. Сюда принадлежали: различные виды десятины, равно какъ и освобожденія отъ десятины, исключенія изъ общей юрисдикціи, права на мельницы и другія такъ наз „Bahnrechte", или промышленныя монополіи, патенты на различнаго рода изобрѣтенія, права на устройство ярмарки, открытіе аптеки, лавокъ и т. д. Этотъ видъ привилегій называли въ особенности привилегіями, и процвѣтаніе ихъ объясняется, съ одной стороны, хозяйственнымъ и сословнымъ строемъ среднихъ вѣковъ, и, съ другой — недостаточнымъ развитіемъ отвлеченной мысли, подымавшейся съ трудомъ до абстракціи общихъ положеній права. Вмѣсто равенства, устанавливаемаго этими послѣдними, господствовали индивидуальныя различія; вмѣсто общности въ правѣ—безконечныя особенности и часто монополіи, завладѣваемыя отдѣльными лицами и классами лицъ. Новыя законодательства относятся къ подобнаго рода привилегіямъ неблагопріятно, то отмѣняя, то замѣняя ихъ либо общими нормами, либо привилегіями, осуществляющими или, по крайней мѣрѣ, долженствующими осуществлять не математическое, а матеріальное равенство людей въ условіяхъ пользованія ихъ субъективными правами.

По своему содержанію, административныя привилегіи, какъ и всѣ другія, характеризуются уклоненіемъ отъ общаго права, которое состоитъ или въ ограниченіи публики въ пользу привиллегированнаго лица, или въ освобожденіи этого послѣдняго отъ какой-либо лежащей на немъ обязанности, напр., налога, дорожной повинности, общей юрисдикціи и т. д. Иная и болѣе положительная характеристика содержанія привилегій была бы вообще неправильна, такъ какъ, само по себѣ, каждое отношеніе, нуждающееся въ юридическомъ опредѣленіи, можетъ быть регулировано путемъ какъ закона, такъ и привилегіи. Поэтому и права, созда-

ваемыя привилегіями, могутъ принадлежать самымъ различнымъ классамъ правъ: ими могутъ быть публичныя и гражданскія права, и въ послѣднемъ случаѣ—собственность, сервитутъ, обязательство, вотчинная повинность, промышленное право, торговое полномочіе и т. д. И всѣ эти права, дѣлаясь предметомъ привилегій, подчиняются тѣмъ же нормамъ, что и права соотвѣтственныхъ категорій, основанныя на законѣ. Собственность, сервитутъ и т. д., остаются тѣми же, все равно, возникаютъ-ли они путемъ привилегіи или закона. Поэтому слѣдуетъ отвергнуть и утверждаемыя прежними теоріями особенности въ способахъ возникновенія и прекращенія правъ, основанныхъ на привилегіяхъ. Передаваемость ихъ по наслѣдству зависитъ тоже какъ отъ установительнаго акта привилегіи, такъ и отъ содержанія устанавливаемыхъ этимъ актомъ правъ, но сингулярное преемство, по общему правилу, не допускается, т.-е. отвергается въ случаяхъ сомнѣнія, въ виду личной природы привилегій. Такъ же неправильно утвержденіе о прекращеніи всѣхъ привилегій путемъ отреченія, давности и злоупотребленія ими. Вліяніе какъ этихъ, такъ и другихъ основаній прекращенія правъ на привилегіи опредѣляется родовыми признаками правъ, служащихъ предметомъ привилегій, а не способами возникновенія этихъ правъ.

Такимъ образомъ, содержаніе привилегій не можетъ быть исчерпано извѣстными составами фактовъ и подойдетъ скорѣе подъ общія юридическія категоріи, хотя большинство юристовъ продолжаетъ еще различать слѣдующіе виды привилегіи. Во-1-хъ, говорятъ объ аффирмативныхъ, или утвердительныхъ, и негативныхъ, или отрицательныхъ привилегіяхъ: первыми называютъ исключительныя права противъ третьихъ лицъ, которыя, т.-е. эти права, подраздѣляютъ еще на абсолютныя, какъ, напр., патенты, исключающіе права всѣхъ (это—монополіи), и относительныя, какъ, напр., привилегія на открытіе аптеки, совмѣстимая съ привилегіей того же содержанія другого лица; негативныя привилегіи, называемыя также диспензаціями, представляютъ собой освобожденіе отъ какой-нибудь обязанности, налагаемой закономъ, напр., того или другого препятствія къ вступленію въ бракъ, той или другой тягости, напр., налога, общей юрисдикціи и т. д. Во-2-хъ, по отношенію къ носителямъ привилегіи различаютъ: а) личныя привилегіи (privilegium personae), жалуемыя опредѣленному лицу и неразрывно съ нимъ связываемыя; б) вещныя привилегіи (privilegium rei), прикрѣпляемыя къ какой-либо вещи, такъ что всякій, кому достается эта вещь, получаетъ и соединенную съ нею привилегію; в) если для этого требуется еще какое-нибудь личное качество, то привилегія называется смѣшанной (privilegium mixtum); г) privilegium causae связывается съ какимъ-нибудь отношеніемъ или положеніемъ лица, напр., отправленіемъ должности. Въ 3-хъ, различаютъ еще возмездныя и безвозмездныя привилегіи (priv. onerosa et gratuita), но это различіе не имѣетъ уже

никакого значенія, такъ какъ для понятія привилегіи безразлично, стоитъ-ли она какого-нибудь имущественнаго пожертвованія надѣляемому ею лицу, или нѣтъ. Наконецъ, въ 4-хъ, различіе между договорными и недоговорными привилегіями (priv. conventionalia et non conventionalia) прямо ошибочно, такъ какъ мы уже знаемъ, что всякая привилегія есть односторонній актъ государственной власти, а не договоръ [1]).

Вопросы о томъ, кѣмъ устанавливаются привилегіи, могутъ-ли онѣ быть отмѣнены той же властью, которая ихъ устанавливаетъ, и сопровождается-ли эта отмѣна вознагражденіемъ лица, теряющаго свою привилегію,—рѣшаются государственнымъ правомъ каждой данной страны и не принадлежатъ вѣдѣнію гражданскаго права.

Этимъ мы закончимъ теорію субъективныхъ правъ и перейдемъ къ ученію о лицѣ, или субъектѣ права.

---

[1]) Unger, стр. 591—596. Regelsberger, стр. 123—125.

III.

Лицо, какъ субъектъ права.

1. Общее понятіе субъекта права; выдѣленіе изъ него юридическаго лица; понятія правоспособности и дѣеспособности.

1. Всякое субъективное право,—все равно, будемъ-ли мы понимать его какъ извѣстное содержаніе воли, или какъ интересъ, защищенный объективнымъ правопорядкомъ,—предполагаетъ, уже въ силу своего понятія (per definitionem), какого-либо носителя или субъекта заключеннаго въ немъ содержанія или интереса. И этимъ носителемъ или субъектомъ при сколько-нибудь развитомъ состояніи права не можетъ быть никто, кромѣ человѣческой личности: она одна имѣетъ интересы и волю, защищаемые правомъ.

Кажущееся противорѣчіе между приведеннымъ сейчасъ положеніемъ и признаніемъ субъектами права на ряду съ людьми, обладающими полнотой воли, и лицъ, лишенныхъ разумной воли или ограниченныхъ въ полнотѣ обладанія ею, какъ, напр., дѣтей, сумасшедшихъ, расточителей и т. д.,—разрѣшается тѣмъ, что цѣли человѣческаго существованія защищаются и у этихъ лицъ, способныхъ пользоваться своими правами, если не непосредственно, то черезъ своихъ представителей.

Человѣческую личность, въ ея качествѣ обладать извѣстными правами и нести извѣстныя обязанности, называютъ обыкновенно лицомъ, или юридической личностью, и положеніе, указывающее на человѣческую личность, какъ на единственнаго субъекта права, есть одно изъ наиболѣе общихъ положеній права, вѣрныхъ не только для настоящаго времени, но и для всѣхъ исторически извѣстныхъ намъ состояній сознательнаго мышленія о правѣ. Мы называемъ положеніе это наиболѣе общимъ потому, что оно служитъ основаніемъ для всѣхъ институтовъ права. Не существуетъ такого права, которое не имѣло бы своимъ предполо-

женіемъ человѣческой личности вообще или извѣстной квалификаціи этой личности. Нѣтъ собственности безъ способности къ ея обладанію, договора—безъ признанія его обязательнаго дѣйствія для участвующихъ въ немъ лицъ, брака—безъ connubium, т.-е. способности къ вступленію въ него, завѣщанія—безъ testamenti factio, т.-е. способности писать завѣщаніе и получать по завѣщанію, и т. д.

Что касается вѣрности приведеннаго же положенія какъ для современнаго, такъ и для всѣхъ болѣе или менѣе развитыхъ состояній права, то она вытекаетъ изъ самаго существа права, предназначеннаго служить человѣческимъ потребностямъ и обращеннаго всегда къ человѣку. Если и существуютъ законы, покровительствующіе не только людямъ, но и животнымъ, какъ, напр., такъ наз. законъ Граммона (1850 г.) во Франціи, карающій взысканіями отъ 5 до 15 фр. за жестокое обращеніе съ домашними животными, то и эти законы адрессуются къ людямъ, имѣя цѣлью запрещеніемъ безполезной жестокости смягчить нравы; они не даютъ правъ покровительствуемымъ животнымъ и не предоставляютъ никому исковъ „отъ имени лошади или собаки“. Одинъ изъ извѣстныхъ нѣмецкихъ юристовъ утверждалъ какъ разъ противное, но потомъ отказался отъ своего утвержденія, какъ слишкомъ парадоксальнаго [1]). Поэтому уже римскіе юристы говорили: „omne jus hominem causa constitutum est“, и поэтому же мнѣніе нѣкоторыхъ новыхъ юристовъ, допускающихъ безсубъектное существованіе права, есть contradictio in adjecto, противорѣчіе понятію права, и смѣшеніе, какъ это было уже показано, пассивнаго дѣйствія права съ невозможнымъ въ самомъ своемъ понятіи безсубъектнымъ существованіемъ его [2]).

Но на раннихъ ступеняхъ культуры олицетворялись или признавались прямо субъектами права рядомъ съ человѣкомъ и другія существа, стоявшія какъ надъ нимъ, такъ и близко къ нему. Олицетворенію подвергались, напр., божества, вступавшія въ земную жизнь, и имена предковъ и святыхъ, увѣковѣчеваемыя памятью потомства. И не только животныя, но и неодушевленные предметы, въ силу господствовавшаго нѣкогда анимистическаго воззрѣнія на природу, разсматривались какъ существа, одаренныя волей, которой приписывалось аналогичное съ человѣческой волей значеніе и въ области права [3]). Но всѣ остатки анимизма и антропоморфизма давно утратили значеніе, сохранившись лишь въ миѳахъ, легендахъ и нѣкоторыхъ образныхъ формахъ языка. Уже въ средніе вѣка такія выраженія, какъ, напр., „собственность св. Петра“, употреблялись только въ образномъ смыслѣ, и олицетворенія живыхъ и

---

[1]) Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubject въ Iahrb. f., Dogm., XII, стр. 3 и слѣд.; Pandekten, I, § 19. Ср. Roguin, La règle de droit, стр. 83, 394.

[2]) См. выше, стр. 380—381.

[3]) Brunner, Ueber absichtslose Missethat im altdeutschen Strafrecht, въ Sitzungsberichte der Berl. Akad. (1890), стр. 834 и слѣд. Hammer, Die Lehre vom Schadenersatz nach dem Sachsenspiegel, 1885, стр. 86 и слѣд.

бездушныхъ существъ уступили мѣсто сознанію того, что одинъ волеспособный человѣкъ можетъ быть субъектомъ права. Римскія названія, въ родѣ „praedium dominans“ и „praedium serviens“ въ сервитутныхъ отношеніяхъ или „rei obligatio“ въ залоговомъ правѣ, равно какъ и германскія олицетворенія правъ и обязанностей, связанныхъ съ разными земельными отношеніями,—не выходили за предѣлы тѣхъ же образовъ и не вели къ смѣшенію понятій субъекта и объекта права. Такое смѣшеніе и настоящее возвращеніе къ доисторическимъ олицетвореніямъ мы встрѣчаемъ только въ позднѣйшей юридической доктринѣ, пытавшейся создать цѣлый рядъ новыхъ лицъ, отсутствующихъ въ природѣ. Этими лицами признаются многими представителями и современной юриспруденціи: земельный участокъ какъ при сервитутахъ и такъ назыв. „субъективныхъ вещныхъ правахъ“ (Reallasten), такъ и при современной ипотекѣ; публичныя должности, цѣнныя бумаги, „лежачее наслѣдство“ (hereditas jacens); совокупности имуществъ (при такъ наз. „учрежденіяхъ“) и совокупности лицъ (при корпораціяхъ) [1]). Всѣ эти созданія новой юриспруденціи, и, въ особенности, два послѣднія, т.-е. совокупности имуществъ и совокупност лицъ, удовлетворяющія извѣстнымъ условіямъ, объединяются теперь въ понятіе такъ наз. юридическаго лица, которое ставится рядомъ съ человѣческой личностью и представляетъ собой, по господствующему и въ настоящее время ученію, искусственное распространеніе понятія субъекта права отъ единичнаго физическаго лица на идеальное единство многихъ физическихъ лицъ или имуществъ, служащихъ опредѣленной цѣли и приравниваемыхъ въ своемъ единствѣ, въ силу фикціи, къ понятію того же физическаго лица, какъ субъекта права.

2. Изъ сказаннаго видно, что качества юридической личности и субъекта права приписываются не только дѣйствительному, но и такъ наз. юридическому лицу, приравниваемому къ первому нормой положительнаго права, которая заключаетъ въ себѣ несомнѣнную фикцію, разъ она предписываетъ принимать за лицо то, что само по себѣ не есть лицо. Поэтому мы и встрѣчаемся до сихъ поръ не только въ массѣ учебниковъ гражданскаго права, но и въ большинствѣ новыхъ законодательствъ съ дѣленіемъ субъектовъ права на дѣйствительныя лица и фингированныя, или юридическія лица. И если нѣкоторыя законодательства, какъ, напр., новое нѣмецкое уложеніе, избѣгаютъ термина „юридическое лицо“ и предпочитаютъ ему описательное изображеніе тѣхъ совокупностей лицъ и имуществъ, которыя надѣляются качествами юридической личности, то и эти законодательства, предоставляя объясненіе и конструкцію возникающихъ здѣсь отношеній вѣдѣнію науки права, предрѣшаютъ эту конструкцію, исходя въ своихъ постановленіяхъ о юридическихъ лицахъ изъ той же фикціи юридической личности, которая издавна усвоена, можно сказать,

[1]) Gierke, Deutsch. Privatr., I, стр. 265—267.

всей европейской юриспруденціей [1]). Правда, Гирке и другіе германисты, къ которымъ присоединяются теперь юристы и изъ иныхъ лагерей, считаютъ эту фикцію устарѣлой и разбитой, но они же ставятъ на ея мѣсто другую, еще болѣе искусственную и отдающую средневѣковой схоластикой фикцію реальнаго существованія тѣхъ самыхъ совокупностей лицъ и имуществъ, въ которыхъ единство воли многихъ есть нѣчто иное, чѣмъ сумма единичныхъ воль, и имѣетъ, по ихъ мнѣнію, реальное бытіе [2]). Поэтому фикція юридической личности въ этихъ совокупностяхъ лицъ и имуществъ продолжаетъ господствовать какъ въ юриспруденціи, такъ и въ законодательствахъ, и такъ какъ мы считаемъ эту фикцію совершенно невѣрной и уродующей все ученіе о лицѣ, какъ субъектѣ права, то приведемъ наши соображенія.

а) Невѣрно прежде всего то, что понятіе субъекта права перенесено—не въ доктринѣ, а въ жизни—отъ отдѣльнаго физическаго лица на юридическое, такъ какъ исторически не подлежитъ сомнѣнію юридическое существованіе тѣхъ коллективныхъ соединеній, которыя мы называемъ теперь юридическими лицами, задолго до признанія субъектомъ права обособленнаго физическаго лица. Первоначальными субъектами права были не обособленныя человѣческія личности, а совокупности этихъ личностей—племя, родъ, семья, сословіе, корпорація, государство,—все это такіе общественные союзы, изъ которыхъ отдѣльная человѣческая личность высвобождалась только путемъ медленнаго историческаго процесса.

б) Такъ же невѣрно, что признаніе юридическаго лица субъектомъ права необходимо и оправдываетъ обращеніе къ фикціи, какъ единственному средству объясненія связанныхъ съ нимъ правъ.

Фикціями въ правѣ называютъ уравненіе новаго права со старымъ при помощи намѣреннаго юридическаго вымысла, которымъ предлагаютъ считать одинъ предметъ, несмотря на его различіе отъ другого, тѣмъ же, что есть этотъ другой предметъ: считать, напр., А за В, или наоборотъ. Что такія фикціи играли въ исторіи права большую и очень плодотворную роль, на это мы имѣемъ многочисленныя указанія въ исторіи какъ римскаго, такъ и европейскаго, особенно англійскаго права, но что ими, какъ вымыслами, нельзя ничего ни объяснить, ни разрѣшить, это такъ же не можетъ подлежать сомнѣнію. Не останавливаясь на этомъ вопросѣ, достаточно выясненномъ въ не разъ уже цитированныхъ нами сочиненіяхъ Мэна и Іеринга, мы ограничимся замѣчаніемъ, что такія фикціи

---

[1]) См. напр., Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. GesetzB., стр. 78—79. Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines Bürg. GsB., 1889, стр. 5—7.

[2]) Gierke, тамъ же, и Deutsch. Privr., I, стр. 268, 469 и слѣд. Zittelmann, Begriff und Wesen der s. g. juristeschen Personen, 1873, стр. 62 и слѣд. Regelsberger, Pand., стр. 238. Michoud, La théorie de la personnalité morale, 1906, I, стр. 102—118, и др.

служатъ теперь въ рукахъ юристовъ—такъ же, какъ и законодателей—однимъ лишь пріемомъ сокращеннаго описанія, имѣющимъ исключительно логическое, а не юридическое—въ смыслѣ созданія какого-либо юридическаго эффекта—значеніе. Поэтому, если законодатель или какой-нибудь теоретикъ-юристъ говоритъ, напр., что евреи приравниваются въ своихъ правахъ къ христіанамъ, то онъ вовсе не создаетъ фикціи христіанства для евреевъ и вовсе не провозглашаетъ уравненія евреевъ въ ихъ правахъ съ христіанами въ силу этой фикціи, а пользуется только сокращеннымъ способомъ изложенія, желая избѣгнуть перечисленія всѣхъ тѣхъ правъ христіанъ, которыя предоставлены или должны быть равно предоставлены и евреямъ. Это разсужденіе должно быть примѣнено и къ юридическому лицу, о которомъ такъ же слѣдуетъ сказать, что, если оно существуетъ, то существуетъ не въ силу фикціи, и если пользуется какими-нибудь правами, то пользуется ими не потому, что его приравниваютъ къ физическому лицу, а что, напротивъ, оно приравнивается къ физическому лицу потому, что пользуется въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ тѣми же правами, что̀ и это послѣднее. Кромѣ того, юридическія лица нельзя считать фиктивными и произвольными созданіями положительнаго права и потому, что это послѣднее находитъ ихъ во множествѣ случаевъ уже сложившимися въ жизни, и не отъ него зависитъ ихъ допущеніе или устраненіе. Исторія права свидѣтельствуетъ, что въ извѣстныя эпохи законодательство могло не сознавать этой истины, отказывать въ своемъ признаніи тѣмъ или другимъ общественнымъ союзамъ и даже подвергать ихъ жестокимъ гоненіямъ, какъ враждебное себѣ явленіе. Но оно никогда не могло придти къ уничтоженію этихъ союзовъ: они возвращались къ жизни, будучи выраженіемъ соціальныхъ потребностей, а не законодательнаго произвола [1]).

в) Господствующій взглядъ на юридическое лицо, какъ на фикцію физическаго лица, основанъ на коренномъ заблужденіи философской школы „естественнаго права“, оказавшемъ роковое вліяніе на все настоящее ученіе. Преувеличенный индивидуализмъ этой школы, видѣвшій въ индивидуальной волѣ, индивидуальномъ разумѣ, индивидуальной свободѣ — единственныя исходныя точки для всѣхъ порядковъ нравственныхъ, общественныхъ и юридическихъ отношеній, заставилъ и подпавшихъ вліянію этого міровоззрѣнія юристовъ сосредоточить все право или—по крайней мѣрѣ, все гражданское право—на индивидѣ, за которымъ всѣ общественныя соединенія выступали на второмъ планѣ, въ видѣ производныхъ и, какъ бы, искусственныхъ созданій, не могущихъ имѣть для права значеніе иначе, какъ въ силу фикціи. Это теченіе мысли можно съ особенной ясностью прослѣдить у корифеевъ нашей науки, Са-

[1]) Michoud, ук. соч., стр. 14 и слѣд. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, стр. 165—167.

виньи, во 2 т. его „Системы современнаго римскаго права“, посвященномъ ученію о субъектѣ права и юридическомъ лицѣ,—ученію, обработка котораго въ названномъ сочиненіи считается классической и вызываетъ до сихъ поръ почти общее одобреніе. Не возвращаясь къ вопросу объ ошибочности указываемаго здѣсь исходнаго момента,—этотъ вопросъ обсуждался уже въ нашемъ введеніи,—мы замѣтимъ, что человѣческія отношенія въ области права—больше, чѣмъ въ какой-либо другой области—требуютъ постоянно разсмотрѣнія ихъ съ двухъ точекъ зрѣнія: во-первыхъ, отдѣльнаго лица, которое стоитъ въ данномъ отношеніи противъ другого такого же отдѣльнаго лица, и, во-вторыхъ, общественной группы, которая связываетъ между собой цѣлый рядъ этихъ лицъ. Положеніе, что только человѣкъ можетъ быть субъектомъ права, не говоритъ того, что каждое право должно быть предоставлено ему не иначе, какъ отдѣльному лицу. Другими словами, приведеннымъ положеніемъ не рѣшается вопросъ о формѣ предоставленія человѣку его правъ,—формѣ, которая можетъ быть какъ единоличная, такъ и коллективная. Ошибка господствующаго ученія о субъектѣ права и объ юридическомъ лицѣ лежитъ именно въ предположеніи объ индивидуальномъ характерѣ всѣхъ гражданскихъ правъ и о необходимомъ прикрѣпленіи ихъ къ данному единичному лицу. Дѣйствительность представляетъ намъ сосуществованіе правъ индивидуальнаго и коллективнаго обладанія, правъ индивидуально-опредѣленныхъ и индивидуально-неопредѣленныхъ лицъ. Въ сосуществованіи тѣхъ и другихъ правъ лежитъ и оправданіе юридическаго лица, которое представляетъ собой не что иное, какъ форму коллективнаго обладанія [1]), нимало не опровергающую того основного положенія, что единственнымъ субъектомъ права всегда и вездѣ является только реальная человѣческая личность.

г) Приведенныя соображенія говорятъ не только противъ теоріи, приравнивающей въ силу открыто признаваемой фикціи юридическое лицо къ физическому, но и противъ всѣхъ другихъ, не менѣе распространенныхъ теперь теорій, которыя отвергаютъ, повидимому, фикцію, но на дѣлѣ принимаютъ ее, надѣляя юридическое лицо качествами юридической личности. Разборомъ этихъ теорій мы займемся впослѣдствіи [2]) и ограничимся здѣсь указаніемъ, что, несмотря на всѣ протесты противъ фикціи, эти теоріи—включая сюда и тѣ, которыя видятъ въ юридическомъ лицѣ живой организмъ (Гирке), и тѣ, которыя считаютъ его „цѣлевымъ имуществомъ“ (Бринцъ), и даже тѣ, которыя выдвигаютъ въ юридическомъ лицѣ на первый планъ

[1]) Planiol, ук. соч. I, стр. 971—977. Tarbourièche, La propriété, 1905. стр. 2 и слѣд. Русскій переводъ части послѣдняго сочиненія въ „Сборникѣ Русской Высшей Школы общественныхъ наукъ въ Парижѣ“, 1904.

[2]) Тонкій анализъ и критическую оцѣнку этихъ теорій можно найти теперь въ книгѣ Ельяшевича: „Юридическое лицо, его происхожденіе и функціи, 1910, стр. 1—24, 447—456.

составляющія его физическія лица (Іерингъ) — имѣютъ въ своемъ основаніи все ту же фикцію. И это не можетъ быть иначе, такъ какъ самое понятіе права, въ силу вводимыхъ въ него элементовъ интереса и воли, предполагаетъ въ своемъ субъектѣ качества человѣческой личности, которыя отсутствуютъ въ коллективныхъ единицахъ, представляющихъ собой, по общему признанію, нѣчто отличное и стоящее независимо отъ составляющихъ его человѣческихъ личностей. Отсюда само собой слѣдуетъ, что эти коллективныя единицы могутъ быть только фиктивными лицами, и если нѣкоторые юристы, какъ, напр., Рюмелинъ въ Германіи и недостаточно оцѣненный у насъ Дювернуа, говорятъ объ юридической личности союзныхъ формъ обладанія, въ смыслѣ „особаго пункта“ пріуроченія, или „прираженія“ правъ къ субъекту, которымъ является обыкновенно человѣческая личность, но можетъ являться и коллективная единица (въ случаѣ связи права не съ отдѣльнымъ лицомъ, а съ инымъ и поставленнымъ независимо отъ него центромъ „прираженія правъ“) — и это въ интересахъ „постоянства, извѣстности и непрерывности юридическихъ отношеній, существующихъ въ жизни“ [1]), — то и въ этой конструкціи мы не видимъ ничего, кромѣ фикціи физическаго лица для отношеній, субъектомъ которыхъ служитъ та же человѣческая личность, выступающая только не единично и не въ индивидуальныхъ формахъ обладанія, а коллективно и въ извѣстныхъ формахъ коллективнаго обладанія. Эта мысль иллюстрируется лучше всего тѣмъ соображеніемъ, что въ концѣ концовъ и цѣли существованія коллективныхъ формъ обладанія сводятся къ выходящимъ за предѣлы личной жизни цѣлямъ существованія все тѣхъ же индивидовъ, которые состоятъ въ коллективномъ отношеніи и только мыслятся въ своемъ единствѣ или неопредѣленномъ множествѣ. Вотъ почему настоящими или матеріальными субъектами юридическаго лица („дестинатерами права“, по терминологіи Іеринга) служатъ составляющія его дѣйствительныя лица, которымъ дается лишь единая организація, и этой организаціи усваивается самостоятельное значеніе, въ виду удобства ея сношеній съ третьими лицами.

Такое пониманіе юридическаго лица предложено Іерингомъ, и оно мотивировано имъ слѣдующимъ образомъ: „Юридическое лицо, какъ таковое, неспособно къ пользованію: оно не имѣетъ ни интересовъ, ни цѣлей. Оно не можетъ имѣть и правъ, такъ какъ права возможны только тамъ, гдѣ они достигаютъ своего назначенія, т.-е. могутъ быть полезны тому, кому они принадлежатъ. Право, которое не можетъ достигать этой цѣли въ лицѣ того, за кѣмъ оно признано, есть химера, несовмѣстимая съ основной идеей права. Такая аномалія можетъ быть только кажущаяся: за видимымъ субъектомъ права скрывается настоящій... Настоящіе субъ-

[1]) Дювернуа, Чтенія по гражданскому праву, I, стр. 275 и слѣд. Ср. Ельяшевича, тамъ же, стр. 14—19.

екты права—не юридическія лица, какъ таковыя, а составляющіе ихъ члены. Юридическія лица—только особая форма, въ которой ихъ члены вступаютъ въ юридическія отношенія съ внѣшнимъ міромъ“ [1]).

Несмотря, однако, на рѣшительность, съ которой Іерингъ возстаетъ противъ установившихся воззрѣній, онъ платитъ все-таки дань этимъ воззрѣніямъ, признавая по соображеніямъ техники права юридическую личность и за тѣми формами коллективнаго обладанія, которыя въ его же изложеніи только закрываютъ настоящихъ субъектовъ права. Правда, что юридическая личность принимается здѣсь только въ формальномъ смыслѣ, т.-е. въ смыслѣ облегченія оборота съ третьими лицами, и не касается отношеній, возникающихъ внутри юридическаго лица, гдѣ субъектами права остаются физическія лица. Это отличаетъ построеніе Іеринга отъ другихъ теорій юридическаго лица, но не устраняетъ и отъ него упрека въ примѣненіи къ коллективному обладанію той же фикціи юридической личности, которая оспаривается у другихъ и оставляется у себя. Вотъ почему мы становимся на сторону Planiol'а, когда онъ говоритъ: „Идея фиктивнаго олицетворенія проста, но поверхностна и неправильна, скрывая отъ глазъ непрерывное до нашихъ дней существованіе коллективной собственности на ряду съ индивидуальной. Подъ именемъ „юридическаго лица“ надо понимать коллективныя имущества, взятыя врозь отъ другихъ и состоящія въ отличномъ отъ индивидуальной собственности обладаніи болѣе или менѣе значительныхъ группъ людей. Эти фиктивныя лица не существуютъ даже фиктивно, а какая надобность создавать несуществующую въ природѣ категорію лицъ для пониманія несомнѣнно существующей въ ней формы собственности?.. Безполезность фикціи замѣчалась уже многими авторами, которые ограничивались, однако, отрицаніемъ и не ставили на его мѣсто ничего. Необходимо миѣъ юридическаго лица замѣнить положительнымъ понятіемъ, которымъ можетъ быть только коллективная собственность“ [2]).

Присоединяясь къ изложенному взгляду, въ которомъ можно видѣть развитіе мысли Іеринга, освобожденной только отъ традицій школьной юриспруденціи, мы должны исключить теорію юридическаго лица, вопреки общепринятой систематикѣ, изъ ученія о субъектѣ права, гдѣ можно говорить лишь о человѣческой личности, какъ носителѣ права, и перенести эту теорію въ ученіе объ общественномъ обладаніи, гдѣ она займетъ подобающее ей мѣсто, наряду съ другими формами того же общественнаго обладанія.

3. Мы можемъ считать установленнымъ, что понятіе субъекта права покрывается понятіемъ человѣческой личности. Это не значитъ, однако, что понятіе субъекта права совпадаетъ съ понятіемъ каждой отдѣль-

---

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechts, III, стр. 331 и слѣд.
[2]) Planiol, въ ук. м.

ной человѣческой личности, выступающей во внѣшнемъ мірѣ въ совокупности своихъ психо-физическихъ свойствъ. Право отвлекается отъ этихъ психо-физическихъ свойствъ какъ отдѣльнаго человѣка, такъ и всѣхъ людей вообще, и юридическая личность есть не что-либо видимое или ощутимое, а чисто юридическое понятіе, получаемое путемъ абстракціи отъ всѣхъ отдѣльныхъ личностей и юридической квалификаціи этой абстракціи, какъ субъекта права. За этимъ субъектомъ права признается, прежде всего, способность обращаться, при наличности извѣстныхъ условій, къ государственной защитѣ и вызывать тѣ или другія юридическія послѣдствія своихъ дѣйствій или тѣхъ отношеній, въ которыхъ онъ состоитъ. Отсюда слѣдуетъ, что юридическая личность есть, во-первыхъ, понятіе публичнаго права, и разъ на ней строится все гражданское право, то послѣднее уже поэтому должно имѣть своимъ фундаментомъ публичное право; и, во-вторыхъ, юридическая личность есть не постоянная, а измѣняющаяся величина, которая можетъ быть какъ расширена, такъ и сужена объективнымъ правомъ.

Не надо только думать, что объективное право служитъ источникомъ юридической личности и можетъ произвольно отказывать въ ней и надѣлять ея качествами кого-угодно и что-угодно. Это представленіе господствуетъ въ современной юриспруденціи—по крайней мѣрѣ, по отношенію къ юридическимъ лицамъ, которыя считаются созданіемъ положительнаго права и уже поэтому производнымъ и вполнѣ зависимымъ отъ него явленіемъ. [1]). Мы уже указывали на неправильность этого представленія и прибавимъ къ сказанному, что въ отношеніи къ юридическому лицу, т.-е. тому же дѣйствительному лицу, взятому только въ его коллективномъ бытіи, объективное право связано данными условіями культурнаго развитія въ такой же мѣрѣ, какъ и въ отношеніи къ этому лицу въ его индивидуальномъ бытіи. Не создавая, а лишь признавая существующую до него индивидуальную личность, оно такъ же не создаетъ, но признаетъ и возникающія безъ его участія формы коллективнаго обладанія. И если въ извѣстныя историческія эпохи юридическая личность признается только за извѣстной категоріей людей, напр., гражданами того или другого

[1]) У Kohler'a, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, стр. 320, мы встрѣчаемая даже со слѣдующимъ разсужденіемъ: „Лицомъ можетъ быть каждое существо, такъ какъ объективное право можетъ связать то или другое право съ любымъ существомъ и приписать ему какія-угодно права. Почему дерево или животное не могли бы обладать правами?“ Правда, что непосредственно за этимъ разсужденіемъ идетъ признаніе, что объективное право не пользуется неограниченно возможностью надѣлять правами любое существо, но уже одно признаніе этой возможности указываетъ, во-1), на смѣшеніе первобытныхъ состояній права съ современными, и, во-2), на обычное и въ новой юриспруденціи представленіе о приматѣ объективнаго права. Подобно Колеру выражаются и другіе нѣмецкіе юристы, напр., Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB, I, стр. 74; Biermann, Bürgerliches Recht, I, стр. 96—97, 210.

государства, и въ ней отказывается иностранцамъ и другимъ разрядамъ человѣческихъ существъ, трактуемымъ наравнѣ съ вещами, то въ иныя эпохи то же объективное право, съ одной стороны, не можетъ отказать въ юридической личности ни одному человѣческому существу, и съ другой—не можетъ предоставить ее ни звѣрю, ни бездушному существу, ни безтѣлесной вещи, ни вообще тому, что̀ стоитъ въ противорѣчіи съ господствующими представленіями объ юридической личности.

По римскому праву, равно какъ и по праву всего древняго міра, масса людей представлялась, какъ извѣстно, безправной и не имѣла качествъ субъекта права. А римское рабство и различныя формы зависимаго состоянія, исключавшія качество субъекта права, продолжали существовать во все теченіе не только среднихъ вѣковъ, но и новаго времени, когда и свободные люди признавались субъектами права не какъ таковые, а лишь въ качествѣ членовъ того или другого общественнаго союза, той или другой общественной организаціи.

Но уже средніе вѣка перешагнули черезъ ту стадію развитія, дальше которой не пошло римское право. Отрицаніе юридической личности исчезло, и остались лишь ея ограниченія. Извѣстная доля правоспособности была признана и за крѣпостными людьми, такъ что уже Эйке фои Репговъ, составитель Саксонскаго Зерцала, могъ считать „устарѣлой неправдой“ то, чтобы одинъ человѣкъ состоялъ въ „собственности“ другого. И дѣйствительно, эта „неправда“ перестала существовать уже въ средневѣковыхъ городахъ, и мы наблюдаемъ постепенное установленіе такого порядка, при которомъ признаніе въ принципѣ юридической личности за каждымъ человѣкомъ уживалось съ систематическимъ проведеніемъ въ положительномъ правѣ большихъ неравенствъ въ правѣ этой личности,—неравенствъ, которыя, подъ вліяніемъ рецепціи римскаго права и другихъ историческихъ условій, мѣстами даже усиливались. Но, въ общемъ, эти неравенства рѣшительно стирались — по крайней мѣрѣ, въ смыслѣ юридическихъ различій, — такъ какъ и въ средніе вѣка дѣйствовали силы, направленныя на устраненіе всякаго, даже частичнаго отрицанія личности [1]).

Большую роль сыграла здѣсь, какъ мы на это уже указывали, школа „естественнаго права“ съ ея теоріей „прирожденныхъ правъ“ человѣка, и можно сказать, что всѣ политическія и соціальныя движенія новаго времени имѣли своимъ содержаніемъ расширеніе права личности. Его получили рабы и крѣпостные, а свободные присоединили къ нему и права, которыми они прежде не обладали. Современный гражданинъ, съ его избирательными правами и неограниченной способностью къ владѣнію всѣми родами имуществъ, даетъ намъ совсѣмъ иную фигуру личности,

---

[1]) Gierke, Deutsch. Privr., I, стр. 355—356. Ehrlich, Die Rechtsfähgkeit, 1909, стр. 42 и слѣд.

чѣмъ лишенный свободы, прикрѣпленный къ землѣ, ограниченный въ пріобрѣтеніи и исключенный изъ всякаго участія въ государственной жизни подданный феодальнаго или абсолютнаго государства [1]).

Наступаетъ, слѣдов., третья, современная намъ стадія развитія права личности, на которой каждый человѣкъ признается ipso jure, т.-е. по праву и въ силу юридической необходимости, не только личностью, но и абсолютной личностью, т.-е. личностью, неприкосновенной даже для закона, равной всѣмъ другимъ личностямъ, не терпящей ни повышенія, ни пониженія своей личности, и все это безотносительно къ полу, возрасту, религіи, національности и всѣмъ другимъ условіямъ своего существованія. Отсюда исключаются принципіально лишь нѣкоторыя стороны публичнаго права (напр., избирательное право), остающіяся еще „гражданскимъ правомъ“ въ первоначальномъ смыслѣ этого слова (jus civile), т.-е. правомъ, доступнымъ только гражданамъ каждаго даннаго государства. Но частное или гражданское право въ своемъ современномъ значеніи давно перестало быть „гражданскимъ правомъ“ въ прежнемъ смыслѣ. Оно стремится, напротивъ, сдѣлаться общенароднымъ правомъ (jus gentium) и открыто для всѣхъ, такъ какъ гражданскій оборотъ не дѣлаетъ различій между лицами и принимаетъ деньги, откуда бы онѣ ни шли [2]).

Таково положеніе личности въ современномъ правѣ, и если въ основаніи его мы находимъ проблематическое съ научной точки зрѣнія представленіе о „прирожденныхъ правахъ“ человѣка, то не подлежитъ сомнѣнію, что представленіе это имѣетъ практическое значеніе, такъ какъ оно не только проникаетъ, но и господствуетъ также въ практической юриспруденціи, которая дѣйствуетъ въ условіяхъ признанія юридической личности за каждымъ человѣкомъ, какъ человѣкомъ.

Иниціатива законодательнаго провозглашенія принципа „прирожденныхъ правъ“ личности принадлежитъ американской и первой французской революціи. Она составляетъ продуктъ просвѣтительнаго движенія XVIII в., однимъ изъ ближайшихъ выраженій котораго въ области права личности было уничтоженіе всѣхъ юридическихъ неравенствъ, обусловленныхъ происхожденіемъ, религіей, сословностью и т. д., и признаніе закономъ 5 іюня 1791 г. свободнымъ каждаго, кто пребываетъ на французской территоріи. Примѣру Франціи послѣдовали и германскія законодательства, въ ряду которыхъ мы сошлемся только на австрійское гражданское уложеніе 1811 г., заключающее въ своемъ § 11 такую норму: „Каждый человѣкъ имѣетъ прирожденныя, обнаруживаемыя уже разумомъ права, и разсматривается поэтому какъ личность. Рабство, крѣ-

---

[1]) Iellinek, System der subject. öffentl. Rechte, стр. 81—85.

[2]) Sohm, Bürgerliches Recht въ сборникѣ Systematische Rechtswissenschaft, стр. 21.

постничество и отправленіе связанной съ ними власти не дозволяются никому во всей странѣ". Кромѣ того, декретомъ 1826 г. постановлено, что рабъ, вступившій на австрійскую территорію или на бортъ австрійскаго корабля, перестаетъ этимъ самымъ быть рабомъ. А если въ прусскомъ правѣ существовало до половины прошлаго вѣка правило, что иностранецъ, пребывающій временно на прусской территоріи, пользуется охраной права и на своего раба, то закономъ 1857 г. этотъ остатокъ варварскаго времени устраненъ. Въ Англіи крѣпостное право перестало существовать уже въ средніе вѣка, а рабство въ колоніяхъ (Вестъ-Индіи) отмѣнено лишь закономъ 1834 г. Въ самой Франціи, несмотря на „декларацію правъ человѣка и гражданина" 1789 г., рабство въ колоніяхъ отмѣнено еще позже, а именно въ 1848 г., хотя уже въ 1831 г. изданъ законъ, карающій каторжными работами всякое участіе въ торгѣ рабами.

Новое нѣмецкое уложеніе открывается статьей, объявляющей: „Правоспособность человѣка начинается рожденіемъ и кончается смертью" (§ 1). Мотивы къ первому проекту этого уложенія поясняютъ, что эта статья желаетъ выразить общую всѣмъ людямъ правоспособность, и что признаніе такой правоспособности вытекаетъ изъ всего содержанія уложенія. Но если такъ, то положеніе это слѣдовало или выразить, или обойти молчаніемъ, какъ само собой подразумѣвающееся, а не говорить только о начальномъ и конечномъ моментахъ правоспособности. Кромѣ того, приведенная статья нѣмецкаго уложенія позволяетъ думать, что не рожденныя, а только зачатыя существа лишены всякой защиты права, и что рожденіемъ и смертью обусловливается не только гражданская, но и политическая правоспособность [1]). Ни то, ни другое изъ этихъ заключеній несогласно съ содержаніемъ самого нѣмецкаго уложенія, и поэтому какъ въ настоящемъ, такъ и во многихъ другихъ случаяхъ мы должны признать удачнѣе редакцію новаго швейцарскаго уложенія, котораго § 13 говоритъ: „Правоспособенъ каждый. Всѣ люди, въ границахъ правопорядка, одинаково способны имѣть права и нести обязанности".

У насъ, въ Россіи, съ изданіемъ Положенія о крестьянахъ 1861 г. объявлено такое же юридическое освобожденіе личности—по крайней мѣрѣ, въ отношеніяхъ гражданскаго права,—и такая же невозможность рабства, какую мы находимъ теперь признанной во всемъ цивилизованномъ мірѣ. Принципъ общей всѣмъ людямъ правоспособности выраженъ въ проектѣ нашего гражданскаго уложенія въ слѣдующихъ словахъ: „каждый признается способнымъ имѣть и пріобрѣтать права личныя и имущественныя, со дня рожденія и до смерти (ст. 1).

4. Такимъ образомъ, субъектъ права есть теперь, во-1), только человѣческая личность, и, во-2), человѣческая личность, какъ таковая,

---

[1]) Hölder, Zum allgemeinen Theil des Entwurfes eines deutschen Bürgerl. Gesetzbuches, 1888. стр. 18—19.

независимо отъ всѣхъ какъ физическихъ, такъ и національныхъ, религіозныхъ, общественныхъ и другихъ различій. Это же качество человѣка быть субъектомъ права означаютъ также терминомъ „правоспособность“, который совпадаетъ въ этомъ смыслѣ съ терминомъ „юридическая личность“. Но по поводу этой терминологіи давно уже замѣчено неудобство соединять съ однимъ и тѣмъ же понятіемъ два названія. Было бы цѣлесообразнѣе называть правоспособностью только различныя степени способности быть юридической личностью, или конкретную правоспособность съ ея возможными градаціями, тогда какъ юридической личностью была бы тогда одна абстрактная правоспособность, т.-е. принадлежащее каждому человѣку качество быть субъектомъ права вообще. Первое изъ этихъ понятій (правоспособность) могло бы быть признано относительнымъ, такъ какъ оно допускаетъ въ своихъ формахъ различныя измѣненія, а второе (юридическая личность)—абсолютнымъ, такъ какъ качество человѣка быть субъектомъ права присуще ему во всѣхъ положеніяхъ и не допускаетъ, по общему правилу — по крайней мѣрѣ, въ современномъ правѣ—никакихъ видоизмѣненій: оно сводится къ отрицанію безправнаго состоянія личности. Опущеніе этого различія, иначе формулируемаго въ статьѣ Д. Д. Гримма: „Къ ученію о субъектахъ правъ“,—ведетъ ко многимъ ошибкамъ, указаннымъ въ этой же статьѣ [1]).

5. Правоспособность не нужно смѣшивать съ дѣеспособностью, которой называется способность человѣка совершать тѣ или другія дѣйствія, сопровождаемыя юридическими послѣдствіями. Эта дѣеспособность различна у различныхъ лицъ и въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ даже совсѣмъ отсутствовать, напр., у дѣтей, сумасшедшихъ и т. п. Въ другихъ случаяхъ она бываетъ только ограничена, т.-е. состоитъ въ способности совершать одни дѣйствія, а не другія. Сюда принадлежитъ, напр., неспособность извѣстныхъ лицъ быть опекунами, душеприкащиками, членами семейнаго совѣта, представителями и т. п.

Отношеніе между право- и дѣеспособностью то же, что отношеніе между правомъ и его отправленіемъ, такъ какъ первое выражаетъ пассивное, а второе — активное состояніе субъекта права: тамъ надо быть только лицомъ, здѣсь — обладать сознательной и самостоятельной волей. Поэтому дѣеспособность всегда предполагаетъ правоспособность (у римлянъ, какъ мы на это уже указывали, дѣло обстояло иначе), но не наоборотъ: правоспособность есть общее качество людей, а дѣеспособность — только послѣдствіе правоспособности въ направленіи на извѣстныя дѣйствія. Слѣдовательно, правоспособность и дѣеспособность могутъ быть разъединены и уже поэтому требуютъ строгого разграниченія. Можно, напр., быть собственникомъ, кредиторомъ, должникомъ, но не имѣть способности ни пріобрѣтать, ни отчуждать эти правовыя состоянія своими личными дѣйствіями. Здѣсь правоспособность расходится съ дѣеспособностью, и, признавая

[1]) Вѣстникъ права, 1904, № 9 и 10.

первую, мы отрицаемъ вторую. Но правоспособность можетъ выступать и въ соединеніи съ дѣеспособностью, т.-е. выражаться не только въ пассивномъ состояніи субъекта различныхъ правъ, но и въ способности его дѣлаться такимъ субъектомъ активно, т.-е. своими собственными дѣйствіями. Иногда нельзя даже провести границу между правоспособностью и дѣеспособностью: это—въ случаяхъ, когда исключено всякое представительство, и отправленіе права возможно только въ лицѣ того, кому оно предоставлено. Приведемъ примѣрно: право вступленія въ бракъ, право усыновленія, узаконенія внѣ-брачныхъ дѣтей, составленія завѣщаній и т. д. Въ такихъ случаяхъ мы не отдѣляемъ правоспособности отъ дѣеспособности и говоримъ только о правоспособности. Таково, по крайней мѣрѣ, обычное словоупотребленіе въ отношеніи къ способности свидѣтельствовать, вступать въ бракъ, писать завѣщанія и т. д., хотя терминологія здѣсь вообще шатка, и, напр., французское законодательство вовсе не различаетъ правоспособности отъ дѣеспособности, называя ту и другую одинаково „гражданской способностью“ (capacité civile) [1]). Въ нашемъ языкѣ слово „дѣеспособность“ такъ же искусственно и, въ общемъ, можетъ считаться чуждымъ нашему законодательству, которое знаетъ только терминъ „правоспособность“. Его держатся исключительно и составители проекта нашего гражданскаго уложенія, называя правоспособностью „способность лица самостоятельно располагать собой и своимъ имуществомъ“ (ст. 6). Но такое обезразличеніе двухъ понятій въ одномъ неудобно уже потому, что различіе между право- и дѣеспособностью имѣетъ практическое значеніе. Это значеніе состоитъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что недостатокъ дѣеспособности восполняется представительствомъ, тогда какъ правоспособность не допускаетъ представительства и не имѣетъ въ немъ надобности [2]). Наличная

---

[1]) Объясненіе лежитъ въ широкомъ примѣненіи французскимъ правомъ понятія такъ наз. „правъ личнаго состоянія“ (état des personnes, status, caput), указывающихъ каждому его юридическое положеніе въ обществѣ. Эти права слагаются изъ элементовъ юридической личности и, въ общемъ, отождествляются съ этой послѣдней, такъ что принятому въ нѣмецкой юриспруденціи различію между право- и дѣеспособностью соотвѣтствуетъ во Франціи—по крайней мѣрѣ, отчасти—различіе между „правами личнаго состоянія“ и „гражданской способностью“ (capacité civile). Это различіе французскіе юристы видятъ въ томъ, что всякое личное состояніе есть самостоятельное право, охраняемое независимо отъ другихъ связанныхъ съ нимъ правъ и ему одному присвоенными исками, тогда какъ гражданская способность представляетъ собой не право, а только способность имѣть или отправлять тѣ или другія права; за этой способностью не стоитъ никакого самостоятельнаго иска, и вопросъ о ней подымается только въ связи съ тѣмъ или другимъ дѣйствіемъ или правомъ, которое приходится утверждать или отвергать. См. Baudry-Lacantinerie, ук. соч., стр. 59, 76.

[2]) Указанія на точки опоры для разграниченія право- и дѣеспособности по нашему дѣйствующему законодательству (ст. 698 и 221 X т. I ч. и ст. 3, 327, 558, 715 и 766 IX т. Св. зак.) см. у Анненкова, Система русскаго гражданскаго права, I, стр. 139—142.

или пріобрѣтенная правоспособность отправляется только тѣмъ лицомъ, которому она принадлежитъ, и всѣ вытекающія изъ нея правомочія суть такія права личности, которыя не допускаютъ ни отчужденія, ни отреченія, ни представительства [1]). Кромѣ того, правоспособность, какъ мы уже сказали, никогда не отсутствуетъ, и ограниченія ея въ настоящее время суть только остатки прошлаго, предназначенныя къ тому, чтобы исчезнуть, тогда какъ отрицаніе или ограниченія дѣеспособности постулируются, какъ мы это увидимъ ниже, самимъ понятіемъ права и останутся всегда или, по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока не измѣнится самое понятіе права.

6. Исходя изъ признанія за каждымъ человѣкомъ юридической личности, современныя законодательства считаютъ правоспособность данной рожденіемъ человѣка, подобно всѣмъ его психо-физическимъ свойствамъ. И если рожденіе есть начало человѣческой личности, то оно же служитъ началомъ правоспособности, такъ же, какъ смерть, уничтожающая человѣческую личность, полагаетъ конецъ и ея правоспособности. Римское право знало еще, кромѣ физической смерти, состояніе такъ наз. capitis deminutio maxima, вызываемое потерей свободы, которая была въ то же время потерей юридической личности, точно такъ же, какъ и средневѣковое германское право знало состояніе такъ наз. Friedlosigkeit, ставившее человѣка внѣ закона и разрушавшее его личность. Во Франціи также выработался особый институтъ такъ наз. „гражданской смерти“ (la mort civile), заимствованный у нея многими нѣмецкими законодательствами и состоявшій въ фикціи физической смерти, т.-е. искусственномъ приравненіи къ ней лишенія человѣка всѣхъ его правъ, а вмѣстѣ съ ними—и его юридической личности [2]).

Придуманная, главнымъ образомъ, съ цѣлью истребленія политическихъ враговъ, эта фикція смерти отмѣнена въ настоящее время почти во всѣхъ европейскихъ кодексахъ. Тамъ же, гдѣ о ней еще упоминается, „гражданская смерть“ служитъ лишь одной изъ высшихъ мѣръ наказанія, сопровождаемой не уничтоженіемъ, а крайней степенью ограниченія правоспособности. Это ограниченіе касается, главнымъ образомъ, политическихъ правъ, и какъ по современнымъ европейскимъ, такъ и по нашимъ законамъ—лица, лишенныя всѣхъ правъ состоянія, теряютъ только ранѣе пріобрѣтенныя права, но на мѣстѣ отбытія наказанія могутъ продолжать прежній бракъ и вступить въ новый, пріобрѣтать имущество и т. д. (ст. 412, 415, 423 и 425 т. XIV). Поэтому и можно утверждать, что потеря юридической личности въ силу сравненія „гражданской смерти“ съ физической въ настоящее время или не существуетъ, или существуетъ только въ смыслѣ лишенія правъ политическихъ и ограниченія гражданскихъ.

---

[1]) Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, I, стр. 98—99.

[2]) Gierke, Deutsch. Privr., стр. 364.

Единственный случай приближенія современнаго европейскаго права къ фикціи смерти представляетъ произнесеніе монашескихъ обѣтовъ, съ которыми связывается отреченіе какъ отъ имущественныхъ, такъ и семейныхъ правъ. Средневѣковое право, за которымъ послѣдовало и много новыхъ законодательствъ, устанавливало здѣсь даже открытіе наслѣдства и неспособность произнесшаго обѣты къ какимъ бы то ни было послѣдующимъ пріобрѣтеніямъ и сдѣлкамъ. Но каноническое право передѣлало это уничтоженіе личности произносящаго обѣты въ перенесеніе этой личности на монастырь, который вступалъ какъ въ прошлое, такъ и будущее имущество своихъ монашествующихъ. Однако, и въ этомъ случаѣ мы не видимъ „гражданской смерти“, такъ какъ, во-первыхъ, монашескіе обѣты съ точки зрѣнія свѣтскаго права обязательны далеко не вездѣ, а во-вторыхъ—произносящія ихъ лица не безусловно лишаются правоспособности: они не правоспособны, и то не вполнѣ, только для себя, но правоспособны для другихъ, имѣя, напр., право пріобрѣтать для монастырей и завѣщать въ ихъ пользу то, что они могли бы по закону пріобрѣсти и для себя. Кромѣ того, по нарушеніи обѣтовъ и возвращеніи монашествующихъ въ міръ, гражданская способность ихъ возстановляется.

2. Условія возникновенія и прекращенія юридической личности.

Юридическая личность начинается рожденіемъ и кончается смертью.

А) Рожденіе.

1. Въ смыслѣ физическаго отдѣленія ребенка отъ матери и начала самостоятельнаго существованія, рожденіе даетъ внѣшній и легко поддающійся констатированію признакъ, съ которымъ связывается правоспособность каждаго человѣческаго индивида. Ближайшее опредѣленіе момента, въ который совершается отдѣленіе ребенка отъ матери, и рѣшеніе вопроса, какъ совершается это отдѣленіе: естественно или механически—не касается права и вѣдается медициной. Для права имѣетъ значеніе только фактъ рожденія, такъ какъ съ нимъ соединяется начало правоспособности, а способъ и формы рожденія безразличны. Само собою разумѣется, что рожденіе должно быть живое, такъ какъ права предназначаются для живыхъ, и обладателями правъ могутъ быть только живые, а не мертвые индивиды. Поэтому и рожденіе ребенка, который не пробылъ въ утробѣ матери полныхъ 6 мѣсяцевъ со времени зачатія и явился на свѣтъ не живымъ существомъ, а абортомъ, или выкидышемъ, равно какъ и смерть ребенка во время родовъ, не представляютъ живого рожденія и не производятъ никакого измѣненія съ существующемъ порядкѣ юридическихъ отношеній.

Но что, если ребенокъ умираетъ сейчасъ послѣ родовъ? Принять здѣсь живое рожденіе, или нѣтъ? Это—не праздный вопросъ, такъ какъ, если бы ребенокъ былъ правоспособенъ хотя бы одинъ моментъ, онъ могъ бы пріобрѣсти наслѣдственныя и другія права, которыя перешли бы отъ него къ третьимъ лицамъ, тогда какъ непризнаніе рожденія не дало бы этимъ послѣднимъ никакихъ правъ. Римское право и большинство новыхъ законодательствъ считаютъ одинъ фактъ живого рожденія достаточнымъ условіемъ для возникновенія правоспособности, не требуя того, чтобы ребенокъ жилъ недѣлю, годъ и т. д. Но средневѣковое право и нѣкоторыя нѣмецкія партикулярныя законодательства, равно какъ и французскій Code civil, ставятъ условіемъ правоспособности, кромѣ рожденія, еще такъ наз. „виталитетъ“, или „жизнеспособность“ новорожденнаго, понимая подъ этимъ то, что ребенокъ долженъ явиться на свѣтъ зрѣлымъ плодомъ, пробывшимъ въ утробѣ матери, по крайней мѣрѣ, минимумъ установленнаго для этого законами физіологіи времени. Поэтому, ставя условіе „жизнеспособности“, французскій кодексъ прямо предполагаетъ его, если ребенокъ родится черезъ 6 мѣсяцевъ послѣ зачатія (art. 312, 725, 906). Такъ же поступаютъ и другія законодательства, выставляющія требованіе жизнеспособности, и, во всякомъ случаѣ, не отказываютъ въ правоспособности дѣтямъ, рожденнымъ даже съ удостовѣренной врачемъ болѣзнью, имѣющей вызвать ихъ скорую смерть.

Однако, жизнеспособность даже въ указанномъ сейчасъ смыслѣ не поддается изслѣдованію: точное установленіе дня зачатія, необходимое для исчисленія времени, которое ребенокъ могъ провести въ утробѣ матери, недостижимо, и поэтому судебная практика въ Германіи отклоняетъ отъ себя обыкновенно изслѣдованіе этого вопроса. Французскій кодексъ то же не даетъ никакихъ признаковъ, по которымъ можно было бы опредѣлить—внѣ того случая, когда на дѣлѣ происходитъ рожденіе несомнѣнно недозрѣлаго плода,—жизнеспособенъ родившійся, или нѣтъ, такъ что требованіе жизнеспособности не имѣетъ и здѣсь практическаго значенія. Оно сводится къ отрицанію живого рожденія въ условіяхъ, исключающихъ физіологически продолженіе жизни, и это устраняетъ всякое различіе между подобнымъ рожденіямъ, если оно оказывается даже живымъ, и рожденіемъ мертваго ребенка. Сведенное къ такому виду, требованіе жизнеспособности можетъ быть приписано и римскому праву, и многимъ изъ новыхъ законодательствъ, не ставящимъ этого требованія, но отвергающимъ въ тѣхъ же условіяхъ живое рожденіе [1]). Но большинство новыхъ кодексовъ, и, въ ихъ числѣ, прусскій, саксонскій, австрійскій, вмѣстѣ съ послѣдними нѣмецкимъ и швейцарскимъ гражданскими уложеніями, не говорятъ вовсе о жизнеспособности и довольствуются условіемъ одного живого рожденія. Новорожденный не имѣетъ надоб-

[1]) Дернбургъ, Пандекты, стр. 130. Kuhlenbeck, ук. соч., стр. 79—80.

ности въ свидѣтельствѣ о зрѣлости, если онъ рождается живымъ, и это свидѣтельство безполезно въ случаѣ мертваго рожденія. Наше законодательство такъ же не содержитъ въ себѣ никакого постановленія о „жизнеспособности", и мы не имѣемъ основанія навязывать ему это понятіе.

2. Какими признаками опредѣляется живое рожденіе, и какъ оно доказывается? Прусскій Landrecht (I, 1 § 13) отвѣчаетъ на этотъ вопросъ постановленіемъ, что рожденіе должно считаться доказаннымъ, если присутствующіе слышали крикъ новорожденнаго. Это постановленіе, чуждое римскому праву, взято прусскимъ кодексомъ изъ Саксонскаго Зерцала, принимавшаго за признакъ рожденія то, что ребенокъ оглашаетъ своимъ крикомъ четыре стѣны дома. Аллеманская Правда принимала за такой признакъ открытіе глазъ ребенка, и понятно, что при формальной теоріи доказательствъ, господствовавшей въ средніе вѣка, крикъ ребенка и открытіе его глазъ были не такими примѣрными доказательствами, которыя могли бы быть замѣнены другими, а необходимыми формами доказательствъ, отсутствіе которыхъ препятствовало признанію рожденія и не вызывало связанныхъ съ нимъ юридическихъ послѣдствій. Напротивъ, римское и современныя намъ законодательства, признающія свободную теорію доказательствъ, допускаютъ доказательство рожденія всевозможными способами, и если упоминаютъ еще о какихъ-нибудь особыхъ признакахъ рожденія, какъ это дѣлаетъ, напр., прусскій Landrecht, то такое упоминаніе имѣетъ теперь только примѣрное значеніе и не исключаетъ другихъ способовъ доказательства [1]).

Въ случаяхъ смерти ребенка во время или вскорѣ послѣ родовъ и возбужденія спора объ его живомъ рожденіи рѣшающее значеніе приписываютъ теперь дыханію ребенка; о которомъ свидѣтельствуютъ присутствующія при родахъ лица, и медицинской экспертизѣ, располагающей въ настоящее время достаточными средствами (напр., пробой легкихъ) для того, чтобы рѣшить вопросъ, жилъ-ли ребенокъ, хотя бы, нѣсколько мгновеній послѣ своего рожденія, или родился мертвымъ. Въ первомъ случаѣ принимается наличность субъекта права, влекущая за собой возможность въ одно мгновеніе жизни цѣлаго ряда пріобрѣтеній; во второмъ — безразличное для права состояніе, оставляющее все въ прежнемъ положеніи [2]).

3. Въ виду важности факта рожденія съ точки зрѣнія какъ публичнаго, такъ и гражданскаго права, мы видимъ, что этотъ фактъ удостовѣряется съ давнихъ поръ возможно-безспорными актами, заключающими въ себѣ свѣдѣнія о времени рожденія, имени новорожденнаго, его полѣ, сословіи и другихъ обстоятельствахъ, относящихся къ личному

---

[1]) Stobbe, Handb., I, стр. 293—294. Gierke, Deutsch. Privr., I, стр. 358.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht, I, стр. 124. Kuhlenbeck, ibid., стр. 76. Capitant, ук. соч., стр. 93.

состоянію. Во Франціи и Германіи эти акты называются актами гражданскаго состоянія (les actes de l'état civil), у насъ—метриками. Органы, на которые возлагается веденіе этихъ актовъ, должны быть разсѣяны по всей странѣ, такъ какъ рожденія происходятъ повсемѣстно, и этими органами были сначала всюду лица духовнаго званія. Ихъ вездѣ было много, они имѣли свободный доступъ въ чужія семьи, и церковныя книги, въ которыя записывались, прежде всего, требы и лица, для которыхъ онѣ совершались, превращались постепенно въ оффиціальные списки правъ состоянія.

Такимъ образомъ, акты гражданскаго состоянія возникли изъ церковнаго источника и, несмотря на значительныя несовершенства формы, представляли и въ своемъ церковномъ образѣ большія преимущества сравнительно со свидѣтельскими показаніями и другими столь же ненадежными—особенно, въ дѣлахъ о правахъ состоянія—способами доказательствъ. Поэтому и государственная власть пользовалась въ своихъ податныхъ, военныхъ и другихъ цѣляхъ управленія услугами церкви въ этомъ дѣлѣ и не разъ вступалась въ него своими распоряженіями для устраненія злоупотребленій и улучшенія формы церковныхъ записей [1]). Но эти церковныя записи страдали не только формальными несовершенствами: онѣ заставляли людей, не исповѣдующихъ государственной религіи, обращаться за установленіемъ своего гражданскаго состоянія къ служителямъ церкви, которую они отрицали, и которая ихъ преслѣдовала. Это обязывало цѣлыя массы населенія, какъ напр., гугенотовъ во Франціи или католиковъ въ Англіи, подъ страхомъ остаться безъ всякихъ актовъ, удостовѣряющихъ ихъ гражданское состояніе, къ такимъ заявленіямъ и дѣйствіямъ, которыми попирались элементарныя требованія свободы совѣсти.

И постоянно развивавшееся сознаніе о независимости свѣтской власти отъ духовной и гражданскаго состоянія отъ тѣхъ или другихъ религіозныхъ убѣжденій — привело Францію въ эпоху ея первой революціи къ закону 20 сентября 1792 г., которымъ веденіе списковъ гражданскаго состоянія было отобрано у духовенства и передано въ руки агентовъ государственной власти. Обязанность вести эти списки и выдавать выписи изъ нихъ (extraits) всѣмъ тѣмъ, кто пожелаетъ ихъ имѣть,—это называется „публичностью“ актовъ гражданскаго состоянія—возложена этимъ закономъ на должностныхъ лицъ, именуемыхъ officiers de l'état civil и принадлежащихъ къ составу каждаго даннаго муниципалитета (меръ и его помощники). Завѣдуя списками гражданскаго состоянія, эти должностныя лица дѣлаются органомъ судебной администраціи и становятся въ такую же связь съ гражданскимъ судомъ, въ какой стоятъ съ нимъ, напр., нотаріусы. Въ списки обязательно заносятся не только всѣ рожденія, но и

[1]) Baudry-Lacantinerie, Prècis de droit civil, I, стр. 139.

всѣ смерти и браки, такъ что французскій законъ говоритъ только объ этихъ трехъ актахъ гражданскаго состоянія (рожденіе, смерть и бракъ), не называя этимъ именемъ другихъ актовъ, касающихся несомнѣнно того же гражданского состоянія, каковы, напр., усыновленіе, узаконеніе, разводъ и т. д. Это объясняется указаннымъ выше происхожденіемъ законодательства по настоящему вопросу изъ церковнаго источника, который имѣлъ дѣло только съ обрядами крещенія, брака и похоронъ, удостовѣрявшими въ то же время и юридическія состоянія рожденія, брака и смерти. Дѣло шло о секуляризаціи, т.-е. переводѣ изъ рукъ церкви въ руки государства, завѣдыванія именно этими юридическими состояніями, и поэтому французское законодательство ихъ только и называетъ актами гражданскаго состоянія [1]).

Преимущества новаго порядка регистраціи гражданскаго состоянія передъ старымъ несомнѣнны и многообразны. Новый порядокъ свободенъ отъ вѣроисповѣдныхъ неудобствъ прежняго порядка. Государство опирается на него при составленіи избирательныхъ списковъ, въ управленіи финансами, арміей, гражданской и уголовной юстиціей; всѣ эти отрасли управленія предполагаютъ точную и обставленную наибольшими гарантіями регистрацію гражданскаго состоянія, которая не можетъ быть дана ни одной церковью. И каждое отдѣльное лицо имѣетъ въ такой регистраціи необходимую гарантію своей самостоятельности и легчайшее доказательство своего личнаго состоянія. Наконецъ, и третьи лица находятъ въ ней обезпеченность своихъ дѣловыхъ сношеній, которыя были бы затруднены безъ точныхъ свѣдѣній о томъ, съ кѣмъ они вступаютъ въ эти сношенія: съ живымъ или мертвымъ, съ совершеннолѣтнимъ или несовершеннолѣтнимъ, съ лицомъ, состоящимъ въ бракѣ, или нѣтъ и т. д. Эти свѣдѣнія могутъ быть получены въ точномъ видѣ только изъ актовъ гражданскаго состоянія, и чѣмъ болѣе гарантій точности представляетъ ихъ составленіе, тѣмъ значительнѣе услуги, оказываемыя ими гражданскому обороту. Нѣтъ сомнѣнія, что этотъ послѣдній терпѣлъ бы ничѣмъ не вознаградимый ущербъ, если бы по всѣмъ вопросамъ гражданскаго состоянія приходилось довольствоваться подозрительными показаніями свидѣтелей, отрывочными воспоминаніями заинтересованныхъ лицъ, частными документами и вообще актами, внушающими къ себѣ мало довѣрія вслѣдствіе заинтересованности или религіозной нетерпимости завѣдующихъ ими лицъ. Всѣ эти неудобства значительно смягчаются государственной регистраціей актовъ гражданскаго состоянія, когда эта регистрація основана, какъ мы видимъ это во Франціи, на правильно организованной отвѣтственности передъ закономъ всѣхъ соучаствующихъ въ совершеніи этихъ актовъ лицъ, и на началахъ публичности и такъ наз. „аутентичности“, т.-е. предполагаемой самимъ закономъ подлинности этихъ актовъ. Это послѣднее обстоятель-

[1]) Beudant, Cours de droit civil, I, стр. 93. Planiol, ук. соч., стр. 169.

ство особенно важно, несмотря на то, что въ исключительныхъ случаяхъ и акты гражданскаго состоянія могутъ быть какъ замѣнены другими доказательствами, если, напр., они вовсе не существуютъ или погибаютъ, хотя бы, на пожарѣ, такъ и оспорены на основаніи, напр., невѣрности сдѣланнаго заявленія или его записи въ списки гражданскаго состоянія. Внѣ этихъ случаевъ, акты гражданскаго состоянія исключаютъ, по общему правилу, всѣ другія доказательства удостовѣряемыхъ ими событій и не могутъ быть оспорены,—въ отличіе отъ прочихъ, „неаутентичныхъ“ актовъ, допускающихъ оспариваніе путемъ всякаго доказательства противнаго,—иначе, какъ въ порядкѣ предъявленія спора о подлогѣ. Этотъ же порядокъ оспариванія слишкомъ дорогъ и сопряженъ съ большими опасностями для того, кто начинаетъ споръ о подлогѣ [1]). Вотъ что усиливаетъ авторитетность актовъ гражданскаго состоянія и позволяетъ говорить даже объ ихъ абсолютномъ дѣйствіи—въ томъ смыслѣ, что эти акты могутъ быть противополагаемы всѣмъ и каждому и идти въ этомъ отношеніи дальше и судебнаго рѣшенія, которое имѣетъ силу только для участвующихъ въ каждомъ данномъ дѣлѣ лицъ и ихъ юридическихъ преемниковъ [2]). Отсюда уже видно, какое рѣшительное и простое средство доказательства всего того, что связано съ личнымъ состояніемъ, представляютъ собой акты гражданскаго состоянія, регистрируемые государственной властью, и въ какой мѣрѣ они обезпечиваютъ интересы гражданскаго оборота.

Почти со всѣми указанными чертами учрежденіе регистраціи гражданскаго состоянія было перенесено во время наполеоновскихъ войнъ во многія германскія земли, но съ окончаніемъ этихъ войнъ и реакціей противъ всего французскаго отмѣнено почти вездѣ. Тѣмъ не менѣе, подъ вліяніемъ сознанія преимуществъ этой организаціи актовъ гражданскаго состоянія и въ связи съ возникшимъ въ 70-ыхъ гг. конфликтомъ между государствомъ и католической церковью (Kulturkampf), для всей Германіи былъ изданъ законъ 1875 г., по которому удостовѣреніе рожденій, браковъ и смертей должно совершаться исключительно назначенными государствомъ должностными лицами (Standesbeamten), ведущими установленныя для этого книги, или реестры (Standesregister). Съ этими реестрами и дѣлаемыми изъ нихъ выписями, какъ публичными актами, связывается „довѣріе къ публичной власти“ (fides publica), и они считаются безспорными, „пока не доказаны подлогъ, неправильная запись или неправильность показаній, послужившихъ основаніемъ для записи“ (§ 15). Исправленіе разъ сдѣланной записи возможно, какъ и во Франціи, только на основаніи судебнаго распоряженія (§ 65—66). Но государство не препятствуетъ и духовенству вести свои книги, которыя

[1]) Baudry-Lacantinerie, ibid., стр. 150—151.
[2]) Planiol, ibid., стр. 197.

не пользуются только „публичнымъ довѣріемъ“, присвоеннымъ исключительно актамъ гражданскаго состоянія по закону 1875 г.

Переходя теперь къ нашему законодательству, мы должны сказать, что организація актовъ гражданскаго состоянія у насъ имѣетъ въ виду не столько интересы личности, сколько интересы церкви и государства. Преобладаетъ точка зрѣнія обязанности надъ точкой зрѣнія права, удостовѣряется не гражданская правоспособность, а церковное событіе (ст. 1038 или 861 по изд. 1899 г. т. IX Св. зак.), и на первый планъ выдвигается начало вѣроисповѣдности. Въ своемъ настоящемъ видѣ—по крайней мѣрѣ, въ отношеніи къ главному способу удостовѣренія рожденія посредствомъ такъ наз. метрикъ, или метрическихъ свидѣтельствъ,—организація этого дѣла остается такой же, какой она была установлена еще Петровскимъ указомъ 1722 г., возлагавшимъ на приходское духовенство обязанность вести метрическія книги и отмѣчать въ нихъ событія рожденія, брака и смерти, въ связи съ соотвѣтственными церковными требами [1]). Этотъ порядокъ существовалъ, конечно, и до Петра, такъ какъ вся юрисдикція не только по семейнымъ, но и по наслѣдственнымъ дѣламъ принадлежала у насъ издавна церкви. Но свѣтская юрисдикція постепенно расширялась и подчиняла себѣ церковную, что̀ мы видимъ и въ указѣ 1722 г., впервые регламентировавшемъ у насъ акты гражданскаго состоянія. Эта регламентація касалась сначала только православныхъ приходовъ, но потомъ была распространена съ нѣкоторыми видоизмѣненіями и на другія вѣроисповѣданія.

Законодательный матеріалъ, относящійся къ настоящему вопросу и различный по разнымъ вѣроисповѣданіямъ, сосредоточенъ у насъ въ IX т. законовъ о состояніяхъ. Признается два вида актовъ состоянія: а) общія для всѣхъ состояній метрики, б) особенныя для нѣкоторыхъ состояній: 1) книги для дворянства—дворянскія родословныя, списки которыхъ хранятся въ департаментѣ герольдіи, 2) особыя книги для записи лицъ монашествующихъ и духовнаго званія, 3)—для городскихъ обывателей, городскія обывательскія (и бархатныя) книги, 4) еще особые акты, носящіе названіе ревизскихъ сказокъ, ведутся ради податныхъ цѣлей (ст. 1032 т. IX, ст. 858 по изд. 1899 г., гдѣ ревизскія сказки отнесены къ прошлому, а бархатныя книги для знатныхъ купеческихъ родовъ опущены). Ст. 123 т. X ч. I (замѣненная теперь правилами Уст. Гражд. Суд.) упоминаетъ еще о другихъ видахъ актовъ, коими доказывается рожденіе при отсутствіи метрическихъ книгъ: это—формулярные списки родителей, исповѣдныя росписки и прочіе указанные отчасти въ ст. 1032 (858) т. IX документы.

Начало сословности, лежащее въ основаніи различія всѣхъ указанныхъ актовъ, не имѣетъ для нихъ существеннаго значенія. Поэтому приведенная

[1]) Дювернуа, ук. соч., стр. 294—306.

уже ст. 1032 и говоритъ, что метрики суть акты о состоянiи общiе. Заключающiя ихъ метрическiя книги дѣлятся на 3 части: а) о рождающихся, б) бракосочетающихся, в) умершихъ, и представляются по истеченiи каждаго года въ подлежащiя консисторiи, которыя выдаютъ заинтересованнымъ лицамъ выписи изъ нихъ, или метрическiя свидѣтельства. Юридическая сторона этихъ метрикъ такова, что, если бы событiе рожденiя не было занесено въ метрическую книгу, заинтересованнымъ лицамъ дается возможность черезъ судъ и посредствомъ справокъ и опроса свидѣтелей возстановить тѣ моменты событiя рожденiя, которые въ свое время ускользнули почему-либо отъ записи. Слѣдовательно, событiе рожденiя всегда можетъ быть возстановлено пригодными для того способами, независимо и помимо ссылки на метрическiя записи (ст. 214, 215 т. X ч. I). Доказательство этого событiя, въ виду общихъ положенiй о тяжести доказательствъ, лежитъ на томъ, кто утверждаетъ фактъ рожденiя или основываетъ на немъ какое-нибудь право.

Наше законодательство такъ же, какъ прусское, вмѣстѣ съ новымъ нѣмецкимъ и швейцарскимъ уложенiями, не допускаетъ презумпцiи въ пользу рожденiя, какъ это дѣлаютъ, напр., саксонскiй, баварскiй, австрiйскiй и нѣкоторые швейцарскiе кодексы, предоставляющiе этой презумпцiей слишкомъ много преимуществъ одной сторонѣ на счетъ другой [1]). Относительно актовъ состоянiя у раскольниковъ, духовенство которыхъ не признается нашимъ правительствомъ, должно сказать, что веденiе для раскольниковъ этихъ актовъ, называемыхъ такъ же метриками, возложено съ 1874 г. на волостныя, уѣздныя, городскiя и мѣстныя управленiя, которыя ведутъ метрическiя записи браковъ, рожденiй, смертей и для баптистовъ. Наконецъ, слѣдуетъ упомянуть и о рядѣ случаевъ, гдѣ событiя рожденiя и смерти удостовѣряются или по вѣдомству, въ которомъ состоятъ родители (особыя метрическiя книги по военному вѣдомству, для ссыльныхъ и т. д., т. IX, ст. 923, 927, 928), или по мѣсту, гдѣ произошло событiе, требующее удостовѣренiя (на мореходныхъ судахъ, консульское удостовѣренiе за границей и т. д., т. IX, ст. 930; Уст. Торг. т. XI, ст. 2025). Въ нѣкоторыхъ изъ этихъ случаевъ, и, особенно, въ отношенiи къ раскольникамъ, мы имѣемъ и въ нашемъ законодательствѣ свѣтскую организацiю актовъ личнаго состоянiя, преимущества которой передъ сосредоточенiемъ этого дѣла въ рукахъ духовенства были уже указаны [2]).

4. Вслѣдъ за требованiемъ факта рожденiя для признанiя юридической личности, большинство европейскихъ законодательствъ говоритъ еще о томъ, чтобы рожденный имѣлъ человѣческiй образъ. Въ этомъ

[1]) Stobbe, Handb., I, стр. 272—293. Huber, Syst., I, стр. 100. § 33 новаго швейцарскаго уложенiя.

[2]) Подробности у Дювернуа, въ ук. м.

отношеніи новыя законодательства, какъ и римское, проводятъ противорѣчащее современному состоянію знаній различіе между понятіемъ абсолютнаго уродства, какъ состоянія, противнаго человѣческому виду и обычаю человѣческой природы, и понятіемъ уродства иного рода, представляющаго только уклоненіе, но не противорѣчіе обычному человѣческому виду (напр., 6 пальцевъ на рукѣ, нѣсколько ногъ, неразвитая голова и т. д.). За уродами второго рода правоспособность не отрицается ни въ римскомъ, ни въ современномъ правѣ; но абсолютные уроды, являющіеся, какъ бы, противорѣчіемъ человѣческой природѣ (prodigium, monstrum—у римлянъ, Missgeburt, Malen—у нѣмцевъ), не признаются за лицъ и остаются внѣ общихъ законовъ о правоспособности. Происхожденіе такихъ уродовъ приписывалось въ старое время сношеніямъ женщинъ съ недобрыми силами, и новыя законодательства, отказывающія имъ въ правоспособности, отражаютъ на себѣ черты такихъ старыхъ воззрѣній. Къ числу этихъ законодательствъ принадлежатъ какъ прусскій Landrecht и австрійское уложеніе, такъ и саксонскій кодексъ, составленный во второй половинѣ прошлаго столѣтія и, несмотря на это, заключающій въ себѣ слѣдующее постановленіе: „Отклоненіе отъ нормальнаго человѣческаго образа въ рожденномъ лишаетъ его правъ, которыя имѣютъ люди“ (§ 33).

Едва-ли нужно говорить, что современная медицина не допускаетъ рожденія отъ человѣка иного существа, кромѣ человѣка, и не можетъ не признать человѣческаго вида даже въ жестокомъ уродѣ. Сверхъ того, различіе между уродствомъ и уклоненіемъ отъ обычныхъ человѣческихъ формъ,—различіе, установленіе котораго поручается обыкновенно врачамъ,—слишкомъ непрочно и произвольно, для того, чтобы на немъ основывать отрицаніе или признаніе правоспособности. Въ нашемъ законодательствѣ имѣется по этому вопросу такое постановленіе: „Кто въ случаѣ, когда какой-либо женщиной будетъ рожденъ младенецъ чудовищнаго вида или даже не имѣющій человѣческаго образа, вмѣсто того, чтобы довести до свѣдѣнія подлежащаго начальства, лишитъ сего урода жизни, то за сіе по невѣжеству или суевѣрію посягательство на жизнь существа, рожденнаго отъ человѣка и слѣдовательно имѣющаго человѣческую душу, приговаривается къ ссылкѣ на житье въ Сибирь“ и т. д. (Улож. о нак. ст. 1496).

Приведенная статья, какъ это видно изъ ея содержанія и формы изложенія, платитъ дань господствующему въ законодательныхъ кодексахъ представленію объ уродствѣ и, не упоминая о правоспособности, защищаетъ уродовъ только отъ посягательства на ихъ жизнь, что дѣлаетъ, въ сущности, и прусскій Landrecht, отрицающій за ними въ то же время и всякую правоспособность. Французскій кодексъ, нѣмецкое и швейцарское уложенія, равно какъ и нашъ проектъ гражданскаго уложенія, не говорятъ болѣе ничего объ уродахъ и этимъ самымъ признаютъ и за ними юридическую личность.

5. Если правоспособность, какъ мы это видѣли, возникаетъ въ моментъ рожденія человѣка, то отсюда слѣдуетъ само собой, что до этого момента нѣтъ правоспособности, и что embryo, или зародышъ человѣческаго существа, находящійся въ утробѣ матери, не можетъ быть до своего рожденія признанъ субъектомъ права. Этому выводу не противорѣчитъ то, что большинство современныхъ законодательствъ, наравнѣ съ римскимъ, ограждаютъ зародышъ и до момента рожденія какъ въ его будущихъ правахъ состоянія, такъ и въ возможныхъ наслѣдственныхъ пріобрѣтеніяхъ. Правда, что такая защита зародышей, происходящая въ порядкѣ какъ уголовнаго, такъ и гражданскаго суда, и еще нѣкоторыя выраженія римскихъ юристовъ, какъ бы приравнивающія зачатыхъ къ рожденнымъ („nasciturus jam pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur“, l. 7 D. 5. 1), подаютъ поводъ нѣкоторымъ юристамъ, напр, Рудорфу, въ его примѣчаніяхъ къ пандектамъ Пухты (§ 114, b), считать эмбріонъ уже за настоящую юридическую личность. Но отсюда слѣдовало бы, какъ это замѣчено Виндшейдомъ, что зародышъ сначала пріобрѣтаетъ права, а потомъ теряетъ ихъ въ случаѣ своего мертваго рожденія. Для чего тогда признаніе юридической личности? [1]). Тѣмъ не менѣе, признаніе embryo юридической личностью встрѣчается еще во многихъ европейскихъ кодексахъ — между ними, и въ новомъ швейцарскомъ уложеніи, котораго § 32 говоритъ: „Ребенокъ правоспособенъ уже передъ своимъ рожденіемъ, если онъ родится живымъ“. Того же взгляда держатся собственно и тѣ юристы, которые стоятъ за фикцію юридической личности зародыша (Унгеръ) или юридическую личность въ процессѣ образованія, условленную живымъ рожденіемъ (Kuhlenbeck) [2]).

Но господствующее въ современной юриспруденціи мнѣніе справедливо возстаетъ противъ этого преувеличенія, указывая, что одна возможность рожденія не дѣлаетъ еще nasciturus'a, т.-е. того, кто только можетъ родиться, субъектомъ права. Не существуя во внѣ, онъ не имѣетъ и не можетъ пріобрѣтать никакихъ правъ, предполагающихъ внѣшнее существованіе своего субъекта: эти права только охраняются на случай живого рожденія, подобно тому, какъ охраняются и другія возникающія лишь въ будущемъ отношенія, напр., суспензивно-условныя сдѣлки. Такую защиту нельзя смѣшивать съ признаніемъ личности, такъ какъ разъ нѣтъ живого рожденія, нѣтъ и никакихъ пріобрѣтеній, и положеніе вещей принимаетъ такой видъ, какъ бы никакого зародыша никогда и не было. Слѣдовательно, и будущимъ рожденіемъ обусловливается здѣсь не возникновеніе личности, а только пріобрѣтеніе извѣстныхъ правъ на случай возникновенія личности [3]).

---

[1]) Windscheid-Kipp, стр. 232, прим. 3.
[2]) Unger, Syst., I, стр. 233. Kuhlenbeck, ук. соч., стр. 76—78.
[3]) Regelsberger, Pand., стр. 242.

Кромѣ приведенныхъ сейчасъ общихъ соображеній противъ юридической личности зародыша, ее нельзя допустить и въ интересахъ третьихъ лицъ. Признаніе юридической личности и точное установленіе момента, въ который эта личность начинается, важно не только для того, въ пользу кого дѣлается это признаніе, но и для всѣхъ тѣхъ лицъ, права которыхъ могутъ во многихъ отношеніяхъ зависѣть отъ того же признанія. Объективное право не можетъ не соображаться съ законнымъ интересомъ третьихъ лицъ имѣть твердый и вѣрный критерій, которымъ служитъ только видимый и распознаваемый для всѣхъ фактъ рожденія, а не неопредѣленное зачатіе, неизвѣстное ни въ своемъ началѣ, ни въ своей продолжительности.

Ни французскій кодексъ, ни нѣмецкое уложеніе не содержатъ въ себѣ нормы, которая приравнивала бы юридическое положеніе зародыша къ таковому же рожденнаго существа. Они ограничиваются указаніемъ отдѣльныхъ случаевъ охраненія не всѣхъ, а только извѣстныхъ правъ, которыя были бы пріобрѣтены зародышемъ, если бы онъ сталъ живымъ существомъ. Французскій кодексъ говоритъ объ его возможныхъ правахъ на наслѣдованіе по закону (art. 725) и на сдѣланные въ его пользу отказы и даренія (art. 906), а судебная практика допускаетъ „признаніе“ (reconnaissance) отцомъ незаконнаго ребенка и до его рожденія, т.-е. во время беременности матери. Нѣмецкое уложеніе въ своемъ § 1923 постановляетъ: „тотъ, кто еще не родился, но былъ зачатъ во время открытія наслѣдства, считается рожденнымъ до открытія этого наслѣдства“. Другія статьи этого уложенія (§§ 33, 2101, 2178, 2106) распространяютъ назначеніе наслѣдникомъ, установленіе отказовъ и договоры въ пользу третьихъ лицъ даже на незачатыя еще существа, а § 1912 даетъ зародышу, если въ этомъ оказывается надобность, и опекуна, которому не предоставлено, однако, ни управомочивать, ни обязывать своего подопекаемаго путемъ договоровъ, напр., купли-продажи.

Наше законодательство считалось также издавна съ защитой зародышей, и въ нашихъ источникахъ записанъ царскій указъ на испрашиваемое вдовою наслѣдство „на беремя“. Этотъ указъ легъ въ основаніе 1106 ст., X т., 1 ч., говорящей, между прочимъ, о дѣтяхъ, еще не родившихся, но зачатыхъ: „Отъ права наслѣдованія не устраняются... 2) дѣти, хотя бы они не были еще рождены, но токмо зачаты“. Только названіе embryo въ старину было болѣе подходящее: онъ не считался за лицо, такъ какъ существовалъ лишь въ возможности, и его попросту называли „беремя“ [1]).

---

[1]) Дювернуа, стр. 307—309.

Б) Смерть.

Какъ фактомъ рожденія опредѣляется начало правоспособности, такъ и фактомъ смерти указывается на ея конецъ. Оба эти факта одинаково просты, ничѣмъ юридически не обусловлены и не допускаютъ расчлененія. И какъ ничто, кромѣ рожденія, не можетъ служить началомъ юридической личности, такъ и ничто, кромѣ смерти, не можетъ вести къ ея уничтоженію. „Гражданской смерти", какъ мы это уже видѣли, теперь не существуетъ. Но физическая смерть, несомнѣнно, разрушаетъ юридическую личность, хотя нѣмецкіе юристы (напр., Пухта, Унгеръ и др.) предлагали не разъ считать наслѣдованіе продолженіемъ, по крайней мѣрѣ, имущественной личности умершаго. Право не знаетъ никакого безсмертія, и юридическая защита трупа, могилы или чести умершаго составляетъ не право этого послѣдняго, а право его живыхъ преемниковъ. Римскіе юристы предоставляли это право только наслѣдникамъ умершаго, но современныя законодательства распространяютъ его на все родство этого послѣдняго. Понятно, что и обязательства, совершаемыя отъ имени умершаго или въ его пользу, будутъ недѣйствительны въ самомъ своемъ основаніи. Напр., А долженъ В по векселю. По смерти В наслѣдникъ этого послѣдняго, желая отсрочить А платежъ по векселю, беретъ съ него новый вексель, который, простоты ради, пишется снова на имя умершаго В. Этотъ вексель въ рукахъ наслѣдниковъ В будетъ ничтоженъ.

Смерть, какъ всякій фактъ, имѣющій юридическое значеніе, должна быть доказана тѣмъ, кто на нее ссылается и основываетъ на ней какія-нибудь права. Она такъ же регистрируется, въ тѣхъ же спискахъ гражданскаго состоянія или метрическихъ книгахъ, и тѣмъ же кругомъ лицъ, какъ и фактъ рожденія. Эта регистрація значительно облегчаетъ доказательство смерти, не исключая, однако, другихъ способовъ доказательства, какъ, напр., свидѣтельскихъ показаній, когда смерть не была, или не могла быть зарегистрована. А такъ какъ во многихъ случаяхъ смерть не можетъ быть вовсе доказана, представляясь только весьма вѣроятной, то важность устранить неопредѣленность, происходящую отъ неизвѣстности смерти и ея момента, заставляетъ многія законодательства, а при ихъ молчаніи и юриспруденцію—предлагать въ руководство суда на эти случаи такъ назыв. презумпціи жизни и смерти, т.-е. принимать въ извѣстныхъ условіяхъ жизнь или смерть на основаніи одной легализованной вѣроятности.

Для пониманія этихъ презумпцій необходимо знать, что ими называютъ вообще правила распредѣленія доказательствъ между тяжущимися сторонами въ процессѣ, и что въ этомъ смыслѣ онѣ принадлежатъ процессуальному праву. Въ матеріальномъ правѣ эти презумпціи имѣютъ

значеніе, какъ заключенія, дѣлаемыя въ извѣстныхъ случаяхъ самимъ объективнымъ правомъ отъ данныхъ опредѣленныхъ событій къ другимъ такъ же опредѣленнымъ событіямъ, освобождаемымъ въ этихъ случаяхъ отъ необходимости быть доказанными. Первый рядъ событій играетъ роль фактическихъ посылокъ для второго, а этотъ второй рядъ событій выводится изъ перваго и тѣмъ самымъ освобождается отъ всякихъ доказательствъ. Но всѣ фактическія посылки служатъ сами предметомъ доказательства и могутъ быть въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оспорены. Поэтому и настоящія презумпціи не столько устраняютъ, сколько облегчаютъ доказательства, и въ этомъ смыслѣ проводится обыкновенно различіе между praesumptio juris tantum, т.-е. презумпціей, о которой у насъ идетъ рѣчь и которая допускаетъ доказательства противнаго, и praesumtio juris et de jure, исключающей такое доказательство. Въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ уже не презумпцію въ настоящемъ смыслѣ этого слова, а скорѣе фикцію, которая распространяетъ безъ всякихъ ограниченій правила, установленныя для одного состава фактовъ, на другой, приравниваемый, несмотря на всѣ свои различія, къ первому. Презумпціи жизни и смерти принадлежатъ къ презумпціямъ, допускающимъ доказательство противнаго, и, неизвѣстныя въ своемъ настоящемъ примѣненіи какъ римскому, такъ и средневѣковому германскому праву, онѣ устанавливаются впервые итальянской доктриной римскаго права въ среднія вѣка и послѣдующей практикой „общаго права“ въ Германіи. Вслѣдствіе своего утилитарнаго значенія онѣ различаются по различнымъ законодательствамъ и возникаютъ при слѣдующихъ вопросахъ, возбуждаемыхъ фактомъ смерти.

1. Послѣдовательность или пріоритетъ смерти двухъ или нѣсколькихъ лицъ, погибающихъ при общемъ несчастіи, можетъ представить значительный интересъ, когда съ этимъ пріоритетомъ связываются тѣ или другія юридическія послѣдствія, напр., законное наслѣдованіе одного изъ погибшихъ другому при различіи въ составѣ наслѣдниковъ того и другого. Доказать пріоритетъ смерти въ такихъ случаяхъ оказывается, по бо̀льшей части, невозможнымъ, и правило, по которому факты жизни и смерти должны быть доказаны тѣмъ, кто основываетъ на этихъ фактахъ какое-либо право, терпѣло здѣсь исключеніе и въ римскомъ правѣ. Но это исключеніе допускалось римскими юристами только тогда, когда въ общемъ несчастіи погибали вмѣстѣ восходящіе и нисходящіе родственники, которыхъ называли въ этомъ случаѣ commorientes. И въ этомъ единственномъ исключеніи изъ признаннаго общаго правила римскіе юристы принимали законную презумпцію такого содержанія: восходящіе считаются умершими ранѣе нисходящихъ, если эти послѣдніе совершеннолѣтни, и послѣ нисходящихъ, если они же несовершеннолѣтни (l. 9 § 1, 4; l. 22, 23 D. 34. 5). Нѣмецкое „общее право“ реципировало эту презумпцію, но единичныя попытки распространить ее на всѣхъ совер-

шеннолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ, независимо отъ родства между ними, остались безуспѣшными, тогда какъ во французскомъ кодексѣ та же римская презумпція получила значительное казуистическое распространеніе, соображенное съ возрастомъ и поломъ лицъ, умирающихъ при какой-либо общей имъ всѣмъ опасности (art. 720—722 Code civ.).

Теперь едва-ли возможно сомнѣніе въ несостоятельности какъ римской презумпціи, ограниченной отношеніями родства, такъ и, особенно, ея французскаго пересказа, выходящаго за предѣлы отношеній родства. Поэтому многія законодательства, какъ, напр., прусскій Landrecht и современныя намъ нѣмецкое (§ 20) и швейцарское (§ 33) уложенія не только отбрасываютъ указанныя презумпціи, какъ лишенныя внутренняго оправданія, и не только требуютъ всякій разъ доказательства пріоритета смерти отъ того, кто на него ссылается, но и ставятъ противоположную презумпцію объ одновременной смерти всѣхъ commorientes. И эту презумпцію нельзя не признать цѣлесообразной, такъ какъ трудно найти раціональное основаніе, по которому слѣдовало бы соображаться съ тѣмъ короткимъ промежуткомъ времени, который отдѣляетъ смерть одного изъ commorientes отъ смерти другихъ. Еще менѣе можно понять, почему одинъ изъ этихъ же commorientes долженъ быть предпочтенъ другимъ, тѣмъ болѣе, что и тотъ изъ нихъ, въ пользу кого устанавливается презумпція болѣе поздней смерти, не можетъ самъ воспользоваться выгодами этой презумпціи. Поэтому уже для спорныхъ случаевъ, когда нѣтъ возможности опредѣлить ни момента смерти, ни послѣдовательности двухъ или нѣсколькихъ смертей, слѣдуетъ принимать одновременность смерти: pariter mortui—simul mortui. Поэтому же и наслѣдственный договоръ, если онъ обусловленъ тѣмъ, кто изъ договаривающихся переживетъ другого, и сдѣлка о страхованіи жизни, заключаемая на пережитіе, такъ что страховая премія по ней можетъ быть получена лишь въ томъ случаѣ, если одно изъ договаривающихся лицъ умретъ ранѣе другого,—эти сдѣлки не дадутъ никакихъ юридическихъ послѣдствій, разъ участвующія въ нихъ лица умрутъ при одномъ и томъ же несчастіи безъ того, чтобы болѣе ранняя смерть кого-либо изъ нихъ могла быть удостовѣрена.

2. Вѣроятная продолжительность жизни, не имѣя значенія, какъ мы это видѣли, для вопросовъ о рожденіи и смерти, какъ предѣльныхъ пунктовъ правоспособности, получаетъ большую важность при установленіи правъ того или другого лица внутри этихъ предѣльныхъ моментовъ, когда дѣло идетъ, напр., о правахъ, пріобрѣтаемыхъ безъ вѣсти пропавшимъ лицомъ, или отъ него третьими лицами. Но и независимо отъ „безвѣстнаго отсутствія“, о которомъ мы будемъ говорить особо, такъ какъ имъ выдвигается на первый планъ другой вопросъ, а именно—вопросъ о неизвѣстности жизни или смерти и способахъ положить конецъ этой неизвѣстности,—вѣроятная продолжительность той или

другой жизни можетъ быть предметомъ значительнаго интереса и въ отношеніи къ присутствующимъ, т.-е. состоящимъ налицо людямъ, когда факты жизни или смерти не подвергаются никакому сомнѣнію, и права даннаго лица или его преемниковъ связываются не съ этими фактами, а только съ продолжительностью жизни или этого самаго, или третьяго лица, Убитъ, напр., отецъ-кормилецъ семьи: наслѣдники ищутъ вознагражденія, размѣръ котораго можетъ быть вычисленъ болѣе или менѣе точно лишь тогда, когда будетъ опредѣлена вѣроятная продолжительность жизни, которую убитый велъ бы въ томъ случаѣ, если бы онъ остался въ живыхъ. Или: завѣщана пожизненная рента, размѣръ которой приходится опредѣлять при общемъ счетѣ наслѣдства; опредѣленіе этого размѣра невозможно иначе, какъ вычисленіемъ вѣроятной продолжительности жизни того, кому завѣщана пожизненная рента. Или еще: надъ имуществомъ несостоятельнаго должника учрежденъ конкурсъ, и рѣшенію подлежитъ вопросъ о размѣрѣ будущихъ пріобрѣтеній этого должника; этотъ вопросъ тоже потребуетъ во многихъ случаяхъ счета продолжительности его жизни.

Обычный способъ разрѣшенія такого рода вопросовъ состоитъ въ индивидуальномъ медицинскомъ изслѣдованіи лица, о продолжительности жизни котораго идетъ дѣло, какъ это практикуется, напр., при договорахъ страхованія жизни. Но возможны случаи, когда требуется болѣе общій и объективный критерій: мы видимъ это, напр., при вознагражденіи семьи погибшаго во время эксплоатаціи желѣзной дороги или какого-нибудь иного предпріятія. Наиболѣе простымъ и удобнымъ для судебныхъ цѣлей методомъ разрѣшенія случаевъ послѣдняго рода является вычисленіе вѣроятной продолжительности жизни по возрасту даннаго лица. Римское право ставило съ этой цѣлью такую скàлу средней продолжительности жизни для отдѣльныхъ возрастовъ: въ возрастѣ до 20 лѣтъ вѣроятная продолжительность жизни принималась еще на 30 лѣтъ; въ возрастѣ отъ 20 до 25 лѣтъ—на 28 лѣтъ; отъ 25 до 30 лѣтъ—на 25 лѣтъ и т. д. (l. 68, pr. D. 35. 2). Эта таблица реципирована буквально въ нашемъ Сводѣ гражданскихъ узаконеній Остзейскихъ губерній (ст. 2315), что̀ едва-ли можетъ быть одобрено въ виду несомнѣннаго измѣненія въ наше время фактическихъ условій, послужившихъ основаніемъ для римской таблицы. Нѣкоторыя изъ новыхъ законодательствъ, какъ, напр., саксонское (§ 35), даютъ свои и такъ же болѣе или менѣе произвольныя скàлы вѣроятной продолжительности жизни по тому же признаку возраста. Но элементъ произвольнаго, лежащій какъ въ этихъ, такъ и въ другихъ числовыхъ измѣреніяхъ, принимаемыхъ въ правѣ, напр., при опредѣленіи зрѣлости по возрастамъ въ 14, 21, 25 лѣтъ, или при вычисленіи сроковъ давности въ 3, 10, 30 лѣтъ и т. д., искупается, по мнѣнію Дювернуа, извѣстной степенью приближенія къ истинѣ и, въ особенности, удоб-

ствами легкой распознаваемости и общности примѣненія [1]). Намъ казалось бы болѣе правильнымъ руководствоваться въ указанныхъ случаяхъ статистическимъ матеріаломъ о смертности, а при отсутствіи такового или отрицаніи его положительнымъ правомъ, довольствоваться индивидуальнымъ изслѣдованіемъ, результаты котораго были бы тѣмъ лучше, чѣмъ больше данныхъ принималось бы во вниманіе въ каждомъ случаѣ вычисленія вѣроятной продолжительности жизни. Наше законодательство не даетъ никакихъ постановленій какъ по настоящему вопросу, такъ и по вопросу о пріоритетѣ смерти.

3. „Безвѣстное отсутствіе“ [2]), приравниваемое въ извѣстныхъ условіяхъ къ смерти, есть важнѣйшій на практикѣ случай регулированія юридическихъ отношеній, связанныхъ съ неизвѣстностью смерти. Его необходимо отличать отъ простого „отсутствія“, которое въ разговорномъ языкѣ есть всякое отсутствіе на мѣстѣ, гдѣ требуется присутствіе даннаго лица, напр., отсутствіе студента на лекціи, депутата на засѣданіи законодательныхъ палатъ и т. д. То же слѣдуетъ сказать о простомъ отсутствіи и на юридическомъ языкѣ, который называетъ имъ отсутствіе даннаго лица только изъ его постояннаго мѣстожительства. Безвѣстное отсутствіе квалифицируетъ простое отсутствіе особымъ признакомъ, а именно—признакомъ „безвѣстности“, который указываетъ на болѣе или менѣе продолжительное неполученіе свѣдѣній объ отсутствующемъ и другія обстоятельства, подвергающія сомнѣнію его существованіе. Поэтому „безвѣстно-отсутствующій“ будетъ тотъ, кто отсутствуетъ изъ своего мѣстожительства, и ни самъ не даетъ о себѣ вѣстей, и никто другой не дѣлаетъ того же въ теченіе извѣстнаго промежутка времени или въ условіяхъ, дѣлающихъ продолженіе жизни сомнительнымъ.

Такимъ образомъ, „безвѣстное отсутствіе“ есть состояніе неизвѣстности о жизни или смерти даннаго лица, вызываемое тѣмъ, что это лицо перестаетъ появляться въ своемъ мѣстѣ жительства, и никто въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени не сообщаетъ о немъ какихъ бы то ни было свѣдѣній. Такъ квалифицированное отсутствіе можетъ связываться еще съ событіями, подвергающими жизнь отсутствующаго несомнѣнной опасности, напр., участіемъ въ войнѣ, плаваніемъ на погибшемъ кораблѣ, присутствіемъ въ сгорѣвшемъ съ человѣческими жертвами театрѣ и т. д. При подобныхъ событіяхъ, какъ и безъ связи съ ними, если безвѣстное отсутствіе продолжается слишкомъ долго или переходитъ за предѣльный для человѣческой жизни возрастъ, предположеніе о вѣроятной смерти отсутствующаго напрашивается само собою. Но вѣроятность смерти не замѣняетъ въ правѣ ея доказательства, которое требуется, какъ мы это уже

---

[1]) Дювернуа, тамъ же, стр. 213—214.

[2]) Классическимъ сочиненіемъ по этому вопросу считается статья Брунса: Die Verschollenheit, въ его Kleine Schriften, I, стр. 48 и слѣд.

знаемъ, отъ всякаго, кто ссылается на чью-либо смерть, основывая на ней тѣ или другія права. Въ виду же того, что доказательство смерти исключается самымъ понятіемъ безвѣстнаго отсутствія, и что соотвѣтствующее этому понятію состояніе неизвѣстности и неопредѣленности всѣхъ связанныхъ съ имуществомъ и семействомъ отсутствующаго отношеній не можетъ быть терпимо въ продолженіи неограниченнаго времени ни въ одномъ хорошо устроенномъ обществѣ,—мы видимъ въ правѣ европейскихъ народовъ рядъ попытокъ поставить на мѣсто невозможнаго при безвѣстномъ отсутствіи доказательства смерти юридическія презумпціи о вѣроятной смерти безвѣстно-отсутствующаго. Въ связь съ этими презумпціями ставятся и презумпціи о жизни безвѣстно-отсутствующаго или до объявленія его умершимъ, или прежде достиженія имъ извѣстнаго предѣльнаго для жизни возраста. Въ основаніи тѣхъ и другихъ презумпцій лежитъ естественное представленіе о продолженіи жизни до тѣхъ поръ, пока, при отсутствіи всякихъ свѣдѣній о пропавшемъ безъ вѣсти, не наступаетъ моментъ, въ который можно предположить его смерть.

На такихъ юридическихъ презумпціяхъ и были установлены еще въ средніе вѣка и переданы въ болѣе или менѣе измѣненномъ видѣ и новымъ законодательствамъ институты „объявленія безвѣстнаго отсутствія“ и „объявленія безвѣстно-отсутствующаго умершимъ“ (Verschollenheitserklärung и Todeserklärung), — институты, представлявшіе и представляющіе собой до сихъ поръ не что иное, какъ формы облегченія доказательства смерти. Но тогда какъ нѣкоторыя изъ новыхъ законодательствъ допускаютъ совмѣстное существованіе обоихъ названныхъ институтовъ,—связывая съ „объявленіемъ безвѣстнаго отсутствія“ предваренное, но обусловленное извѣстнымъ обезпеченіемъ вступленіе наслѣдниковъ безвѣстно-отсутствующаго во владѣніе его имуществомъ, а съ „объявленіемъ смерти“—окончательное владѣніе тѣхъ же наслѣдниковъ этимъ имуществомъ, не требующее уже никакого обезпеченія,—большинство дѣйствующихъ законодательствъ ограничивается признаніемъ либо одного, либо другого института. Пріурочивая изложеніе обоихъ институтовъ къ состоянію ихъ въ важнѣйшихъ изъ современныхъ намъ законодательствъ, мы можемъ раздѣлить эти послѣднія на нѣсколько группъ.

а) Нѣмецкое „общее право“, или современное римское право, совмѣстно со многими основанными на немъ партикулярными законодательствами Германіи, исходятъ въ своихъ опредѣленіяхъ о безвѣстномъ отсутствіи, какъ будто, изъ началъ чисто римскаго права, но въ дѣйствительности подвергаютъ эти послѣднія крупнымъ измѣненіямъ, объясняемымъ слѣдующимъ обстоятельствомъ. Римское право не знало собственно института безвѣстнаго отсутствія и не примѣняло къ соотвѣтствующему ему состоянію законныхъ презумпцій, ограниченныхъ опредѣленными условіями и сроками. Оно довольствовалось установленіемъ, по распоряженію судебной власти, опеки надъ имуществомъ безвѣстно-отсутствую-

щаго, которая называлась cura bonorum absentis и завѣдывала дѣлами безвѣстно-отсутствующаго. Всѣ юридическія отношенія этого послѣдняго оставлялись нерѣшенными, in pendente—до тѣхъ поръ, пока или онъ самъ личной явкой не прерывалъ своего отсутствія, или судъ, по заявленію заинтересованныхъ въ окончательномъ регулированіи его имущества и другихъ юридическихъ отношеній, не постановлялъ рѣшенія объ его смерти. Не давая опредѣленныхъ указаній и не ставя твердыхъ правилъ, римское право передавало разрѣшеніе всѣхъ возникавшихъ при безвѣстномъ отсутствіи затрудненій усмотрѣнію судьи.

Такое положеніе дѣла, при громадныхъ размѣрахъ римской имперіи и ея несовершенныхъ путяхъ сообщенія, необходимо дѣлавшихъ безвѣстное отсутствіе заурядным явленіемъ, вызываетъ невольное удивленіе и допускаетъ, даже при соображеніи столь обычныхъ въ римскомъ правѣ рѣшеній по аналогіи, лишь слѣдующее объясненіе. Скудость въ римскомъ правѣ, даже императорской эпохи, юридическихъ опредѣленій о безвѣстномъ отсутствіи была бы непонятна, если бы она не стояла въ тѣсной связи съ основнымъ принципомъ римской или такъ наз. свободной теоріи доказательствъ. Въ силу этого принципа судья могъ считать доказаннымъ то, что при соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла вызывало у него нравственное убѣжденіе въ доказанности подлежащихъ доказательству фактовъ и обращало этимъ самымъ усиленную возможность и вѣроятность въ доказательство. Отсюда уже можно заключить, что въ случаяхъ безвѣстнаго отсутствія и римскій судья могъ руководствоваться не такъ назыв. „строгими юридическими доказательствами“, а тѣми же презумпціями, которыя слѣдуетъ называть только фактическими. Это были не закономъ установленныя презумпціи, юридически ограниченныя цифрами возраста и различными сроками, а такія презумпціи, которыя составлялись самимъ судьей и сообразовались не исключительно съ возрастомъ отсутствующаго или продолжительностью его отсутствія, какъ это предписывается современными законодательствами, а съ совокупностью всѣхъ обстоятельствъ, сопровождающихъ каждый конкретный случай безвѣстнаго отсутствія. Это объясняетъ,—по крайней мѣрѣ, отчасти,—почему ни римское законодательство, ни римскіе юристы не имѣли надобности, при обсужденіи безвѣстнаго отсутствія, ни въ законныхъ презумпціяхъ, ни въ разрѣшеніи той контроверзы, которая долго занимала европейскую юриспруденцію и касалась разграниченія вопросовъ о смерти безвѣстно-отсутствующаго и времени этой смерти: о такомъ разграниченіи въ римскомъ правѣ не могло быть и рѣчи, такъ какъ римскій судья разрѣшалъ всегда оба вопроса вмѣстѣ, согласно конкретной вѣроятности той или другой комбинаціи всѣхъ представленныхъ на его разсмотрѣніе условій даннаго случая.

Такая постановка вопроса о безвѣстномъ отсутствіи не могла быть принята въ средневѣковой Европѣ по двумъ причинамъ. Первая, внѣшняя причина лежала въ недостаткѣ безопасности, постоянствѣ войнъ, раз-

боевъ, пиратства и другихъ насилій средневѣковой жизни, которыя, въ связи съ бѣдственнымъ положеніемъ путей сообщенія, дѣлали безвѣстное отсутствіе еще чаще повторявшимся и еще болѣе общимъ явленіемъ, чѣмъ оно было въ Римѣ: тѣмъ живѣе должна была чувствоваться и потребность въ его болѣе строгой регламентаціи. Другую, внутреннюю и важнѣйшую причину несоотвѣтствія римской постановки безвѣстнаго отсутствія съ условіями средневѣковой Европы—составляла противоположность германской формальной теоріи доказательствъ римскому принципу свободной оцѣнки ихъ судьей. Въ силу послѣдствій этой формальной теоріи доказательствъ, связывавшей свободу судьи законными правилами о силѣ каждаго свидѣтельскаго показанія, формѣ представленія этого показанія, качествахъ каждаго изъ принимаемыхъ за доказательство документовъ, опредѣленныхъ свойствахъ допускаемыхъ, въ видѣ такихъ же доказательствъ, слуховъ и т. д.,—рѣшеніе вопросовъ, относившихся къ безвѣстному отсутствію, было чрезвычайно затруднено и не могло быть достигнуто иначе, какъ при помощи не указанныхъ въ римскомъ правѣ твердыхъ правилъ и законныхъ презумпцій.

Главную роль среди этихъ законныхъ презумпцій сыграла презумпція о 100-лѣтней продолжительности человѣческой жизни, принятая сначала глоссой, на основаніи одного мѣста въ римскихъ источникахъ (l. 56 D. 7. 1), независимо отъ ученія о безвѣстномъ отсутствіи, и быстро облетѣвшая затѣмъ не только Италію и Германію, но и всю остальную Европу. Примѣненіе этой презумпціи къ безвѣстному отсутствію то же не замедлило обнаружиться и было выполнено въ связи съ презумпціей о смерти отсутствующаго,—смерти, которая предполагалась въ моментъ достиженія имъ того же 100-лѣтняго возраста, сокращеннаго судебной практикой XVII в. до 70 лѣтъ, на основаніи псалма 90-го, стиха 10, гдѣ этотъ именно возрастъ принимался за обыденно-предѣльный для жизни человѣка. Со времени рецепціи римскаго права это ученіе слилось съ древне-германскимъ представленіемъ о безвѣстномъ отсутствіи, въ силу котораго имущество безвѣстно-отсутствующаго передавалось сначала на храненіе или во временное владѣніе его наслѣдниковъ, вносившихъ при этомъ извѣстное обезпеченіе и обязанныхъ вернуть это имущество безвѣстно отсутствовавшему, разъ онъ возвращался на свое постоянное мѣстожительство. Иначе, т.-е. при продолженіи безвѣстнаго отсутствія, временное владѣніе наслѣдниковъ превращалось въ постоянное, т.-е. происходило пріобрѣтеніе наслѣдства—безъ того, чтобы для этого существовали какіе бы то ни было сроки или твердо установленныя правила. Доктрина „общаго права“ удержала это вступленіе наслѣдниковъ во владѣніе имуществомъ безвѣстно-отсутствующаго и, въ связи съ римскими положеніями о cura absentis, создала особаго рода опеку, которая продолжалась до достиженія имъ предѣльнаго для жизни возраста. По ту сторону этого момента дѣйствовала презумпція о жизни безвѣстно-отсутствующаго, которая осиливалась по достиженіи имъ

предѣльнаго возраста презумпціей смерти, но не иначе, какъ на основаніи постановляемаго объ этомъ судебнаго рѣшенія.

Спорнымъ оставался вопросъ о моментѣ вступленія въ наслѣдство имуществомъ безвѣстно-отсутствующаго. Этимъ моментомъ можно было считать вступленіе въ силу судебнаго рѣшенія о смерти безвѣстно-отсутствующаго: наслѣдованіе называлось тогда successio ex nunc, и такое дѣйствіе судебнаго рѣшенія—конститутивнымъ. Или этотъ же моментъ можно было относить ко времени наступленія для безвѣстно-отсутствующаго предѣльнаго возраста, и тогда наслѣдованіе называлось successio ex tunc, и дѣйствіе судебнаго рѣшенія—декларативнымъ. Въ теоріи „общаго права", оперировавшей предѣльнымъ возрастомъ, перевѣсъ получилъ послѣдній взглядъ, и наслѣдованіе въ имуществѣ безвѣстно-отсутствующаго возводилось къ моменту достиженія имъ 70-тилѣтняго возраста или начала владѣнія его наслѣдниковъ. Если безвѣстно-отсутствовавшій возвращался послѣ этого времени, или презумпція объ его смерти опровергалась иными способами, то онъ возстановлялся въ своихъ правахъ съ большими ограниченіями, и ему оставляли иногда право на одни алименты, или содержаніе изъ средствъ его наслѣдниковъ [1]). Иначе стояло дѣло съ послѣдствіями безвѣстнаго отсутствія въ отношеніяхъ семейнаго права. На первомъ мѣстѣ здѣсь бракъ, заключаемый супругомъ безвѣстно-отсутствующаго: этотъ бракъ по логикѣ права нельзя было считать сохраняющимъ свою силу въ случаѣ возвращенія безвѣстно-пропавшаго супруга, такъ какъ въ безвѣстномъ отсутствіи всѣ видѣли презумпцію, допускавшую оспариваніе и возможность противорѣчія дѣйствительности, а не фактъ смерти. И по многимъ европейскимъ законодательствамъ, въ основаніи которыхъ лежитъ германское „общее право", старый бракъ признается продолжающимся, несмотря на безвѣстное отсутствіе одного изъ супруговъ, а если нѣкоторые кодексы, какъ, напр., саксонскій, допускаютъ вступленіе въ новый бракъ остающагося супруга, то этотъ бракъ считается все-таки временнымъ, условнымъ. Старый бракъ не расторгается, и если отсутствующій супругъ возвращается, то вступаетъ въ силу первый бракъ, а второй, провизорный—теряетъ значеніе. Правда, это правило смягчается иногда тѣмъ, что возвращаемуся супругу вмѣняется въ обязанность объявить о своемъ желаніи продолжать прежній бракъ въ короткій срокъ (6 мѣсяцевъ въ саксонскомъ кодексѣ), по истеченіи котораго, разъ не сдѣлано надлежащаго заявленія, второй бракъ обращается въ постоянный. Но едва-ли и это ограниченіе ослабляетъ несоотвѣтствіе приводимаго правила съ существомъ брачныхъ отношеній.

Сказанное слѣдуетъ дополнить еще двумя положеніями, которыя имѣютъ тѣмъ больше значенія, что дѣйствіе ихъ не ограничивается

---

[1]) Gierke, Deutsch. Privatr., I, стр. 367. Stobbe, Handb., I, стр. 305 и слѣд. Bruns, ук. соч., стр. 141 и слѣд.

практикой „общаго права“ и примыкающихъ къ ней законодательствъ, а распространяется, съ несущественными измѣненіями въ деталяхъ, и на большинство современныхъ кодексовъ. Первое положеніе можно формулировать такъ: ни состояніе безвѣстнаго отсутствія, ни состояніе, возникающее послѣ объявленія отсутствующаго умершимъ, не наступаетъ ipso jure, т.-е. въ силу одной наличности этихъ состояній, а наступаетъ ope declarationis, т.-е. въ силу признанія судебнымъ рѣшеніемъ безвѣстнаго отсутствія или смерти. Второе положеніе касается условій этого судебнаго рѣшенія, имѣющихъ основное значеніе для всего института безвѣстнаго отсутствія. Эти условія, то повторяющіяся, то видоизмѣняющіяся и въ другихъ группахъ европейскихъ законодательствъ, таковы: 1) наступленіе отсутствія, квалифицируемаго неизвѣстностью мѣста жительства, неполученіемъ свѣдѣній объ отсутствующемъ въ теченіе времени, опредѣляемаго усмотрѣніемъ судьи, или достиженіемъ отсутствующимъ указаннаго закономъ предѣльнаго возраста; 2) просьба объ объявленіи безвѣстнаго отсутствія со стороны заинтересованныхъ лицъ: супруга, предполагаемыхъ наслѣдниковъ, опекуновъ и, по нѣкоторымъ законодательствамъ, фиска или прокурорскаго надзора—въ условіяхъ подсудности безвѣстно-отсутствующаго по его послѣднему мѣстожительству; 3) установившійся съ XVIII в. эдиктальный вызовъ, т.-е. судебныя публикаціи объ имени, званіи, примѣтахъ, времени удаленія отсутствующаго изъ данной мѣстности и т. д., съ вызовомъ при этомъ отсутствующаго къ явкѣ и приглашеніемъ всѣхъ третьихъ лицъ дать имѣющіяся у нихъ свѣдѣнія объ отсутствующемъ.

б) Другая группа законодательствъ,—въ разрядъ которыхъ входятъ прусское, баварское, австрійское и пр.,—отличается отъ предшествующей группы въ отношеніи регулированія безвѣстнаго отсутствія тѣмъ, что законнымъ основаніемъ вѣроятной смерти эти законодательства считаютъ не возрастъ отсутствующаго, а одну продолжительность безвѣстнаго отсутствія. Поэтому признаніе отсутствующаго умершимъ въ формѣ судебнаго рѣшенія, которому также предшествуетъ эдиктальный вызовъ, происходитъ здѣсь не по соображенію съ возрастомъ, а лишь по истеченіи закономъ установленныхъ сроковъ для продолжительности безвѣстнаго отсутствія. Сначала такимъ срокомъ была 30-тилѣтняя давность, принятая въ Германіи такъ наз. шлезвигской практикой, которая противополагалась въ этомъ отношеніи практикѣ саксонской, оперировавшей возрастомъ отсутствующаго. Позднѣйшія законодательства сократили этотъ срокъ, и, напр., прусскій Landrecht признаетъ 10 лѣтъ отсутствія безъ вѣсти за достаточный срокъ для наступленія послѣдствій безвѣстнаго отсутствія. Однако, при вычисленіи этого срока принимается въ разсчетъ и возрастъ отсутствующаго въ томъ смыслѣ, что, если передъ началомъ или послѣ начала пропажи безвѣстно-отсутствующій достигъ или долженъ былъ достигнуть извѣстнаго возраста, то 10-лѣтній срокъ сокращается на по-

ловину, и, напр., при 65-лѣтнемъ возрастѣ судебное признаніе умершимъ совершается уже не черезъ десять, а черезъ пять лѣтъ безвѣстнаго отсутствія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда сверхъ отрицательныхъ указаній, сводящихся къ неимѣнію свѣдѣній, существуютъ еще какія-нибудь положительныя данныя, усиливающія вѣроятность смерти, напр., нахожденіе на войнѣ, на морѣ и т. д.,—берутся еще болѣе короткіе сроки. Судебному рѣшенію о признаніи безвѣстно-отсутствующаго умершимъ придается здѣсь „конститутивное“ значеніе, и день вступленія этого рѣшенія въ силу считается вмѣстѣ съ тѣмъ и днемъ смерти безвѣстно-отсутствующаго. Особаго отъ судебнаго признанія отсутствующаго умершимъ объявленія объ его безвѣстномъ отсутствіи законодательства настоящей группы не знаютъ, хотя принимаютъ, въ общемъ, тѣ же мѣры охраненія имущества и опредѣляютъ послѣдствія безвѣстнаго отсутствія тѣми же нормами, что̀ и законодательства, прямо примыкающія къ „общему праву“ Германіи.

в) Французскій code civil и основанныя на немъ законодательства близко сходятся въ своихъ опредѣленіяхъ о безвѣстномъ отсутствіи съ законодательствами второй группы, опирающимися на шлезвигскую практику. Сходство это, состоящее въ одномъ и томъ же методѣ опредѣленія безвѣстнаго отсутствія по его продолжительности, а не по возрасту отсутствующаго, такъ значительно, что Бруннеръ [1]) предполагаетъ у той и другой группы законодательствъ общій источникъ: древнее франкское право. Тѣмъ не менѣе, французская группа выдѣляется изъ шлезвигской тѣмъ, что она, во-1-хъ, не знаетъ судебнаго признанія отсутствующаго умершимъ, а имѣетъ дѣло съ однимъ судебнымъ объявленіемъ безвѣстнаго отсутствія; во-2-хъ, она не знаетъ и эдиктальнаго вызова, замѣняемаго формами состязательнаго процесса, въ которомъ участвуютъ заинтересованныя стороны и прокурорскій надзоръ, представляющій интересы отсутствующаго; и, въ-3-хъ, она оперируетъ еще болѣе короткими сроками, текущими отъ 4 до 10 лѣтъ и стоящими въ зависимости отъ бо̀льшей или меньшей вѣроятности смерти отсутствующаго. Юридическія послѣдствія безвѣстнаго отсутствія по имуществу измѣняются также въ зависимости отъ бо̀льшей или меньшей вѣроятности смерти отсутствующаго, и, согласно этому принципу, французскій кодексъ различаетъ въ состояніи оставленнаго отсутствующимъ имущества приблизительно тѣ же стадіи, которыя были установлены еще практикой „общаго права“ Германіи.

Въ первой стадіи, именуемой absence présumée, отсутствующій почитается скорѣе живущимъ, чѣмъ умершимъ, и предписываемыя судебной властью мѣры имѣютъ главной цѣлью охранить имущество отсутствующаго. Во второй стадіи, называемой absence déclarée, предположеніе

[1]) Verhandlungen des 21 deutschen Juristentags, 1890, вып. 3, стр. 173—8.

о жизни отсутствующаго перестаетъ преобладать надъ предположеніемъ объ его смерти, и судъ, по просьбѣ заитересованныхъ, дѣлаетъ постановленіе о наступленіи безвѣстнаго отсутствія въ силу истеченія со времени его начала отъ 4-хъ до 10-лѣтняго срока, смотря по тому, оставилъ-ли отсутствующій послѣ себя повѣреннаго по своимъ дѣламъ. Съ момента этого судебнаго объявленія о безвѣстномъ отсутствіи и начинается состояніе второй стадіи, въ теченіе которой тѣ же заинтересованныя въ имущественныхъ отношеніяхъ отсутствующаго лица могутъ ввести себя и во временное владѣніе его имуществомъ. Въ третьей стадіи, наступающей по прошествіи 30-и лѣтъ со времени вступленія заинтересованныхъ во временное владѣніе имуществомъ отсутствующаго или по достиженіи этимъ послѣднимъ, если бы онъ жилъ все это время, 100-лѣтняго возраста, предположеніе о его смерти получаетъ рѣшительный перевѣсъ надъ предположеніемъ о жизни, и временное владѣніе заинтересованныхъ переходитъ въ окончательное. Презумпція о смерти отсутствующаго, въ отношеніи къ юридическимъ послѣдствіямъ этой презумпціи, возводится ко дню исчезновенія отсутствующаго или полученія отъ него послѣднихъ вѣстей, и судебному рѣшенію о безвѣстномъ отсутствіи приписывается, слѣдов., декларативное, а не конститутивное значеніе.

Неудобства слишкомъ продолжительной и сложной процедуры объявленія безвѣстнаго отсутствія смягчаются нѣкоторыми особыми постановленіями французскаго законодательства о порядкѣ удостовѣренія смерти, и эти постановленія значительно уменьшаютъ число случаевъ безвѣстнаго отсутствія въ этой странѣ. Декретъ 1813 г. и законъ 1893 г. разрѣшаютъ судамъ въ случаяхъ, не оставляющихъ сомнѣнія въ смертельномъ исходѣ катастрофъ въ копяхъ, на рудникахъ и на морѣ, постановлять декларативныя рѣшенія о смерти, которыя заносятся непосредственно въ списки гражданскаго состоянія—безъ того чтобы въ этихъ случаяхъ приходилось обращаться къ сложному порядку объявленія безвѣстнаго отсутствія [1]).

г) Новое гражданское уложеніе Германіи исходитъ изъ убѣжденія, что предшествующія ему законодательства, стремясь отодвинуть какъ можно далѣе моментъ признанія отсутствующаго умершимъ и протянуть до крайняго предѣла временное состояніе оставленныхъ имъ юридическихъ отношеній, не стоятъ на высотѣ современныхъ требованій гражданскаго оборота. Чрезмѣрная продолжительность этого временнаго состоянія не примиряетъ, какъ это обыкновенно думаютъ, интересы отсутствующаго съ интересами его наслѣдниковъ и гражданскаго оборота, а только вредитъ управленію имуществомъ, стѣсняетъ распоряженіе имъ и содѣйствуетъ его обезцѣненію. Совершенство современныхъ путей сообщенія, облегчающее передачу свѣдѣній изъ самыхъ отдаленныхъ пунктовъ

[1]) Planiol, ук. соч., стр. 184—186, 219—226.

земного шара, и подвижность современнаго гражданскаго оборота, незнакомая прежнему времени, требуютъ болѣе быстраго разрѣшенія и приведенія къ окончательному виду всѣхъ отношеній по безвѣстному отсутствію, и, притомъ, въ болѣе короткіе сроки, чѣмъ тѣ, которые установлены „общимъ правомъ", французскимъ, цюрихскимъ и другими новыми законодательствами. Неудивительно, поэтому, что нѣмецкое уложеніе слѣдуетъ въ вопросѣ о безвѣстномъ отсутствіи болѣе всего за второй группой изъ приведенныхъ выше законодательствъ и, усваивая себѣ преимущественно положенія прусскаго права, вводитъ въ нихъ нѣкоторыя дополненія и измѣненія. Сходясь съ прусскимъ законодательствомъ, прежде всего, въ опредѣленіи безвѣстнаго отсутствія по одной его 10-лѣтней продолжительности, которая въ отдѣльныхъ случаяхъ значительно укорачивается, и затѣмъ, сходясь съ нимъ же и въ допущеніи одного лишь судебнаго рѣшенія о признаніи отсутствующаго умершимъ (§ 14—17), нѣмецкое уложеніе 1900 г., даетъ еще слѣдующія особенно важныя постановленія.

Во-1-хъ, сверхъ допущенныхъ ранѣе видовъ безвѣстнаго отсутствія, представляющихъ собою столько же законныхъ основаній для признанія вѣроятной смерти (безвѣстное отсутствіе по его продолжительности, по нахожденію на войнѣ, по плаванію на морѣ; безвѣстное отсутствіе по возрасту исключено), принимается еще новый видъ безвѣстнаго отсутствія—по несчастной случайности (Unfallverschollenheit, § 17). Несчастія на войнѣ и на морѣ составляютъ только частныя и спеціально регулированныя примѣненія общаго понятія несчастной случайности. Пренебреженіе этимъ общимъ понятіемъ въ донынѣшнемъ ученіи объ облегченіи доказательства смерти вело къ тому, что при всѣхъ остальныхъ, кромѣ военныхъ и морскихъ, несчастіяхъ, напр., въ горахъ, на желѣзныхъ дорогахъ, въ театрѣ и т. д.,—даже тогда, когда эти несчастія были массовыя,—къ нимъ примѣнялись не сокращенные сроки безвѣстнаго отсутствія, принятые только для предположенныхъ на войнѣ и на морѣ несчастій, а общія и вовсе не соображенныя съ условіями всѣхъ несчастныхъ случаевъ нормы о безвѣстномъ отсутствіи. Извѣстный пожаръ театра Рингъ въ Вѣнѣ обратилъ особое вниманіе на неудобства такого положенія вещей и вызвалъ какъ новый австрійскій законъ о безвѣстномъ отсутствіи 1883 г., такъ и соотвѣтственное постановленіе нѣмецкаго уложенія, сократившее до трехъ лѣтъ срокъ судебнаго признанія умершими всѣхъ, кто присутствовалъ на мѣстѣ какого бы то ни было общаго несчастія и послѣ того безвѣстно пропалъ.

Во-2-хъ, въ согласіи съ практикой „общаго права" и въ противоположность прусскому и многимъ другимъ законодательствамъ, равно какъ и первому своему проекту, гдѣ дѣйствіе судебнаго признанія отсутствующаго умершимъ опредѣляется конститутивно, т.-е. съ пріуроченіемъ ко времени объявленія этого рѣшенія, такъ что отсутствующій предпо-

лагается умершимъ въ моментъ признанія его таковымъ судебнымъ рѣшеніемъ,—новое германское уложеніе опредѣляетъ послѣдствія этого рѣшенія декларативно, т.-е. возводитъ ихъ къ тому моменту, который устанавливается рѣшеніемъ суда, какъ предполагаемый моментъ смерти отсутствующаго (§ 18, 19). Если такое опредѣленіе дѣйствія судебнаго рѣшенія о признаніи отсутствующаго умершимъ представляетъ нѣкоторыя техническія затрудненія, то оно стоитъ ближе къ дѣйствительности, предупреждаетъ слишкомъ явное противорѣчіе между днемъ вступленія въ силу судебнаго рѣшенія и днемъ предполагаемой смерти отсутствующаго, и находитъ, наконецъ, оправданіе въ томъ, что основаніе презумпціи смерти лежитъ всегда въ обстоятельствахъ, предшествующихъ, а не современныхъ постановленію о ней судебнаго рѣшенія.

Въ-3-хъ, нѣмецкое уложеніе разрѣшаетъ въ утвердительномъ смыслѣ и старинную контроверзу о взаимной связи между презумпціями жизни и смерти, т.-е. на вопросъ, составляетъ-ли презумпція жизни за все время, предшествующее вступленію въ силу презумпціи смерти, оборотную сторону этой послѣдней презумпціи, или каждая изъ этихъ презумпцій имѣетъ самостоятельное значеніе,—оно отвѣчаетъ, что отсутствующій предполагается живущимъ до того момента, который въ судебномъ рѣшеніи о признаніи его умершимъ указывается, какъ моментъ его вѣроятной смерти. Въ этомъ видѣ презумпція жизни дѣйствуетъ только до момента, дѣлающаго смерть вѣроятной, или, самое большое, въ теченіе срока, установленнаго для безвѣстнаго отсутствія. Поэтому она и не носитъ того произвольнаго характера, который отличалъ презумпцію жизни въ нѣмецкомъ „общемъ правѣ“, гдѣ ее связывали только съ возрастомъ отсутствующаго и смѣшивали вѣроятность смерти въ извѣстномъ возрастѣ съ вовсе не вытекающей отсюда вѣроятностью жизни во все предшествующее наступленію этого возраста время. Кромѣ того, принятое нѣмецкимъ уложеніемъ рѣшеніе вопроса избѣгаетъ слѣдующаго большого неудобства. Не прибѣгая къ презумпціи жизни отсутствующаго за время, которое предшествуетъ указываемому въ судебномъ рѣшеніи моменту смерти, пришлось бы признать, что одно и то же лицо, до судебнаго объявленія его умершимъ, можетъ быть живымъ въ отношеніи правъ, обусловленныхъ его смертью, напр., оставляемому имъ наслѣдству, и мертвымъ въ отношеніи правъ, обусловленныхъ его жизнью, напр., получаемому имъ самимъ наслѣдству. Вотъ почему, несмотря на всѣ возраженія, приводившіяся противъ этой презумпціи [1]), она была удержана и практикой „общаго права“, и многими новыми законодательствами, напр., прусскимъ, австрійскимъ и др. Теперь она освящена и новымъ нѣмецкимъ уложеніемъ изъ практи-

---

[1]) См. особенно Unger, Syst., I, стр. 244—249. Regelsberger, Pand., стр. 253. Franken, Deutsch. Privatrecht, стр. 69. Hölder, Pand., стр. 100—101 и друг.

ческихъ соображеній, оправдывающихъ ея признаніе какъ въ прежнее, такъ и въ настоящее время [1]).

Въ-4-хъ, по отношенію къ послѣдствіямъ признанія отсутствующаго умершимъ въ семейномъ правѣ, новое германское уложеніе идетъ далѣе имъ самимъ принятой—по отношенію къ послѣдствіямъ имущественнаго права—точки зрѣнія, въ силу которой признаніе смерти есть только praesumptio juris, допускающая какъ доказательство противнаго, такъ и возможность для отсутствующаго, въ случаѣ его возвращенія, или для его наслѣдниковъ — искать возстановленія въ правахъ. Католическое и протестантское каноническое право предписываютъ ту же точку зрѣнія и въ отношеніи къ браку безвѣстно-отсутствующаго, но новое нѣмецкое законодательство, слѣдуя въ этомъ случаѣ за нѣкоторыми партикулярными кодексами порываетъ со старой традиціей и отвѣчаетъ, въ общемъ, на запросы жизни. По признаніи отсутствующаго умершимъ, остающемуся супругу предоставлено вступать въ новый бракъ и этимъ расторгать старый; единственное исключеніе постановлено на тотъ случай, если оба супруга знаютъ, что отсутствующій пережилъ свое признаніе умершимъ: въ этомъ случаѣ новый бракъ объявляется ничтожнымъ. Кромѣ того, въ виду противорѣчія новаго закона положеніямъ каноническаго права и избѣжанія религіозныхъ конфликтовъ, новымъ супругамъ предоставлено оспаривать заключенный ими бракъ, ссылаясь на жизнь отсутствующаго супруга, въ теченіе 6-ти мѣсяцевъ со дня полученія ими объ этомъ свѣдѣній.

д) Новое швейцарское уложеніе идетъ еще далѣе въ сокращеніи сроковъ безвѣстнаго отсутствія и говоритъ объ объявленіи его судебнымъ рѣшеніемъ по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ уже черезъ годъ послѣ той угрожающей жизни опасности, которой сопровождалось исчезновеніе безвѣстно-отсутствующаго, или по истеченіи 5 лѣтъ со дня послѣднихъ вѣстей о немъ (§ 36—37). Судъ вызываетъ при этомъ къ свидѣтельству всѣхъ, кто можетъ сообщить какія-либо свѣдѣнія о безвѣстно отсутствующемъ, и срокъ дѣйствія этого вызова не можетъ быть меньше 1 года со времени первой публикаціи, и дѣйствуетъ декларативно (§ 39). Кромѣ того, швейцарское уложеніе содержитъ въ себѣ и параллельное французскому закону 1893 г.,—но должнымъ образомъ обобщенное—постановленіе, въ силу котораго не только судебное рѣшеніе о безвѣстномъ отсутствіи, но и простое удостовѣреніе подлежащей властью смерти пропавшаго лица вносится въ списки гражданскаго состоянія, если это исчезновеніе происходитъ въ условіяхъ, позволяющихъ считать смерть даннаго лица достовѣрной (§ 56—57).

---

[1]) Gierke, ibid., стр. 369—370. Leonhard, Der Allgemeine Theil des BG., 1900, стр. 77. Windscheid-Kipp, ibid., стр. 235 — 236. Eck, Vorträge, I, стр. 46—47.

е) Въ нашемъ законодательствѣ,—если не считать мѣстныхъ законовъ для Остзейскаго края и царства Польскаго, слѣдующихъ въ первомъ случаѣ за германскимъ, а во второмъ—за французскимъ правомъ,—опредѣленія о безвѣстномъ отсутствіи скудны, неопредѣленны и смѣшаны какъ съ сословной, такъ и съ полицейской и уголовной точками зрѣнія. Безвѣстное отсутствіе связывается съ отлучкой безъ паспорта, побѣгомъ, произвольнымъ оставленіемъ отечества и т. д. Кромѣ того, оно опредѣляется: особо для лицъ, не записанныхъ въ подушный окладъ (ст. 8 т. IX, опредѣленія которой должны имѣть теперь, за отмѣной въ 1885 г. подушной подати, общее значеніе), особо для военно-служащихъ, особо для имущественныхъ и брачныхъ отношеній (по первымъ срокъ отсутствія 10-лѣтній, по вторымъ — 5-лѣтній), и, притомъ, съ различіемъ юрисдикціи по однимъ—свѣтскихъ, по другимъ—духовныхъ судовъ. Еще хуже стоитъ дѣло съ послѣдствіями безвѣстнаго отсутствія по матеріальному праву: они освѣщены такъ слабо, что въ нашей юридической литературѣ высказывалось не разъ даже мнѣніе о недопустимости у насъ, въ виду молчанія закона, наслѣдованія въ имуществѣ лицъ, признанныхъ безвѣстно-отсутствующими [1]), иначе, какъ въ порядкѣ спеціальнаго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ обращенія къ Верховной власти [2]).

Тѣмъ не менѣе, изъ совокупнаго разсмотрѣнія всѣхъ относящихся къ безвѣстному отсутствію постановленій нашего законодательства слѣдуетъ заключить,— и наши суды постоянно примѣняютъ это заключеніе на практикѣ, — что имущество безъ вѣсти отсутствующихъ у насъ не только охраняется съ самаго начала отъ порчи и посторонихъ посягательствъ назначеніемъ опеки и передачей во временное владѣніе заинтересованныхъ лицъ по истеченіи 5 лѣтъ со времени напечатанія первой публикаціи о безвѣстно-отсутствующемъ, но что по прошествіи еще 5-и, т.-е., въ общемъ, 10-и лѣтъ со дня той же публикаціи, оно дѣлается и предметомъ законнаго наслѣдованія. Формальная сторона дѣла, т.-е. порядокъ удостовѣренія и признанія безвѣстнаго отсутствія, разработана въ нашемъ законодательствѣ лучше, благодаря ряду новыхъ статей, вошедшихъ въ составъ Устава гражданскаго судопроизводства (ст. 1451—1460), и отразившихъ на себѣ явное вліяніе французскаго права. Въ нихъ также нѣтъ признанія отсутствующаго умершимъ, но есть судебное признаніе безвѣстнаго отсутствія, происходящее въ такомъ порядкѣ. Заинтересованныя лица и прокурорскій надзоръ могутъ обратиться въ окружной судъ, въ вѣдомствѣ котораго находится имущество отсутствующаго, съ просьбой учинить публикаціи о вызовѣ его, вмѣстѣ съ законными наслѣдниками, и принять мѣры къ охраненію иму-

---

[1]) Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права, т. II, стр. 245.

[2]) Анненковъ, Система русскаго гражд. права, I, стр. 137.

щества. Судъ дѣлаетъ въ порядкѣ охранительнаго производства постановленіе о такомъ вызовѣ черезъ публикаціи (въ 3-хъ номерахъ Сенатскихъ объявленій, одной французской и одной нѣмецкой газетѣ) и учреждаетъ опеку для охраненія имущества обыкновенно изъ круга тѣхъ же заинтересованныхъ лицъ. Опека повторяетъ публикацію въ Сенатскихъ объявленіяхъ и Губернскихъ Вѣдомостяхъ каждые полгода въ теченіе 5 лѣтъ. По прошествіи этихъ 5-и лѣтъ со дня первой публикаціи, по предложенію опять заинтересованныхъ лицъ или прокурора, назначается новое засѣданіе суда, въ которомъ, по докладу члена суда, занятаго даннымъ дѣломъ, и выслушаніи заключенія прокурора, дѣлается постановленіе о безвѣстномъ отсутствіи и производится объ этомъ новая публикація; имѣніе остается еще въ опекѣ до истеченія 10-и лѣтъ со времени первой публикаціи и выдается или отсутствующему, если онъ появляется до истеченія этого 10-лѣтняго срока, за вычетомъ расходовъ не свыше 1% съ цѣнности имущества (ст. 1244 X т. I ч.), или его наслѣдникамъ—по истеченіи того же срока, или, наконецъ, при неявкѣ какъ безвѣстно-отсутствующаго, такъ и его наслѣдниковъ, становится выморочнымъ. Притязанія безвѣстно-отсутствующаго къ наслѣдству, открывшемуся во время его отсутствія, несомнѣнно ограничены 10-лѣтнимъ срокомъ его отсутствія (ст. 1241 и 1246 X т. I ч.). Но ограничены-ли тѣмъ же срокомъ и другія права безвѣстно-отсутствующаго въ своемъ собственномъ имуществѣ, объ этомъ наши гражданскіе законы не говорятъ [1]), и мы думаемъ, вмѣстѣ съ Анненковымъ, что имъ не слѣдуетъ навязывать такого ограниченія. Но мы думаемъ это не потому, чтобы постановленія 1241 и 1246 ст. X т. I ч., устраняющія отъ наслѣдства не только безвѣстно-отсутствующихъ, но всѣхъ вообще наслѣдниковъ, не предъявляющихъ своихъ правъ на него въ теченіе 10-лѣтней давности, были исключительныя постановленія, какъ это полагаетъ Анненковъ, а потому, что, во-1), наше законодательство не знаетъ законной презумпціи смерти безвѣстно-отсутствующаго, и, если бы даже знало ее, то не могло бы не допустить ея опроверженія, и, во-2), ничто не позволяетъ думать, чтобы нашъ законъ лишалъ безвѣстно-отсутствующаго тѣхъ правъ, которыя не затрогиваются и 10-лѣтней давностью иначе, какъ въ опредѣленныхъ условіяхъ, невозможныхъ при отвѣтственномъ управленіи его имуществомъ [2]).

Бракъ расторгается по просьбѣ оставшагося супруга епархіальнымъ начальствомъ черезъ 5 лѣтъ безвѣстнаго отсутствія въ особомъ порядкѣ, указанномъ ст. 56 — 60 X т. I ч. и правилами Уст. Дух. Конс. (ст. 230 — 236), замѣненными теперь новыми на основаніи Высоч. повел. 1895 г. Оставшемуся супругу дозволяется вступленіе въ новый бракъ. По нашему проекту гражданскаго уложенія (ст. 12) производ-

---

[1]) Дювернуа, стр. 323.

[2]) Анненковъ, въ ук. м.

ство о безвѣстномъ отсутствіи не можетъ быть начато ранѣе, чѣмъ истечетъ 5 лѣтъ со дня послѣднихъ извѣстій о лицѣ, отлучившемся изъ мѣста своего жительства, и если это лицо не явится въ теченіе еще 5 лѣтъ со дня напечатанія первой публикаціи объ его вызовѣ, то оно объявляется умершимъ въ день послѣдней публикаціи постановленія суда объ объявленіи его безвѣстно-отсутствующимъ. Порядокъ производства оставленъ прежній—съ тѣмъ лишь различіемъ, что поставлено не требуемое теперь условіе 5-лѣтняго срока для возбужденія дѣлъ о безвѣстномъ отсутствіи; послѣдствія—тоже прежнія: расторженіе брака по требованію другого супруга и переходъ имущества отсутствующаго съ открытіемъ производства объ его безвѣстномъ отсутствіи сначала во временное владѣніе наслѣдниковъ, а потомъ, по истеченіи 10 лѣтъ со времени неполученія о немъ вѣстей, и въ собственность этихъ наслѣдниковъ. Дѣйствіе судебнаго рѣшенія о безвѣстномъ отсутствіи опредѣляется конститутивно, такъ какъ оно пріурочивается къ моменту послѣдней публикаціи постановленія суда о безвѣстномъ отсутствіи, причемъ не установлено ни одного сокращеннаго срока объявленія безвѣстнаго отсутствія, по соображеніи сопровождающихъ его обстоятельствъ.

Предшествующее изложеніе даетъ достаточно матеріала для критики приведенныхъ постановленій, очевидно, не соображенныхъ ни съ потребностями новаго времени, ни съ результатами историческаго развитія института безвѣстнаго отсутствія. Поэтому, не останавливаясь далѣе на этихъ постановленіяхъ, мы замѣтимъ, что, независимо отъ смѣшенія цивильной точки зрѣнія съ политической и недостатка какъ въ опредѣленіяхъ матеріальнаго права, такъ и въ единствѣ юрисдикціи безвѣстнаго отсутствія, нормамъ нашего права по настоящему предмету, а, отчасти, и нормамъ европейскихъ законодательствъ, можно поставить болѣе всего въ упрекъ слѣдующее обстоятельство. Эти нормы принадлежатъ, какъ будто, другой эпохѣ и взяты изъ старины безъ достаточной критики и оцѣнки современныхъ условій гражданскаго оборота. Безвѣстное отсутствіе не имѣетъ въ настоящее время того значенія, какъ прежде, и можно-ли говорить теперь объ его частой повторяемости? Быстрота передвиженій, правильность сообщеній, обезпеченность дорогъ и корреспонденціи, почта, телеграфъ и т. д.,—производятъ то, что получить доказательства смерти теперь почти такъ же легко на мѣстѣ, какъ и изъ антиподовъ. Зачѣмъ требовать тогда постояннаго обращенія къ сложной процедурѣ объявленія безвѣстнаго отсутствія, разсчитанной только на случаи, когда нельзя достать доказательства смерти? Эти случаи возможны, конечно, и въ настоящее время, но они желаютъ иного и болѣе простого регулированія, чѣмъ то, которое новыя законодательства наслѣдовали отъ сложившагося совсѣмъ въ другихъ условіяхъ средневѣковаго ученія. При современномъ состояніи географическихъ знаній и путей сообщенія, безвѣстное отсутствіе въ теченіе 6-и мѣсяцевъ и, самое большое, одного года или двухъ лѣтъ могло бы представить уже

увѣренность въ смерти отсутствующаго. Для чего тогда растягивать не то, что̀ на 10, но и на 5 лѣтъ—предположеніе о неизвѣстности существованія, когда это предположеніе въ настоящихъ условіяхъ гражданской жизни обращается въ фикцію, и, притомъ, такую фикцію, которая опровергается этими же условіями?

3. Видоизмѣненія право- и дѣеспособности.

Сказать, что всякій человѣкъ есть лицо, не значитъ обнять все его юридическое положеніе. Качество „лица“, состоящее въ способности имѣть права и обязанности, есть только часть общаго явленія, представляемаго человѣческой личностью, и оно не предрѣшаетъ ни размѣра правоспособности личности, ни формы ея обнаруженія. Рожденіе и смерть опредѣляютъ лишь предѣльные моменты этой правоспособности, не исчерпывающіе всѣхъ формъ ея выраженія. Внутри этихъ предѣловъ лежатъ условія, какъ физическія, такъ и общественныя, вызывающія всевозможныя измѣненія правоспособности. И не только публичныя, но и гражданскія права допускаютъ различныя градаціи какъ въ обладаніи, такъ и способахъ обладанія этими правами. Гражданинъ имѣетъ публичныя права, отвергаемыя у подданнаго или иностранца, и если гражданскія права освобождены отъ той зависимости, въ которой они стояли у древнихъ грековъ и римлянъ отъ права гражданства, и признаны теперь, въ принципѣ, за каждой человѣческой личностью, то купцы все еще пользуются правами, которыхъ нѣтъ у не-купцовъ, а женщины, дѣти, расточители и т. д. считаются неспособными обладать правами, которыя могутъ принадлежать всѣмъ другимъ разрядамъ лицъ.

„Равенство передъ закономъ“ означаетъ не математическое равенство, а равноцѣнность юридической личности, вовсе не исключающую градацій правоспособности по различію тѣхъ фактическихъ условій, отъ которыхъ никто не можетъ уйти. Можно сказать еще болѣе: равноцѣнность юридической личности требуетъ градацій правоспособности въ виду основной задачи каждаго правопорядка, состоящей въ приближеніи къ условіямъ дѣйствительной жизни, а не въ удаленіи отъ нихъ [1]). Правда, въ современномъ правѣ эти градаціи сравнительно ничтожны и представляются въ большинствѣ случаевъ остатками давно пережитаго прошлаго. Но они все-таки существуютъ и, вѣроятно, не перестанутъ существовать, какъ результатъ естественнаго приспособленія права къ фактическимъ различіямъ, существующимъ въ жизни. Сюда можно отнести, напр., неспособность извѣстныхъ лицъ быть опекунами, душеприкащиками, свидѣтелями при совершеніи формальныхъ актовъ и т. д., или неспособность другихъ категорій лицъ къ пріобрѣтенію того или другого

[1]) Gierke, Deutsch. Privr., I, стр. 356, 357. Дювернуа, стр. 325—326.

имущества либо для себя (напр., иностранцы, монашествующіе), либо для юридическихъ лицъ, которыхъ они состоятъ членами (напр., монастырей), причемъ эта неспособность можетъ быть или безусловная, или сниматься волей государственной власти. Но вообще объ ограниченіяхъ правоспособности можно говорить только тогда, когда эти ограниченія связываются съ качествомъ тѣхъ или другихъ лицъ, какъ таковыхъ, а не съ тѣми юридическими отношеніями, въ которыхъ они состоятъ: напр., жена и дѣти, подчиненныя во многихъ отношеніяхъ главѣ семейства, не могутъ считаться ограниченными въ своей правоспособности.

Гораздо значительнѣе и въ современномъ правѣ ограниченія дѣеспособности, постановляемыя въ интересѣ какъ гражданскаго оборота, такъ и самого ограничиваемаго субъекта, смотря по различію состояній, въ которыхъ онъ находится (физическихъ, душевныхъ и общественныхъ). Нѣкоторыя изъ этихъ состояній уничтожаютъ или ограничиваютъ дѣеспособность „ipso jure“, т.-е. само собой, силой закона, и сходятся въ этомъ отношеніи съ ограниченіями правоспособности, а другія — производятъ то же послѣдствіе ope declarationis, т.-е. силой судебнаго рѣшенія, которое дѣйствуетъ подобно объявленію смерти и носитъ здѣсь названіе лишенія или умаленія дѣеспособности (Entmündigung).

Размѣръ дѣеспособности, равно какъ и правоспособности, опредѣляется вообще принудительными нормами объективнаго права, не допускающими ни отреченія, какъ въ цѣломъ, такъ и въ части, ни другихъ способовъ распоряженія этими способностями. Поэтому теперь было бы невозможно ни добровольное вступленіе въ крѣпостное состояніе, ни наложеніе на себя какой бы то ни было опеки. Но средневѣковое германское право, вмѣстѣ со многими другими системами древняго права, допускало и договорное отчужденіе свободы, и закладъ своей личности. Равнымъ образомъ, и каноническое право, какъ мы это видѣли, признавало полную силу за отреченіемъ отъ правоспособности при произнесеніи монашескихъ обѣтовъ.

Замѣтимъ еще, что въ общемъ понятіи дѣеспособности теперь различаютъ: 1) способность къ совершенію юридическихъ сдѣлокъ, т.-е. такихъ актовъ частной воли, которые имѣютъ цѣлью произвести извѣстныя юридическія послѣдствія (Geschäftsfähigkeit); и 2) способность къ совершенію деликтовъ, или недозволенныхъ дѣйствій, т.-е. вмѣненіе этихъ дѣйствій лицу, ихъ совершающему, вмѣстѣ съ отвѣтственностью за нихъ этого послѣдняго (Delictsfähigkeit). Новое нѣмецкое уложеніе замѣняетъ терминъ „дѣеспособность“ именно приведенными сейчасъ выраженіями (§ 104, 827), ничего не измѣняющими въ самомъ понятіи дѣеспособности. Наше законодательство, какъ мы уже указывали на это, не знаетъ также термина „дѣеспособность“, но что и ему не чуждо соотвѣтствующее ему юридическое понятіе, это можно видѣть на ст. 221 т. X ч. I и ст. 4 т. IX Св. зак., изъ которыхъ первая говоритъ, что

„право на полное распоряженіе имуществомъ и свобода вступать въ обязательства пріобрѣтаются не прежде, какъ по достиженіи совершеннолѣтія“, а вторая повторяетъ то же опредѣленіе въ отношеніи къ пользованію правами состоянія. Въ этихъ статьяхъ рѣчь идетъ, очевидно, о дѣеспособности, тогда какъ ст. 698 X т., ст. 3 IX т. и много другихъ законовъ нашего Свода говорятъ о лицахъ, „могущихъ пріобрѣтать права на имущества“, и должны быть такъ же очевидно отнесены къ понятію правоспособности [1]).

Разсмотримъ теперь важнѣйшія изъ условій, вліяющихъ на дѣеспособность и, отчасти, правоспособность, группируя эти условія на физическія и общественныя. Къ первымъ принадлежатъ: полъ, возрастъ, здоровье; къ послѣднимъ—подданство, національность, вѣроисповѣданіе, сословность, гражданская честь и т. д. На рубежѣ между тѣми и другими стоятъ такія смѣшанныя условія, какъ, напр., мотовство, сближаемое, съ одной стороны, съ ненормальными состояніями воли, и, съ другой—извѣстными соціальными цѣлями; такимъ же смѣшаннымъ характеромъ отличается, отчасти, и условіе принадлежности къ полу.

4. Вліяніе на право-и дѣеспособность условій физическихъ.

А) Полъ.

Полъ не оказываетъ теперь, въ противоположность праву Востока, древняго Рима и среднихъ вѣковъ, существеннаго вліянія на правоспособность и не обусловливаетъ, въ принципѣ, различій ни въ правоспособности, ни въ дѣеспособности мужчины и женщины. Въ древне-римскомъ и средневѣковомъ правѣ одинъ мужчина пользовался полнотой правоспособности отчасти потому, что гражданская правоспособность обусловливалась политической, и за женщиной не признавали политическихъ правъ: она стояла внѣ communio comitiorum и была неспособна носить оружіе;—отчасти же потому, что ее предполагали неспособной къ самостоятельному управленію и владѣнію, особенно—поземельнымъ имуществомъ, этой главной частью народнаго достоянія въ начальныя стадіи развитія, если не всѣхъ, то, по крайней мѣрѣ, европейскихъ обществъ. Отсюда возникла и такъ наз. „вѣчная опека“ надъ женщиной въ случаяхъ, когда она не состояла подъ властью отца или мужа, и неравенство въ наслѣдованіи, отъ котораго сохранились до сихъ поръ и въ современномъ правѣ слѣды въ порядкѣ наслѣдованія какъ всѣмъ имуществомъ вообще у насъ, такъ и особыми видами имуществъ, напр., ленными, крестьянскими и такъ наз. фидеикомиссами на Западѣ.

---

[1]) Анненковъ, тамъ же, стр. 139—142.

Когда имущественная правоспособность перестала зависѣть отъ политическихъ условій и гражданское право обособилось отъ публичнаго, равноправность половъ въ гражданскомъ правѣ начала дѣлать быстрые успѣхи, и уже римляне принимали, въ видѣ общаго правила, равенство половъ въ гражданскомъ правѣ, если тѣ или другія исключенія не были прямо указаны въ законѣ (l. 195 D. 50, 16). Этотъ принципъ усвоенъ и новыми законодательствами, какъ, напр., прусскимъ, утверждающимъ равенство правъ обоихъ половъ и примѣненіе къ женщинамъ нормъ, опредѣляющихъ права мужчинъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ противное не установленно, въ видѣ исключенія, самимъ закономъ (Landr. I, § 24). Но какъ древніе римляне, такъ и новые народы, принявшіе впослѣдствіи римское право, проводили долго въ отношеніи къ правоспособности мужчинъ и женщинъ слѣдующее различіе, основанное, какъ будто, на психической природѣ женщины. Она считалась склонной не сознавать и умалять угрожающія ей въ отдаленномъ будущемъ опасности, принимая въ разсчетъ, наравнѣ съ мужчинами, однѣ лишь ближайшія опасности. Поэтому она могла дать мужу согласіе на продажу, но не на залогъ приданаго, вступать въ долги для себя, но не поручаться за другихъ. Это были мѣры, которыми римское право хотѣло защитить женщину отъ угрожавшихъ ей опасностей гражданской самостоятельности, такъ что ограниченія правоспособности получали здѣсь характеръ особыхъ привилегій. Сюда относится, главнымъ образомъ, рецепированный въ Западной Европѣ senatus consultum Vellejanum, которымъ женщинамъ запрещалась сначала всякаго рода интерцессія, т.-е. вступленіе въ чужіе долги; и лишь впослѣдствіи это запрещеніе приняло на европейской почвѣ смягченную форму предупрѣжденія, дѣлаемаго судомъ о грозившей имъ отъ интерцессіи опасности. Но во Франціи этотъ сенатусъ-консультъ отмѣненъ уже въ 1606, въ Пруссіи—въ 1869 г., а въ Австріи онъ не нашелъ себѣ признанія и въ кодексѣ 1811 г. [1]). Долго держались и отчасти держатся до сихъ поръ ограниченія правоспособности, коренящіяся въ публичномъ правѣ, какъ, напр., запрещеніе свидѣтельствовать при такихъ торжественныхъ актахъ, какъ завѣщаніе и бракъ, наслѣдовать ленамъ и фидеикомиссамъ, отправлять, внѣ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаевъ, родительскую власть, опеку и т. д. Теперь и эти ограниченія отмѣняются почти всюду, и тенденція къ полному уравненію идетъ все дальше и дальше, хотя до сихъ поръ она осуществлена вполнѣ только относительно женщинъ, занимающихся промыслами и торговлей: за ними признано еще въ средніе вѣка положеніе,

[1]) О судьбѣ этого сенатусъ-консульта въ европейскомъ правѣ и обо всемъ касающемся юридическаго положенія женщины у различныхъ народовъ, въ связи со всей исторіей семьи, можно найти обстоятельныя свѣдѣнія въ превосходной книгѣ П. Жида, переведенной на русскій языкъ подъ заглавіемъ: Гражданское положеніе женщины, 1902.

равное—по крайней мѣрѣ, въ отношеніяхъ гражданскаго права—съ положеніемъ купцовъ.

Новое нѣмецкое уложеніе содержитъ въ себѣ по настоящему вопросу слѣдующія поправки къ „общему праву“ и партикулярнымъ законодательствамъ: а) отмѣнены такъ наз. „женскія привилегіи“, основанныя на Веллеіановомъ сенатусъ-консультѣ, и запреты свидѣтельствовать при различныхъ юридическихъ актахъ, въ томъ числѣ—совершеніи браковъ и завѣщаній; б) за матерью признана родительская власть совмѣстно съ мужемъ, при его жизни, и нераздѣльно, послѣ его смерти (удержано, однако, ограниченіе, въ формѣ прекращенія этой власти со вступленіемъ въ другой бракъ); в) женщина призывается, съ однимъ лишь ограниченіемъ, указаннымъ въ § 1783, къ опекѣ, отъ которой она можетъ отказаться,—что̀, конечно, не составляетъ ограниченія ея правоспособности,—и признается вообще такъ же дѣеспособной, какъ и мужчина. Дань старымъ воззрѣніямъ платится тѣмъ, что во-1) замужняя женщина остается подчиненной, въ качествѣ жены, власти мужа, а въ качествѣ матери—власти отца, и, во-2) удержаны въ силѣ ограниченія правоспособности, основанныя на „особенныхъ правахъ“ дворянскихъ родовъ и партикулярныхъ законодательствахъ о ленахъ, фидеикомиссахъ и крестьянскихъ имуществахъ. Положеніе женщины въ публичномъ правѣ оставлено безъ измѣненія, т.-е. она остается въ этомъ отношеніи такъ же безправной, какъ и прежде, если не считать нѣкоторымъ прогрессомъ предоставленія ей участія въ семейномъ совѣтѣ, который отправляетъ судебную власть, въ качествѣ опекунскаго суда, и тѣмъ самымъ пріобщаетъ женщинъ къ одной изъ функцій публичнаго права [1]).

Во Франціи юридическое положеніе женщины представляется еще менѣе благопріятнымъ, такъ какъ, въ отличіе отъ незамужней женщины и вдовы, ничѣмъ не ограниченныхъ въ ихъ гражданской право- и дѣеспособности, замужняя француженка не можетъ совершить безъ согласія мужа ни одного сколько-нибудь важнаго юридическаго акта. Кромѣ того, она раздѣляетъ всегда національность (подданство) и мѣсто жительство своего мужа и подчинена ему даже въ выборѣ своихъ знакомыхъ [2]). Но эта приниженная дѣеспособность есть послѣдствіе не пола—иначе незамужняя женщина и вдова не были бы сравнены въ своей дѣеспособности съ мужчинами, — а послѣдствіе супружеской власти. Поэтому П. Жидъ вполнѣ правъ, когда онъ говоритъ, что юридическое положеніе замужней женщины во Франціи слѣдуетъ характеризовать не понятіемъ неправоспособности, а понятіемъ зависимости, и что она неправоспособна не потому, что она женщина, а потому, что она замужемъ [3]).

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, I, стр. 150—151. Leonhard, Der Allgem. Theil des BGB., стр. 89. Biermann, Bürgerl. Recht, I, стр. 445.

[2]) Planiol, ук. соч., стр. 307—316.

[3]) P. Gide, Étude sur la condition privée de la femme, 1885, 2-e éd., p. 371.

И только съ конца XIX в. французское законодательство стало переходить на другую, болѣе соотвѣтствующую современнымъ нравамъ точку зрѣнія, разрѣшивъ женѣ, сначала закономъ 1881 г., обходиться безъ согласія мужа при взносахъ въ національныя сберегательныя кассы и обратномъ полученіи этихъ взносовъ, и распространивъ потомъ, закономъ 1886 г., это разрѣшеніе и на взносы въ національныя пенсіонныя кассы на случай старости [1]). Еще важнѣе реформа, произведенная закономъ 1893 г., и давшая женѣ, не только разведенной, но и разлученной съ мужемъ (séparation de corps), всю полноту дѣеспособности. Наконецъ, во французскія законодательныя палаты давно уже внесены и ждутъ разрѣшенія проекты законовъ, предоставляющихъ замужней женщинѣ свободное распоряженіе ея заработкомъ, которое, при современномъ состояніи законодательства, можетъ оспариваться мужемъ. Что касается публичныхъ правъ женщины во Франціи, то можно упомянуть о снятіи съ нея закономъ 1897 г. запрета свидѣтельствовать при совершеніи юридическихъ актовъ, о присутствіи ея въ семейномъ совѣтѣ, въ качествѣ матери и вообще родственницы въ восходящихъ линіяхъ, объ участіи женщины-коммерсантки въ выборахъ судей въ коммерческіе суды (законъ 1898 г.), и о предоставленномъ женщинамъ закономъ 1900 г. правѣ присяжной адвокатуры [2]).

Въ нѣкоторыхъ штатахъ Сѣверной Америки и во многихъ австралійскихъ колоніяхъ Англіи женщины до извѣстной степени уравнены съ мужчинами и въ политическомъ отношеніи: за ними признано активное избирательное право, т.-е. право голоса на выборахъ депутатовъ, посылаемыхъ въ законодательныя собранія; въ одной изъ этихъ колоній и въ нашей Финляндіи онѣ пользуются и пассивнымъ избирательнымъ правомъ, т.-е. правомъ быть избранными въ высшія законодательныя учрежденія.

Въ нашемъ правѣ приниженіе имущественной правоспособности женщинъ выступаетъ рельефно только при встрѣчѣ мужчинъ и женщинъ въ правахъ общаго наслѣдованія. Въ линіяхъ нисходящихъ ближайшее право наслѣдованія принадлежитъ дѣтямъ мужского пола (ст. 1127

---

[1]) Capitant, ук. соч., стр. 143.

[2]) Planiol, ук. соч., стр. 319—320, 520—521. Доступъ къ адвокатурѣ былъ закрытъ для женщинъ во Франціи, если не de jure, то de facto вслѣдствіе постояннаго отказа сословія адвокатовъ принимать ихъ въ свой составъ. Этотъ вопросъ горячо обсуждался французской прессой въ 1897 г., когда дѣвица Chauvin, получившая степень доктора правъ, вошла въ совѣтъ парижской адвокатуры съ просьбой о зачисленіи ея въ списки сословія. Совѣтъ отказалъ ей въ этой просьбѣ, но въ палату депутатовъ было внесено предложеніе о допущеніи женщинъ къ адвокатурѣ, и это предложеніе стало закономъ 1 дек. 1900 г. На другой день по вступленіи этого закона въ силу г-жа Пети, наша соотечественница, присягала передъ парижскимъ судомъ, какъ первый адвокатъ-женщина, внесенная въ списки парижской адвокатуры.

т. X ч. I). Указная часть дочерей—$^1/_{14}$ въ недвижимости и $^1/_8$ въ движимомъ имуществѣ (ст. 1130); въ боковыхъ линіяхъ сестры при родныхъ братьяхъ и ихъ потомствѣ обоего пола не имѣютъ права наслѣдованія (ст. 1135). Основаніе различія въ наслѣдованіи движимымъ и недвижимымъ имуществомъ лежитъ естественно въ связи послѣдняго съ государственной службой и выступаетъ особенно ярко въ заимствованномъ изъ Литовскаго Статута порядкѣ наслѣдованія для губерній Полтавской и Черниговской. Этотъ порядокъ исключаетъ совсѣмъ дочерей отъ наслѣдованія отцу при наличности мужского потомства и ограничиваетъ ихъ притязанія однимъ приданымъ (ст. 1133). Еще далѣе идутъ ограниченія наслѣдственнаго права женщины въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ Закавказья, гдѣ братья могутъ удерживать указную часть сестеръ изъ недвижимости, удотвлетворяя ихъ деньгами (ст. 1130, примѣч.). Другія ограниченія относятся къ праву торговому, вексельному и т. д. и не имѣютъ общаго значенія, такъ что, внѣ наслѣдственнаго права, наше законодательство не знаетъ собственно настоящихъ ограниченій гражданской правоспособности женщинъ: у насъ не было никогда ни половой опеки, ни Веллеіанова сенатусъ-консульта, ни препятствій женщинѣ (матери) нести обязанности опекуна (ст. 229). Существуютъ, однако, ограниченія, основанныя на брачномъ союзѣ, въ который вступаетъ женщина: замужняя женщина лишена свободы передвиженія, ея мѣстожительство опредѣляется мѣстожительствомъ мужа, ей запрещено безъ согласія мужа поступать въ услуженіе, открывать торговыя заведенія, обязываться векселями и т. д. Разсмотрѣніе этихъ ограниченій относится къ семейному праву.

Въ рѣдкихъ случаяхъ принадлежность къ тому или другому полу не можетъ быть опредѣлена точно и несомнѣнно. Сюда принадлежитъ понятіе такъ наз. гермафродитизма, не признаваемое, однако, современными законодательствами въ видѣ постояннаго состоянія. Въ концѣ концовъ, преобладаютъ всегда признаки того или другого пола, и эти признаки рѣшаютъ споръ. По прусскому Landrecht'у опредѣленіе пола гермафродита есть, прежде всего, дѣло его родителей, затѣмъ—самого гермафродита, по достиженіи имъ 18-и лѣтъ, и, наконецъ, экспертизы, если третьи лица требуютъ ее (Landr. I, § 19—23). Во Франціи этотъ вопросъ рѣшается, въ случаѣ его сомнительности, той же экспертизой или заявленіемъ родителей. Установленіе пола считается при этомъ возможнымъ и такъ наз. конклюдентными дѣйствіями, т.-е. дѣйствіями, которыя, не давая прямого указанія на спорный случай, позволяютъ, однако, умозаключать къ нему: такимъ конклюдентнымъ дѣйствіемъ въ данномъ случаѣ можетъ быть, напр., употребленіе мужского или женскаго платья. Новые кодексы, какъ, напр., нѣмецкое и швейцарское гражданскія уложенія, обходятъ принципіально вопросъ о гермафродитахъ и тѣмъ самымъ отрицаютъ ихъ существованіе. Случайно сходится съ ними на этотъ разъ и наше законодательство.

Б) **Возрастъ.**

1. Возрастомъ опредѣляется зрѣлость, физическая и умственная, т.-е. способность каждаго осуществлять свои права и отвѣчать за свои дѣйствія въ юридическомъ смыслѣ. Что эта способность развивается постепенно и отсутствуетъ въ извѣстныя стадіи возраста, когда не можетъ быть рѣчи о созрѣвшей волѣ и пониманіи значенія совершаемыхъ юридическихъ дѣйствій, это лежитъ въ природѣ вещей и не требуетъ объясненія. Такъ же понятно, что и исключительныя нормы, устанавливаемыя объективнымъ правомъ для лицъ, проходящихъ эти стадіи возраста, могутъ быть ограниченіями не право-, а дѣеспособности, и даже не столько ограниченіями дѣеспособности, сколько послѣдствіемъ особой заботы права объ этихъ лицахъ. Но вліяніемъ возраста на дѣеспособность возбуждается слѣдующій важный и постоянно обсуждаемый законодательный вопросъ: гдѣ видѣть и какъ опредѣлять границу, раздѣляющую возрастъ, когда дѣеспособность отсутствуетъ или подвергается ограниченіямъ, отъ возраста, въ который эта дѣеспособность вступаетъ въ свои права? Мыслимо двоякое разрѣшеніе этого вопроса: абстрактное, путемъ впередъ устанавливаемыхъ твердыхъ и неподвижныхъ легальныхъ нормъ возраста, или конкретное, опредѣляющее индивидуально степень зрѣлости, достигнутую въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ лицомъ, о возрастѣ котораго подымается споръ. Оба метода имѣютъ свои сильныя и слабыя стороны.

Индивидуальный методъ кажется, какъ будто, справедливѣе, такъ какъ не всѣ люди достигаютъ зрѣлости въ одинъ и тотъ же возрастъ. Но примѣненіе этого метода приводитъ къ предположенной цѣли лишь на низшихъ ступеняхъ развитія права, когда гражданскій оборотъ ограниченъ такими небольшими общинами, въ которыхъ всѣ болѣе или менѣе знаютъ другъ друга, и въ которыхъ различные общественные союзы настолько авторитетны, что никто не можетъ оспаривать ихъ рѣшеній о достиженіи зрѣлости принадлежащими къ нимъ младшими членами въ тотъ или другой ими же опредѣляемый моментъ. Такую постановку измѣренія возраста мы находимъ въ древне-римскомъ и раннемъ средневѣковомъ правѣ. Она оказывается, несостоятельной на высшихъ ступеняхъ развитія, когда гражданскій оборотъ распространяется отъ маленькихъ общинъ на огромныя имперіи, и довѣріе къ заинтересованнымъ рѣшеніямъ нѣкогда могучихъ общественныхъ союзовъ все болѣе и болѣе падаетъ.

Ни для кого не можетъ быть тайной, что индивидуальный способъ измѣренія зрѣлости подверженъ большимъ колебаніямъ и зависитъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отъ личнаго усмотрѣнія и субъективныхъ взглядовъ лица, производящаго измѣреніе. При отсутствіи общихъ критеріевъ является столько же критеріевъ, сколько оцѣнщиковъ, и въ результатѣ можетъ получиться полный произволъ въ опредѣленіи

возраста. Это должно вредить правильному ходу гражданской жизни, такъ какъ въ условіяхъ чисто индивидуальнаго опредѣленія зрѣлости никто не можетъ знать въ точности, съ кѣмъ онъ имѣетъ дѣло: съ незрѣлымъ или зрѣлымъ человѣкомъ.

О легальныхъ нормахъ возраста, опредѣляемыхъ простымъ счетомъ лѣтъ каждаго лица,—все равно, въ какихъ бы условіяхъ оно ни находилось,—слѣдуетъ такъ же сказать, что онѣ не свободны отъ элемента произвольнаго уже потому, что вліяніе возраста обнаруживается на различныхъ индивидахъ различно. Но право, какъ общая и впередъ извѣстная всѣмъ норма для будущихъ дѣйствій, не можетъ опираться на неизмѣримое разнообразіе физическаго и духовнаго развитія всѣхъ человѣческихъ индивидовъ. И здѣсь оно пересиливаетъ фактическія неравенства для того, чтобы провести принципъ равенства, особенно цѣнный въ данномъ примѣненіи для гражданскаго оборота, который считается охотнѣе съ опредѣленными, легко схватываемыми и разсчитанными на всѣхъ нормами, нежели съ не поддающимися учету и контролю индивидуальными различіями.

Исходной точкой для нормъ возраста служитъ, конечно, не абстрактный, а конкретный человѣкъ, подчиненный вліяніямъ почвы, климата, нравовъ и всей общественной среды. Отсюда—различіе граней возраста у различныхъ народовъ, хотя единствомъ человѣческой природы и общностью многихъ условій жизни обусловливается и здѣсь значительное сходство въ нормахъ. Но эти нормы все-таки не индивидуальны, а общи—въ томъ смыслѣ, что онѣ устанавливаются не для того или другого индивида, а для всѣхъ индивидовъ одного и того же возраста, уравниваемыхъ въ своей дѣеспособности, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ эта дѣеспособность видоизмѣняется другими вліяніями, не имѣющими отношенія къ возрасту, напр., поломъ, душевной болѣзнью и т. п. Иначе говоря, всѣ люди въ одномъ возрастѣ признаются дѣеспособными, а въ другихъ—ограниченными въ своей дѣеспособности или даже лишенными ея. При легально-опредѣленномъ возрастѣ, напр., въ 21 г., всякій, сталкиваясь съ лицомъ, достигшимъ этого возраста, знаетъ, что онъ имѣетъ передъ собой лицо дѣеспособное—такъ же, какъ и встрѣчаясь съ лицомъ, не достигшимъ этого возраста, онъ предупреждается уже этимъ обстоятельствомъ объ опасности вступленія съ нимъ въ дѣловыя сношенія. Въ этомъ смыслѣ легальныя нормы представляютъ несомнѣнныя преимущества передъ индивидуальными. Дѣлая возможнымъ большую точность, извѣстность и обезпеченность гражданскихъ отношеній, онѣ несравненно болѣе соотвѣтствуютъ интересамъ всѣхъ, чѣмъ индивидуальное изслѣдованіе зрѣлости въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ [1]).

Индивидуальное изслѣдованіе можетъ быть допущено только въ видѣ коррективa, или поправки къ шаблону, представляемому легальнымъ воз-

[1]) Дювернуа, тамъ же, стр. 333. Regelsberger, ibid., стр. 255.

растомъ, — и именно такъ, поступаетъ какъ римское право въ своемъ развитомъ состояніи, такъ и большинство новыхъ законодательствъ, комбинирующихъ въ своихъ постановленіяхъ о возрастѣ требованія легальнаго и индивидуальнаго методовъ. Напр., французскій кодексъ постановляетъ эманципацію, т.-е. освобожденіе несовершеннолѣтняго по праву, de plein droit, отъ отеческой и опекунской власти вступленіемъ его въ бракъ, которое дѣлается возможнымъ, при общей нормѣ совершеннолѣтія въ 21 годъ, съ достиженіемъ имъ уже 18, а дѣвушкой 15 лѣтъ. Такая же эманципація, равносильная, въ общемъ, наступленію совершеннолѣтія, можетъ быть произведена и волей родителей по достиженіи несовершеннолѣтнимъ 15-и, или рѣшеніемъ семейнаго совѣта—по достиженіи имъ 18-лѣтняго возраста, послѣ чего объявленный совершеннолѣтнимъ самъ управляетъ своимъ имуществомъ и только въ сдѣлкахъ по отчужденіямъ недвижимостей и займамъ, превышающимъ задачи текущаго управленія, нуждается въ согласіи опекуна. Многіе нѣмецкіе кодексы и наше остзейское право тоже допускаютъ объявленіе совершеннолѣтія до наступленія закономъ установленнаго срока по индивидуальному изслѣдованію зрѣлости, требуя при этомъ свидѣтельства родственниковъ или опекуновъ о солидности нравовъ и достаточной зрѣлости объявляемаго совершеннолѣтнимъ для самостоятельнаго веденія своихъ дѣлъ. И такая индивидуализація въ объявленіи совершеннолѣтія была извѣстна уже римскому праву, гдѣ она носила названіе venia aetatis и составляла прерогативу императора. Во многихъ нѣмецкихъ земляхъ, какъ напр., Баваріи, Саксоніи, Брауншвейгѣ, она такъ же была предоставлена высшей территоріальной власти, но въ Пруссіи исходила отъ опекунскихъ судовъ. Въ послѣднемъ смыслѣ высказывается и новое нѣмецкое уложеніе (§ 335), не отмѣняя, однако, тѣхъ партикулярныхъ законодательствъ, которыя предоставляютъ предваренное объявленіе совершеннолѣтія какой-либо иной власти. Во всякомъ случаѣ, такое объявленіе не можетъ имѣть мѣста, на основаніи этого уложенія, иначе, какъ по предложенію самого несовершеннолѣтняго или его законнаго представителя. Несовершеннолѣтнему должно быть не менѣе 18 лѣтъ, а такъ какъ совершеннолѣтіе прекращаетъ родительскую власть, то для предвареннаго наступленія его требуется еще согласіе того, кто отправляетъ эту власть; безъ такого согласія обходятся лишь въ томъ случаѣ, если лицо, отправляющее родительскую власть, не несетъ никакихъ заботъ ни о личности, ни объ имуществѣ несовершеннолѣтняго. Нѣмецкое уложеніе требуетъ еще того, чтобы объявленіе совершеннолѣтія совершалось къ благу самого объявляемаго совершеннолѣтнимъ, и это требованіе можно было бы считать само собой подразумѣваемымъ, если бы нѣмецкіе законодатели не подчеркивали его для того, чтобы предупредить извращеніе этого акта въ изгнаніе отцомъ изъ своего дома дѣтей, достигшихъ 18-лѣтняго возраста [1]).

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, I, стр. 153—154. Leonhard, ук. соч., стр. 88.

2. Переходя теперь къ спеціально-легальнымъ нормамъ возраста, мы можемъ сказать, что всѣ болѣе или менѣе древнія законодательства ограничиваются обыкновенно установленіемъ только одной ступени возраста, отдѣляющей состояніе недѣеспособности отъ состоянія дѣеспособности, и опредѣляютъ эту ступень весьма низкими нормами. Такъ, древнеримское право различало только pubertas и impubertas, т.-е. состояніе половой зрѣлости и состояніе половой незрѣлости, причемъ сопровождало первое дѣеспособностью, а второе—болѣе или менѣе значительными ограниченіями этой дѣеспособности и даже ея исключеніемъ. Что касается момента половой зрѣлости, то опредѣленіе его было предоставлено сначала индивидуальному рѣшенію семьи и находило свое внѣшнее выраженіе въ облаченіи лица, достигавшаго этой зрѣлости, такъ наз. toga virilis, т.-е. тогой мужественности. Но между римскими юристами было спорно, какъ опредѣлять границу половой зрѣлости. Юристы, составлявшіе сабинянскую школу, держались за старый методъ индивидуальнаго опредѣленія этой границы, а юристы, принадлежавшіе къ школѣ прокулянцевъ, считали необходимымъ установленіе обобщенныхъ или легальныхъ нормъ, принимая за таковыя 14-лѣтній возрастъ для мужчины и 12-лѣтній для женщины. Юстиніановская кодификація римскаго права присоединилась къ мнѣнію прокулянцевъ и, въ виду приспособленія къ индивидуальнымъ различіямъ, приняла еще нѣсколько другихъ граней возраста.

Въ предѣлахъ возраста impuberes, т.-е. лицъ, не достигшихъ половой зрѣлости, различались: 1) infantes и 2) impuberes infantia majores. Infantes были дѣти до 7-лѣтняго возраста, и за ними не признавалось способности ни къ какимъ юридическимъ дѣйствіямъ, ни во вредъ себѣ, ни въ свою пользу, и въ такомъ положеніи дѣла не измѣняло ничего и содѣйствіе опекуна (auctoritas tutoris). Infantes majores шли отъ 7 до 12 и 14 лѣтъ и могли совершать только такія юридическія дѣйствія, которыя обращались исключительно въ ихъ пользу. Обязывающія ихъ сдѣлки и отчужденія имѣли для нихъ юридическое значеніе лишь постольку, поскольку они совершались при содѣйствіи опекуна (auctoritate tutoris), и поскольку эти infantia majores были sui juris, т.-е. не состояли подъ отцовской властью. Что касается взаимныхъ сдѣлокъ, т.-е. частью управомочивающихъ и частью обязывающихъ, то совершеніемъ ихъ безъ участія опекуна создавалось особое юридическое отношеніе, называвшееся negotium claudicans: при одобреніи подобной сдѣлки опекуномъ она дѣлалась обязательной для обѣихъ сторонъ, но контрагентъ несовершеннолѣтняго не могъ получить одобренія этой сдѣлки дѣйствіемъ своей воли; она оставалась обязательной для него и необязательной для несовершеннолѣтняго.

Въ предѣлахъ возраста puberes, т.-е. лицъ, уже достигшихъ половой зрѣлости, сообщавшей въ древне-римскомъ правѣ полную дѣе-

способность, стали различать съ конца Республики новую ступень возраста (majores viginti quinque (25) annis), которая наступала только въ 25 лѣтъ, и передъ наступленіемъ которой такъ наз. puberes minores, т.-е. зрѣлые малолѣтки, перешедшіе 14-лѣтній, но не достигшіе 25-лѣтняго возраста, пользовались противъ послѣдствій невыгодныхъ для себя сдѣлокъ охраной особаго суда (judicium publicum) и особыхъ преторскихъ способовъ защиты (такъ наз. restitutio in integrum). Установленіе этого третьяго возраста объясняется естественно тѣми сомнѣніями, которыя вызывались уравненіемъ и признаніемъ полноты дѣеспособности за всѣми тѣми, кто достигалъ возраста половой зрѣлости. Не говоря о томъ, что эти лица стояли часто ближе къ дѣтству, чѣмъ къ совершеннолѣтію, развитіе гражданскаго оборота и осложненія хозяйственной жизни не могли не привести древнихъ римлянъ къ убѣжденію, что половая зрѣлость наступаетъ ранѣе хозяйственной, т.-е. той, которая требуется для отвѣтственныхъ хозяйственныхъ распоряженій. Достаточная для вступленія въ бракъ, половая зрѣлость далеко не даетъ тѣхъ гарантій опыта и пониманія, которыя необходимы для безопаснаго участія въ сложныхъ операціяхъ гражданскаго оборота. Отсюда и перестановка возраста совершеннолѣтія отъ 14 на 25 лѣтъ, и цѣлый рядъ мѣръ въ защиту puberes minores. Оградить себя отъ этой защиты вступавшіе въ сдѣлки съ такими puberes minores могли требованіемъ назначенія къ послѣднимъ curator'a, или попечителя, согласіе котораго сообщало этимъ сдѣлкамъ полную силу и устраняло примѣненіе къ нимъ преторской защиты.

Въ послѣдней эволюціи граней возраста лежитъ источникъ различія, съ одной стороны, несовершеннолѣтія и совершеннолѣтія, съ другой—опеки и попечительства: опекунъ дѣйствовалъ за малолѣтняго до достиженія имъ 14-лѣтняго возраста, онъ замѣнялъ волю послѣдняго и соучаствовалъ въ совершеніи его сдѣлокъ; попечитель назначался къ лицамъ въ возрастѣ отъ 14 до 25 лѣтъ, и назначался по требованію или этихъ послѣднихъ, или заинтересованныхъ третьихъ лицъ; онъ только дополнялъ волю несовершеннолѣтнихъ и, не участвуя въ ихъ сдѣлкахъ, давалъ на нихъ лишь свой конценсъ, или согласіе. Вотъ римское ученіе о возрастѣ и его ограничивающемъ вліяніи на дѣеспособность,—ученіе, на которомъ мы остановились съ нѣкоторыми подробностями въ виду того, что оно было рецепировано съ небольшими измѣненіями почти всѣми новыми народами.

3. Рецепціи римскаго ученія о возрастѣ предшествовало въ средневѣковомъ правѣ, какъ и въ римскомъ, признаніе единственной гранью возраста наступленіе половой зрѣлости, которое въ Германіи принималось обыкновенно въ 12 или 14 лѣтъ (zu seinen Jahren kommen), а во Франціи — отъ 11 до 15 лѣтъ. Такая низкая норма возраста, отдѣляющаго дѣеспособность отъ недѣеспособности, объясняется

здѣсь, какъ и въ римскомъ правѣ, первоначальной простотой нравовъ и гражданской жизни, строгостью воспитанія и, особенно, той широкой защитой, которую всѣ древнія общества находятъ въ своей семьѣ и другихъ общественныхъ союзахъ. Но уже феодальныя учрежденія отодвинули границу совершеннолѣтія, по крайней мѣрѣ, для привилегированныхъ сословій—до 20 лѣтъ, и если въ основаніи этой мѣры лежали соображенія о физической силѣ и военной службѣ, обязательной для всѣхъ членовъ феодальной организаціи, то постепенное повышеніе нормы совершеннолѣтія и для другихъ сословій указываетъ на сознаніе и въ средневѣковомъ обществѣ той истины, что физическая сила и половая зрѣлость не даютъ настоящаго критерія для совершеннолѣтія и требуютъ дополненія другимъ критеріемъ, опирающимся на зрѣлость воли и ума. Вотъ почему уже Саксонское Зерцало пришло къ другому возрасту для совершеннолѣтія, а именно—къ возрасту въ 21 годъ (zu seinen Tagen kommen), и въ другихъ мѣстностяхъ Германіи были приняты, сверхъ возраста половой зрѣлости, новыя нормы совершеннолѣтія въ 16, 18 и даже 24 года. Различіе между прежнимъ возрастомъ половой зрѣлости и новыми нормами совершеннолѣтія состояло въ томъ, что лицо, достигшее половой зрѣлости, могло выйти изъ подъ опеки (въ нѣкоторыхъ случаяхъ и само сдѣлаться опекуномъ) и равнымъ образомъ остаться подъ опекой, тогда какъ наступленіе возраста совершеннолѣтія само собой освобождало отъ опеки и сообщало полную дѣеспособность. Но такъ какъ оставленіе подъ опекой и послѣ наступленія половой зрѣлости составляло общее правило, и положеніе лицъ, достигающихъ половой зрѣлости, не претерпѣвало въ этихъ случаяхъ никакого измѣненія, то возрастъ половой зрѣлости утрачивалъ свое прежнее значеніе, и новыя нормы совершеннолѣтія стали тѣмъ самымъ единственно рѣшающими.

Сказаннымъ объясняется, почему римское ученіе о возрастѣ, встрѣтившись со сходными постановленіями европейскаго права, было реципировано почти цѣликомъ этимъ послѣднимъ, хотя нѣкоторые изъ новыхъ юристовъ, и, притомъ, наиболѣе свѣдующіе въ исторіи права, утверждаютъ съ достаточнымъ основаніемъ, что римское различіе между impuberes и minores,—т.-е. лицами, не пришедшими къ половой зрѣлости, и лицами, не достигшими только возраста совершеннолѣтія, — было оттѣснено на задній планъ, по крайней мѣрѣ, въ Германіи, покрывшимъ его различіемъ между совершеннолѣтіемъ и несовершеннолѣтіемъ [1]). Это и не могло быть иначе при продолженіи одной и той же и единой опеки до самаго наступленія совершеннолѣтія; такая опека само собой устраняла общее

---

[1]) Gierke, Deutsch. Privr., I, стр. 381—384. Другого мнѣнія держался Виндшейдъ и его многочисленные единомышленники, утверждая рецепцію римскаго ученія о возрастѣ въ его цѣломъ. Windscheid-Kipp., стр. 329, прим. 9.

различіе въ дѣеспособности impuberes и minores, или оставляло мѣсто этому различію лишь въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ примѣненіяхъ, напр., къ способности вступленія въ бракъ. Не возбуждаетъ спора только рецепція римскихъ положеній объ отсутствіи всякой дѣеспособности въ возрастѣ до 7 лѣтъ [1]), и рецепція возраста въ 25 лѣтъ, какъ начальнаго момента полной дѣеспособности. Поэтому, вмѣсто римскаго трехчленнаго дѣленія лицъ, ограничиваемыхъ возрастомъ въ своей дѣеспособности, на infantes, impuberes и minores, въ европейскомъ правѣ получилось двухчленное дѣленіе этихъ же лицъ на infantes и minores.

4. Новое нѣмецкое уложеніе усвоиваетъ себѣ главнѣйшіе результаты предшествующаго ему развитія ученія о вліяніи возраста на дѣеспособность и, устанавливая возрастъ совершеннолѣтія въ 21 г. (этотъ же возрастъ принятъ французскимъ кодексомъ), съ единственнымъ исключеніемъ для Гогенцоллерновъ, достигающихъ совершеннолѣтія въ 18 лѣтъ, придаетъ до этого момента общее значеніе одному лишь возрасту въ 7 лѣтъ, до котораго отрицается всякая, и послѣ котораго признается только ограниченная дѣеспособность. Граница въ 14 лѣтъ, составлявшая какъ въ римскомъ, такъ съ нѣкоторыми видоизмѣненіями и въ средневѣковомъ германскомъ правѣ половую зрѣлость, перестаетъ служить юридическимъ понятіемъ, и для нѣкоторыхъ отдѣльныхъ юридическихъ дѣйствій, сверхъ общей нормы совершеннолѣтія, установлены другія грани возраста: 16 лѣтъ для составленія въ извѣстныхъ условіяхъ завѣщаній, тотъ же возрастъ для брачнаго совершеннолѣтія дѣвушекъ, 18 лѣтъ для venia aetatis и т. д. Римское различіе между tutela impuberum и cura minorum, т.-е. различіе между опекой и попечительствомъ, оставлено, какъ и различіе между подвластными и свободными отъ родительской власти дѣтьми: опека распространена на весь возрастъ до совершеннолѣтія. Послѣ 7-ми лѣтъ дѣти могутъ пріобрѣтать по сдѣлкамъ, которыя не обязываютъ ихъ къ эквиваленту или освобождаютъ отъ какой-либо обязанности. Напротивъ, сдѣлки, по которымъ принимаются обязаности, или уничтожаются права, они могутъ совершать только съ согласія отца или опекуна. Это согласіе или одобреніе можетъ быть безформенно, слѣдовать за сдѣлкой, какъ и предшествовать ей, заключаться также въ полномочіи на самостоятельное веденіе какого-нибудь промысла или торговли, куда войдутъ само собою

---

[1]) Французскій Code civil не знаетъ и этого возраста, называя несовершеннолѣтними (les mineurs) всѣхъ тѣхъ, кто не достигаетъ возраста совершеннолѣтія, но заключать отсюда къ возможности пріобрѣтеній, при содѣйствіи опекуна, и для дѣтей, не переступающихъ 7-лѣтняго возраста, какъ это дѣлаетъ, повидимому, Гирке (ук. соч., стр. 387), нельзя уже потому, что ст. 450 французскаго кодекса исключаетъ всѣхъ несовершеннолѣтнихъ, если они не эманципированы, отъ участія въ юридическихъ актахъ, указывая на отца и опекуна, какъ ихъ законныхъ представителей.

и всѣ отдѣльныя дѣйствія, принадлежащія къ этой торговлѣ. Обсужденіе двустороннихъ взаимныхъ обязательствъ, заключаемыхъ несовершеннолѣтними (negotia claudicantia), стало нѣсколько инымъ, чѣмъ оно было въ римскомъ правѣ. Тамъ эти сдѣлки производили, какъ мы это видѣли, одностороннее обязательство въ пользу несовершеннолѣтняго независимо отъ одобренія опекуна. Теперь онѣ имѣютъ характеръ условныхъ сдѣлокъ и не вызываютъ никакихъ послѣдствій, если къ нимъ не привходитъ обусловливающее эти послѣдствія одобреніе опекуна или утвержденіе самого несовершеннолѣтняго, когда онъ достигаетъ совершеннолѣтія. Это различіе объясняется различіемъ представленій о взаимныхъ сдѣлкахъ. По римскому представленію,—которое господствовало до признанія jus gentium и такъ наз. концессуальныхъ договоровъ, оставивъ свои слѣды и въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, напр., въ такихъ двойныхъ названіяхъ этихъ сдѣлокъ, какими были названія emtio-venditio, locatio-conductio и т. д.—изъ этихъ сдѣлокъ возникали, хотя и взаимныя, но по существу самостоятельныя права требованія. Поэтому-то несовершеннолѣтній, заключавшій такую сдѣлку безъ опекуна, пріобрѣталъ по ней слѣдующее ему право требованія,—онъ былъ способенъ къ пріобрѣтеніямъ,—но не принималъ на себя соотвѣтствующаго обязательства,—онъ не имѣлъ права обязываться. Въ прусскомъ, французскомъ и большинствѣ современныхъ законодательствъ двусторонняя взаимная сдѣлка достигаетъ перфекціи, т.-е. производитъ права и обязанности, только тогда, когда она исполняется обѣими сторонами, и поэтому взаимная сдѣлка, заключенная несовершеннолѣтнимъ, не считается совершенной, если на нее не послѣдуетъ необходимаго одобренія, хотя соконтрагентъ несовершеннолѣтняго и остается связаннымъ ею до тѣхъ поръ, пока не разрѣшенъ вопросъ объ одобреніи. Нововведеніе нѣмецкаго уложенія состоитъ въ томъ, что оно связываетъ это одобреніе двухнедѣльнымъ срокомъ со дня заявленія контрагентомъ несовершеннолѣтняго требованія о выраженіи этого одобренія, и если въ теченіе этого срока оно не выражено, сдѣлка съ несовершеннолѣтнимъ считается окончательно несостоявшейся (§ 108, 177) [1]).

5. Наше законодательство, удерживая въ настоящемъ вопросѣ отпечатокъ сословныхъ установленій Екатерины II (указы по опекунскимъ дѣламъ), различаетъ слѣдующія грани возрастовъ:

1) Малолѣтство—отъ рожденія до 14-ти лѣтъ (полная недѣеспособность и необходимость опеки, ст. 217 X т. 1 ч.), и отъ 14 до 17-ти лѣтъ (возможность испросить себѣ попечителя съ тѣми же качествами, какія отличаютъ опекуна, ст. 219);

2) Несовершеннолѣтніе—отъ 17 до 21 года (можно вступать

---

[1]) Kulhenbeck, ук. соч., стр. 103—112. Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B., I, стр. 134—137, 164.

въ управленіе имуществомъ, но нельзя дѣлать долговъ или распоряжаться капиталами и т. п. иначе, какъ съ согласія и за подписью попечителя, ст. 220);

3) Совершеннолѣтіе—отъ 21 года даетъ полную цивильную дѣеспособность (ст. 281).

Такимъ образомъ, у насъ нѣтъ грани возраста въ 7 лѣтъ, и въ предѣлахъ всего возраста до совершеннолѣтія юридическое значеніе принадлежитъ только возрасту въ 17 лѣтъ, по одну сторону котораго стоятъ недѣеспособные малолѣтніе, а по другую — ограниченно-дѣеспособные несовершеннолѣтніе; возрастъ въ 14 лѣтъ не имѣетъ значенія, такъ какъ съ нимъ не измѣняется ничего въ юридическомъ положеніи малолѣтняго. Спорные въ нашей литературѣ вопросы о возможности для малолѣтняго пріобрѣсти что-либо по сдѣлкамъ, которыя не обязываютъ его ни къ чему, и о возможности для несовершеннолѣтняго вступать помимо согласія попечителя въ сдѣлки по управленію своимъ имуществомъ—должны быть разрѣшены въ утвердительномъ смыслѣ. Изъ содержанія всѣхъ относящихся къ этимъ вопросамъ законовъ и, особенно, мнѣнія Государственнаго Совѣта 12 дек. 1830 г., послужившаго однимъ изъ источниковъ ст. 219 т. X, ясно видно, что ограниченія дѣеспособности малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ установлены исключительно съ цѣлью огражденія интересовъ этихъ самыхъ лицъ и поэтому уже не могутъ препятствовать ни пріобрѣтеніямъ малолѣтнихъ, ни дѣйствительности тѣхъ сдѣлокъ, безъ которыхъ немыслимо предоставленное несовершеннолѣтнимъ самимъ закономъ управленіе ихъ имуществомъ. Въ этомъ же смыслѣ высказывается и наша судебная практика, и проектъ гражданскаго уложенія [1]).

Составленіе завѣщаній, по смыслу нашихъ законовъ, невозможно для несовершеннолѣтнихъ ни при какихъ условіяхъ, и съ согласія ихъ попечителей [2]), но для вступленія въ бракъ существуютъ особые сроки зрѣлости, не имѣющіе, впрочемъ, вліянія на общую дѣеспособность, такъ что можно быть отцомъ семейства и все-таки не имѣть способности для самыхъ обыкновенныхъ сдѣлокъ. Возрастъ брачнаго совершеннолѣтія—18 лѣтъ для мужчинъ, 16 для женщинъ, съ измѣненіемъ для нѣкоторыхъ мѣстностей (въ Закавказьѣ для природныхъ жителей 15 и 13 лѣтъ) и допущеніемъ нѣкоторой venia aetatis по усмотрѣнію мѣстнаго епархіальнаго архіерея (ст. 3 X т. ч. 1) въ незначительномъ размѣрѣ ($15\frac{1}{2}$ для дѣвицы, $17\frac{1}{2}$ лѣтъ для мужчины).

Индивидуальное изслѣдованіе зрѣлости имѣетъ у насъ мѣсто и въ

---

[1]) Анненковъ, ук. соч., стр. 175—181. Редакціонная Комиссія по составл. гражд. улож. Гражд. Ул., кн. II, Семейств. право, стр. 79—104.

[2]) Змирловъ, О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ въ Журн. Гражд. и Уголов. права, 1883, № 2, стр. 158—159.

примѣненіи къ глухонѣмымъ. Опека длится для нихъ до 21 года, а по наступленіи этого возраста, если того пожелаютъ ихъ семейства, производится изслѣдованіе способности глухонѣмого выражать свои мысли и изъявлять свою волю. Уравненіе съ совершеннолѣтними зависитъ отъ Сената, который можетъ и учредить надъ ними какъ попечительство, такъ и опеку (ст. 381).

В) Здоровье.

1. Подобно возрасту, здоровье въ современномъ правѣ оказываетъ вліяніе только на дѣеспособность, и это легко объяснить тѣмъ, что, предполагая сознательную волю для совершенія юридическихъ актовъ, дѣеспособность, въ отличіе отъ правоспособности, можетъ быть допущена лишь у здоровыхъ и нормально развившихся людей. И если различію физическаго и психическаго здоровья соотвѣтствуетъ различіе физическихъ и психическихъ болѣзней, то изъ рѣшающаго значенія сознательной воли для дѣеспособности само собой слѣдуетъ, что не физическія, а однѣ лишь психическія болѣзни могутъ вліять на дѣеспособность.

Правда, на раннихъ ступеняхъ развитія права различіе юридическихъ послѣдствій физическихъ и психическихъ болѣзней оставалось неизвѣстнымъ, и даже средніе вѣка, если не отрицали, то чрезвычайно ограничивали,—по крайней мѣрѣ, въ отношеніи къ наслѣдованію и отчужденію различныхъ имуществъ,—не только дѣеспособность, но и правоспособность цѣлаго ряда и физически слабыхъ лицъ, напр., карликовъ, безрукихъ, безногихъ, больныхъ, стариковъ и т. д. [1]). Но эти ограниченія правоспособности постепенно отпадали и были послѣдствіемъ той зависимости, въ которую правоспособность ставилась отъ обнаруженій физической силы и обязанностей военной службы. Современное гражданское право, обособленное отъ публичнаго и признавшее юридическую личность за каждымъ живымъ человѣческимъ существомъ, отвергаетъ эту связь физической силы и государственной службы не только съ правоспособностью, но и съ дѣеспособностью, и отрицаетъ или ограничиваетъ эту послѣднюю лишь при тѣхъ болѣзняхъ, которыя производятъ аномальныя состоянія воли или дѣлаютъ невозможнымъ сознательное отношеніе къ совершаемымъ юридическимъ дѣйствіямъ. Поэтому физическіе недостатки и болѣзни остаются теперь, въ принципѣ, безъ послѣдствій для дѣеспособности, если только они не связываются съ душевнымъ разстройствомъ, или не выступаютъ въ видѣ опасныхъ, напр., въ случаяхъ эпидемій, или постоянныхъ недуговъ, вызывающихъ законодательное вмѣшательство. Иногда они служатъ и фактическимъ препятствіемъ для

[1]) Gierke, ibid., стр. 390—391.

совершенія тѣхъ юридическихъ дѣйствій, которыя не могутъ быть совершены иначе, какъ при посредствѣ органа, отсутствующаго или недостаточно развитого у одержимаго ими лица. Но ни въ одномъ изъ этихъ случаевъ нельзя видѣть умаленія право- или дѣеспособности, производимаго физическими болѣзнями, какъ таковыми: мы встрѣчаемся здѣсь или съ физическими послѣдствіями опять-таки извѣстныхъ психическихъ состояній, или съ фактическими отношеніями, не имѣющими значенія для положенія личности въ гражданскомъ правѣ.

2. Наше законодательство упоминаетъ о слѣдующихъ физическихъ состояніяхъ, вызывающихъ особое попеченіе государства какъ о лицахъ, ихъ претерпѣвающихъ, такъ и о тѣхъ, кто входитъ въ сношенія съ этими лицами.

а) Слѣпота не лишаетъ больного умственнаго развитія и не стѣсняетъ его свободы, но имѣетъ своимъ послѣдствіемъ установленіе особыхъ формъ для совершенія актовъ лицами, одержимыми этимъ недугомъ: требуются свидѣтели и подтвержденіе акта другими лицами, удостовѣреніе подписи мировымъ судьей, либо нотаріусомъ, полиціей и т. д.

б) Глухонѣмота — порокъ, сопряженный съ лишеніемъ главныхъ органовъ, служащихъ для развитія человѣка; поэтому глухонѣмые отъ рожденія или съ малолѣтства ставятся въ особое положеніе. Опека надъ ними съ тѣми же послѣдствіями, что̀ и для малолѣтнихъ, продолжается, какъ это уже упоминалось, по праву до 21 года и можетъ быть снята только по освидѣтельствованіи ихъ въ порядкѣ, установленномъ для освидѣтельствованія безумныхъ и сумасшедшихъ, если это освидѣтельствованіе покажетъ, что они могутъ „свободно изъяснять свои мысли и изъявлять свою волю“. Въ противномъ случаѣ опека можетъ быть протянута съ разрѣшенія Сената и до смерти нѣмыхъ и глухо-нѣмыхъ (ст. 381 X т. 1 ч.).

Въ юридическомъ отношеніи не безразлично, умѣетъ-ли глухонѣмой читать и писать. Въ первомъ случаѣ онъ допускается къ совершенію актовъ не иначе, какъ при двухъ свидѣтеляхъ, которые должны объясниться съ нимъ о значеніи и содержаніи акта и удостовѣрить, понялъ-ли нѣмой это содержаніе (Полож. о нот. части, ст. 106). Кромѣ того, при неблагопріятномъ исходѣ освидѣтельствованія способностей нѣмого, надъ нимъ учреждается попечительство, а не опека (ст. 381). Во второмъ случаѣ учреждается опека, и при совершеніи актовъ отъ имени глухонѣмыхъ и нѣмыхъ, не умѣющихъ читать и писать, принимаются всѣ тѣ предосторожности, которыя установлены для сумасшедшихъ и малолѣтнихъ. При этомъ предписано принимать къ совершенію только тѣ акты, которыми что-либо безусловно и исключительно предоставляется въ пользу глухонѣмого, безъ всякаго со стороны его обязательства (ст. 76 прилож. къ ст. 708 X т. 1 ч.). Такимъ образомъ, нѣмые поставлены у насъ наряду съ глухо-нѣмыми, и опека, наравнѣ съ попечительствомъ надъ

тѣми и другими, длится, подобно опекѣ и попечительству надъ малолѣтними и несовершеннолѣтними, и съ тѣми же послѣдствіями, до тѣхъ поръ, пока страдающіе глухотой и нѣмотой не окажутся способными выражать свои мысли и изъявлять свою волю, что̀ удостовѣряется и разрѣшается опять Сенатомъ.

в) Неспособность къ брачному сожительству вліяетъ на супружескія отношенія и можетъ служить основаніемъ къ расторженію брака—не ранѣе, впрочемъ, какъ черезъ три года по его заключеніи (ст. 48—49), и въ томъ лишь случаѣ, если эта неспособность природная, а не появилась уже послѣ вступленія въ бракъ.

г) Заразительныя и иныя вредныя болѣзни у женщины, препятствующія ей подъ угрозой уголовнаго наказанія наниматься въ кормилицы или няньки (ст. 855 Улож. о нак.), 80-лѣтній возрастъ, останавливающій вступленіе въ бракъ (ст. 4 X т. 1 ч.), запрещеніе скопцамъ принимать въ свои семьи чужихъ дѣтей (Сборн. узак., 1884 г., № 56) и нѣкоторыя другія спеціальныя постановленія нашего закона основаны на санитарныхъ и иныхъ соображеніяхъ, не имѣющихъ отношенія къ цивильнымъ цѣлямъ института дѣеспособности и ея необходимымъ именно въ этихъ цѣляхъ ограниченіямъ.

3. Гораздо глубже и прямо разсчитаны на цивильныя цѣли измѣненія въ дѣеспособности, производимыя психическими разстройствами.

Дѣеспособность есть способность къ гражданскому обороту, находящая свое выраженіе въ юридическихъ дѣйствіяхъ. Эти послѣднія предполагаютъ сознательную волю, которая исключена во всѣхъ случаяхъ психическаго разстройства. Но психическое разстройство не исключаетъ внѣшняго вида юридическаго дѣйствія и выступаетъ часто въ формахъ, способныхъ обмануть и опытный глазъ. Поэтому объективное право и принимаетъ мѣры въ защиту гражданскаго оборота отъ вредныхъ и противорѣчащихъ его задачамъ дѣйствій душевно-больныхъ. Душевнобольной для гражданскаго оборота есть не только нуль, но и отрицательная величина, которая должна быть выброшена изъ него не потому, что этотъ больной можетъ пострадать отъ послѣдствій своей самостоятельности, а потому, что онъ неразуменъ и безволенъ, и дѣйствія его должны быть признаны ничтожными безотносительно къ тому, приносятъ-ли они ему пользу или вредъ. Но объективное право сталкивается здѣсь и съ соображеніями гуманности, требующими защиты не только третьихъ лицъ, но и больныхъ душевнымъ разстройствомъ. Оно устраняетъ этотъ конфликтъ идеальныхъ и матеріальныхъ интересовъ объявленіемъ недѣеспособности душевно-больныхъ и установленіемъ надъ ними опеки, подобной опекѣ надъ малолѣтними и несовершеннолѣтними. Это объявленіе недѣеспособности и установленіе опеки происходитъ въ различныхъ формахъ, изъ которыхъ мы отмѣтимъ двѣ наиболѣе важныя.

Во-1), различаютъ: а) психическое разстройство въ смыслѣ осно-

ванія для оспариванія данной юридической сдѣлки, предполагая только моментальное или временное состояніе невмѣняемости, которымъ обусловливается недѣеспособность того, кто совершаетъ данный юридическій актъ именно въ этомъ состояніи; б) психическое разстройство въ смыслѣ основанія для судебнаго рѣшенія или иного правительственнаго постановленія о потерѣ зрѣлости или дѣеспособности даннымъ больнымъ субъектомъ; это—такъ наз., интердикція (interdiction) во французскомъ и лишеніе зрѣлости (Entmündigung) въ нѣмецкомъ правѣ, производящія длительную (до постановленія противоположнаго судебнаго или административнаго рѣшенія) потерю дѣеспособности, которая дѣлаетъ безполезнымъ утвержденіе о такъ наз. „свѣтлыхъ промежуткахъ“ больного (lucida intervalla) въ моментъ заключенія имъ той или другой отдѣльной сдѣлки. Рѣшающее значеніе въ первомъ случаѣ имѣетъ психическое состояніе даннаго момента, исключающее дѣеспособность только въ этотъ моментъ и только въ отношеніи къ данной сдѣлкѣ; во второмъ—судебное или административное рѣшеніе о потерѣ зрѣлости, предполагающее до постановленія противоположнаго рѣшенія общую недѣйствительность всѣхъ актовъ, исходящихъ отъ лица, относительно котораго состоялось это рѣшеніе.

Римское право оперировало, главнымъ образомъ, первымъ изъ указанныхъ понятій и примѣняло понятіе недѣеспособности въ силу судебнаго рѣшенія только къ расточителямъ; всѣхъ остальныхъ душевно-больныхъ оно считало недѣеспособными не на основаніи судебнаго рѣшенія, а на основаніи факта ихъ болѣзни, который подлежалъ доказательству и оспариванію, не препятствуя дѣйствительности юридическихъ сдѣлокъ, совершонныхъ въ моменты такъ наз. lucida intervalla. Напротивъ, новыя законодательства, озабоченныя созданіемъ общихъ гарантій для гражданскаго оборота и огражденіемъ его отъ споровъ о дѣеспособности вовсе ненужныхъ ему лицъ при каждой заключаемой ими сдѣлкѣ, предпочитаютъ систему судебнаго объявленія недѣеспособности, исключающую вопросъ о какихъ бы то ни было lucida intervalla, и примѣняютъ эту систему съ различной силой почти ко всѣмъ категоріямъ душевнобольныхъ.

Во-2), различаютъ два вида недѣеспособности по различію душевныхъ болѣзней. Душевно-больные то совсѣмъ лишаются дѣеспособности и ставятся въ положеніе дѣтей, не достигшихъ 7-лѣтняго возраста, то ограничиваются въ своей дѣеспособности, приравниваясь къ несовершеннолѣтнимъ, стоящимъ, по нашему праву, подъ попечительствомъ. Но принятое какъ въ нашемъ, такъ и во многихъ европейскихъ законодательствахъ, по образцу римскаго, раздѣленіе болѣзней вообще и психическихъ, въ частности, на morbus и vitium, или сумасшествіе и безуміе, временное и постоянное отклоненіе отъ нормальнаго состоянія—не выдерживаетъ научной критики. Кромѣ того, различіе формъ душевнаго разстройства

не имѣетъ значенія для гражданскаго права, которое соображается только съ наличностью у своихъ субъектовъ пониманія совершаемыхъ ими юридическихъ дѣйствій и способностью къ самостоятельному веденію своихъ дѣлъ. Такъ же несостоятельно принятое какъ во французскомъ кодексѣ, такъ и въ новомъ нѣмецкомъ уложеніи различіе между душевно-больными и душевно-слабыми (Geistesschwäche, faibles d'esprit), такъ какъ современная психіатрія разсматриваетъ и душевную слабость, или слабоуміе, какъ болѣзненную аномалію. Не эти устарѣлыя классификаціи, а научныя заключенія врачей служатъ теперь единственнымъ основаніемъ для судебнаго рѣшенія о томъ, обладаетъ или нѣтъ данное лицо необходимымъ для юридической самостоятельности minimum'омъ духовныхъ силъ. Въ случаѣ отрицательнаго отвѣта на этотъ вопросъ учреждается опека, и юридическое положеніе лицъ, лишенныхъ зрѣлости, приравнивается къ положенію либо малолѣтнихъ, либо несовершеннолѣтнихъ.

Но какъ разрѣшается вопросъ о поставленіи душевно-больныхъ въ то или другое положеніе? Если различіе между душевно-больными и „душевно-слабыми“ несостоятельно съ точки зрѣнія психіатріи, то оно соотвѣтствуетъ обыденнымъ представленіямъ, несомнѣнно различающимъ сумасшествіе отъ слабоумія. И разъ это послѣднее оправдываетъ во многихъ случаяхъ ограниченія дѣеспособности, опредѣляемыя положительнымъ законодательствомъ иначе, чѣмъ ограниченія дѣеспособности сумасшедшихъ, намъ остается принять это различіе въ смыслѣ указанія на разновидности одного и того же рода или различныя степени все того же душевнаго разстройства, установленіе котораго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно быть предоставлено рѣшенію врачей.

Французскій кодексъ ставитъ въ положеніе малолѣтнихъ, лишенныхъ всякой дѣеспособности, только сумасшедшихъ и идіотовъ (démence и imbécillité, ст. 489), тогда какъ слабоумныхъ (faibles d'esprit) онъ приравниваетъ къ расточителямъ и даетъ тѣмъ и другимъ „судебнаго ассистента“ (conseil judiciaire, ст. 499), который не управляетъ имуществомъ и не представляетъ слабоумнаго и расточителя, а исполняетъ приблизительно тѣ же функціи, что̀ и нашъ попечитель при несовершеннолѣтнемъ.

Новое нѣмецкое уложеніе проводитъ такое же различіе, знакомое и прусскому Landrecht'у, между душевно-больнымъ и „душевно-слабымъ“ (Gesteiskrankheit и Geistesschwäche), подчиняя перваго режиму, установленному для малолѣтнихъ, не достигшихъ 7-ми лѣтъ, а второго— весьма отличнымъ отъ него правиламъ для перешагнувшихъ этотъ возрастъ несовершеннолѣтнихъ. Въ обоихъ случаяхъ рѣшающую роль играетъ, съ одной стороны, удостовѣренное судомъ психическое состояніе, исключающее свободное волеопредѣленіе, и съ другой—неспособность объявляемаго незрѣлымъ къ попеченію о своихъ дѣлахъ. Во вторую категорію отнесенъ, сверхъ расточительства и другихъ видовъ „душевной слабости“, и новый,

неизвѣстный прежнему праву случай судебнаго лишенія зрѣлости по причинѣ пьянства (Trunksucht). Это состояніе опредѣляется, какъ чрезвычайное влеченіе къ постоянному или періодически возвращающемуся потребленію возбуждающихъ напитковъ, въ ряду которыхъ главное, но не исключительное положеніе занимаетъ алкоголь. Но одно пьянство, каково оно бы ни было, не ведетъ къ отнятію зрѣлости. Его должно сопровождать одно изъ слѣдующихъ условій: а) общая всѣмъ случаямъ низведенія дѣеспособности по судебному рѣшенію неспособность къ заботѣ о своихъ дѣлахъ; б) оправдываемое обстоятельствами дѣла ожиданіе крайней бѣдности; в) угроза опасности для другихъ [1]).

Французскому законодательству также не чуждо понятіе привычнаго пьянства, но не въ смыслѣ основанія для интердикціи, т.-е. судебнаго рѣшенія о лишеніи зрѣлости, а въ смыслѣ извѣстнаго ограниченія дѣеспособности, напр., потери отцовской власти и назначенія къ „привычному пьяницѣ“, при извѣстныхъ условіяхъ, и „судебнаго ассистента“ [2]).

Въ общемъ, до нѣмецкаго уложенія пьянство принималось въ соображеніе какъ этіологическій моментъ душевныхъ болѣзней, способности къ вмѣненію и расточительности. Теперь же и гражданское право задается нравственно-воспитательными цѣлями, принимая свои мѣры предупрежденія противъ той соціальной опасности, которой алкоголизмъ грозитъ всему человѣчеству. Нельзя было бы возражать противъ распространенія вызываемыхъ пьянствомъ ограниченій дѣеспособности и на другіе современные пороки, производящіе такое же ослабленіе воли и вырожденіе, какъ, и алкоголизмъ: сюда принадлежитъ, напр., морфинизмъ. Но нѣмецкая юриспруденція воздерживается еще отъ такой аналогіи, закрываясь текстомъ закона, который говоритъ только о возбуждающихъ „напиткахъ“ [3]).

4. Наше законодательство о душевно-больныхъ отличается особенной отсталостью. Если оставить въ сторонѣ источники права нашихъ западныхъ окраинъ, отразившихъ на себѣ черты болѣе развитого состоянія права на Западѣ Европы, постановленія нашего общаго права, изложенныя въ X т., сохраняютъ еще множество слѣдовъ смѣшенія институтовъ гражданскаго и публичнаго права и въ отношеніи къ душевно-больнымъ имѣютъ въ виду не столько огражденіе личныхъ и имущественныхъ интересовъ этихъ послѣднихъ или соображенія о гражданскомъ оборотѣ, сколько заботу о государственной службѣ. При служиломъ характерѣ всѣхъ прежнихъ отношеній русскихъ подданныхъ къ государству, послѣднее хлопотало болѣе всего о томъ, чтобы подъ предлогомъ болѣзни

---

[1]) Crome, Syst, I, стр. 209—211. Dernburg, Bürgerl. Recht, I, стр. 157—163.

[2]) Planiol, ук. соч., стр. 557, 642, 662.

[3]) Kuhlenbeck, Von der Pandenkten zum BGB, I, стр. 124—128. Crome, ibid. стр. 212.

не происходило уклоненія отъ исполненія служебныхъ обязанностей, и само поэтому, черезъ свои высшіе органы, принимало участіе въ изслѣдованіи душевно-больныхъ. Эта особенность историческаго развитія нашего права, примѣнительно къ случаямъ психическаго разстройства, выступаетъ ярко въ Петровскомъ Указѣ Сенату 1722 г. о свидѣтельствованіи „дураковъ“ (т.-е. безумныхъ) въ Сенатѣ. Послѣдствія этого указа [1]), подтвержденнаго Екатериной II, въ смыслѣ участія высшаго учрежденія въ государствѣ въ освидѣтельствованіи „дураковъ“, чувствуются и въ настоящее время, не знающее, однако, ни служилаго класса, ни оцѣнки безумія съ точки зрѣнія службы. Несмотря на это, компетенція Сената по дѣламъ настоящаго рода удерживается до сихъ поръ, какъ удерживаются и нѣкоторыя другія черты политическаго характера относящихся сюда постановленій, все еще ожидающихъ разработки въ смыслѣ обособленія ихъ отъ служебныхъ и сословныхъ интересовъ.

Другой существенный недостатокъ нашихъ законодательныхъ постановленій о душевно-больныхъ, — недостатокъ, на который не разъ указывалось въ нашей юридической литературѣ,—состоитъ въ томъ, что употребляемые въ нихъ термины „безуміе и сумасшествіе“ далеко не охватываютъ всѣхъ видовъ душевныхъ болѣзней, и это вынуждаетъ судебную практику распространять понятіе этихъ болѣзней на случаи не только временного помѣшательства, напр., при составленіи завѣщаній (ст. 1017 X т.),—но и слабоумія [2]). Такимъ образомъ, наше законодательство различаетъ два вида умопомѣшательства: безуміе, когда больной лишенъ здраваго разсудка съ самаго рожденія (ст. 365), и сумасшествіе— умственное разстройство отъ случайныхъ причинъ уже послѣ рожденія (ст. 366). Передъ наступленіемъ связанныхъ съ этими состояніями юридическихъ послѣдствій больной долженъ быть оффиціально признанъ безумнымъ или сумасшедшимъ, что возможно только послѣ такого же оффиціальнаго освидѣтельствованія его умственныхъ способностей. Прежде наше законодательство проводило довольно важное формальное различіе между безуміемъ и сумасшествіемъ: освидѣтельствованіе безумныхъ производилось непосредственно въ Правительствующемъ Сенатѣ; сумасшедшіе подвергались освидѣтельствованію въ губернскихъ городахъ чрезъ Врачебную Управу. Теперь освидѣтельствованіе сумасшедшихъ и безумныхъ совершается въ одномъ и томъ же порядкѣ.

Семейству, въ коемъ есть безумные или сумасшедшіе, предоставлено заявлять о томъ мѣстному начальству (ст. 367). О послѣдовавшемъ поступленіи больного въ лечебницу завѣдующій послѣдней обязанъ дать знать медицинскому начальству и губернатору. Освидѣтельствованіе совершается въ губернскихъ городахъ черезъ врачебное отдѣленіе губернскаго правленія

---

[1]) См. о немъ у Дювернуа, стр. 339.

[2]) Анненковъ, Система гражд. права, I, стр. 183.

въ присутствіи: губернатора, вице-губернатора, предсѣдателя окружного суда, прокурора или ихъ товарищей, почетнаго мирового судьи и, смотря по состоянію изслѣдуемаго, управляющаго казенной палатой, губернскаго или двухъ уѣздныхъ предводителей дворянства, предсѣдателя сиротскаго суда съ членомъ, депутата отъ военнаго вѣдомства, предсѣдателя коммерческаго суда въ портовыхъ городахъ и проч. (см. ст. 368 и слѣд.). Само освидѣтельствованіе происходитъ въ присутственномъ мѣстѣ или на дому; въ послѣднемъ случаѣ—инспекторомъ Врачебной Управы съ двумя медиками, въ составѣ цѣлаго Присутствія и подъ предсѣдательствомъ представителей сословія, къ коему принадлежитъ больной (ст. 372). Освидѣтельствованіе заключается въ вопросахъ, обращенныхъ къ больному по предметамъ домашней его жизни и обыкновенныхъ обстоятельствъ (ст. 373). Все это и, особенно, вопросы и отвѣты должны быть точно протоколированы, такъ какъ заключеніе Присутствія о болѣзни даетъ основаніе только для принятія мѣръ призрѣнія, а отнюдь не низводитъ само по себѣ дѣеспособности больного и не подчиняетъ его опекѣ. Только Сенатъ, какъ и при Петрѣ, разрѣшаетъ окончательно вопросъ, признать-ли больного недѣеспособнымъ, подобно малолѣтнему, и, въ случаѣ утвердительнаго рѣшенія, подчиняетъ его опекѣ. По отношенію къ крестьянамъ рѣшающую инстанцію составляютъ губернскія правленія (ст. 374).

Нераціональность и медленность этого производства—особенно, въ случаяхъ перемежающагося страданія умственнымъ разстройствомъ, и въ мѣстахъ, отдаленныхъ отъ столицы—дѣлаетъ его нерѣдко почти не достигающимъ своей цѣли. По всѣмъ выданнымъ до признанія сумасшествія актамъ и обязательствамъ дается искъ, и судъ не имѣетъ права отказать въ удовлетвореніи законнымъ притязаніямъ, основаннымъ на такихъ актахъ и обязательствахъ. Если отъ появленія первыхъ признаковъ болѣзни до оффиціальнаго признанія сумасшествія проходитъ много времени, то происходящій отсюда вредъ дѣлается очевиднымъ, и этимъ обстоятельствомъ обыкновенно пользуются: появляются десятки исковъ со стороны лицъ, эксплоатирующихъ беззащитное положеніе больного [1]).

Коль скоро лицо признано безумнымъ или сумасшедшимъ, оно отдается на попеченіе родныхъ или, буде родные откажутся—въ устроенные для умалишенныхъ дома. Вмѣстѣ съ этимъ происходитъ и потеря дѣеспособности. Ограниченія, установленныя нашимъ законодательствомъ для безумныхъ и сумасшедшихъ, сводятся къ слѣд.: а) безумные и сумасшедшіе, съ момента признанія ихъ таковыми Сенатомъ, попадаютъ подъ опеку родственниковъ и занимаютъ то же положеніе, что̀ и малолѣтніе (ст. 375); б) имущество отбирается отъ нихъ въ опекунское управленіе, причемъ на правахъ опекуна выступаютъ ближайшіе наслѣдники (ст. 376); в) безуміе и сумасшествіе служатъ препятствіемъ къ вступленію въ бракъ.

[1]) Дювернуа, стр. 341—342.

(ст. 5); но если сумасшедшій вступилъ въ бракъ ранѣе, то это состояніе, вопреки элементарнымъ требованіямъ общественной гигіены, не можетъ служить основаніемъ для расторженія брака; г) безумные и сумасшедшіе не могутъ вступать въ гражданскія отношенія: всѣ гражданскіе акты ихъ признаются недѣйствительными, если они заключены помимо опекуновъ. Основаніемъ полной недѣеспособности больныхъ служитъ отсутствіе сознанія: поэтому неспособность къ совершенію завѣщанія предполагается. Изъ отсутствія волеспособности у безумныхъ и сумасшедшихъ само собою слѣдуетъ, что ни тѣ ни другіе не могутъ быть и тяжущимися сторонами.

Указанныя ограниченія дѣйствуютъ лишь до тѣхъ поръ, пока больной не выздоровѣетъ. Но какъ скоро болѣзнь миновала, о томъ доносится губернатору, который предлагаетъ Врачебной Управѣ произвести новое изслѣдованіе въ томъ же Присутствіи и въ томъ же порядкѣ, какъ было произведено и первое освидѣтельствованіе. Если Присутствіе признаетъ данное лицо дѣйствительно выздоровѣвшимъ, то объ этомъ и въ томъ же порядкѣ, какъ и первое освидѣтельствованіе, доносится Сенату. До заключенія по этому дѣлу Сената, выздоровѣвшій пользуется свободой; но имѣніе остается пока подъ опекой и освобождается отъ нея лишь съ разрѣшенія Сената (ст. 378). Внѣ указаннаго порядка никакія другія удостовѣренія о выздоровленіи психически-больныхъ не принимаются.

Недостатки изложеннаго порядка признанія сумасшествія и выздоровленія отъ него въ нашемъ законодательствѣ слишкомъ очевидны для того, чтобы на нихъ стоило останавливаться. Мы укажемъ лучше на нѣкоторыя постановленія французскаго и нѣмецкаго права, гдѣ процессъ признанія недѣеспособности душевно-больныхъ поставленъ гораздо проще, короче и цѣлесообразнѣе.

Вообще, французское и германское законодательства представляютъ по этому вопросу значительное сходство. Оба стоятъ за контрадикторный (состязательный) порядокъ судопроизводства передъ судомъ 1-й инстанціи (у нѣмцевъ Amtsgericht), съ участіемъ прокурора. Французскій законъ предполагаетъ и участіе семейнаго совѣта. Судебное изслѣдованіе умственныхъ способностей возбуждается родственниками, супругами, прокуроромъ. Судъ особой экспертизой опредѣляетъ состояніе умственныхъ способностей, постановляетъ низведеніе больного изъ состоянія цивильной зрѣлости и назначаетъ временнаго опекуна, имѣющаго заботиться о лицѣ и имуществѣ больного. По вступленіи этого рѣшенія въ окончательную силу устанавливается постоянная опека, основныя черты которой были уже указаны. Тѣмъ же порядкомъ, но уже по просьбѣ больного или опекуна, судъ изслѣдуетъ и опредѣляетъ признаніе больного выздоровѣвшимъ. Близкій къ этому порядокъ существуетъ у насъ въ Польшѣ и Остзейскихъ губерніяхъ.

Проектъ нашего гражданскаго уложенія въ ст. 7 понимаетъ подъ душевно-больными лицъ, „которыя неспособны дѣйствовать разсудительно

въ отношеніи совершенія сдѣлокъ и управленія своимъ имуществомъ", и подчиняетъ ихъ всѣхъ одной и той же опекѣ, наравнѣ съ глухонѣмыми, нѣмыми, расточителями и „привычными пьяницами". Основываясь на предшествующемъ изложеніи, мы можемъ одобрить только введеніе и въ гражданское законодательство понятія „привычнаго пьянства", заимствованнаго, вмѣстѣ со всѣми своими признаками, составителями нашего Проекта изъ нѣмецкаго уложенія. Но приравнивать соотвѣтствующее ему состояніе, вмѣстѣ съ нѣмотой, глухонѣмотой и расточительствомъ, къ состоянію душевно-больныхъ, объявляя всѣхъ находящихся въ этихъ состояніяхъ лицъ одинаково „неправоспособными" и одинаково подлежащими той суровой опекѣ, которая можетъ быть оправдана только для малолѣтнихъ и душевно-больныхъ въ тѣсномъ смыслѣ этого понятія, составители Проекта не имѣли достаточнаго основанія. Что касается сліянія и всѣхъ категорій душевно-больныхъ въ одно понятіе, то противъ этого пріема можно было бы не возражать только при двухъ условіяхъ: во-1), лучшей организаціи порядка освидѣтельствованія и признанія душевно-больныхъ подлежащими потерѣ зрѣлости, и, во-2), предоставленія суду власти подчинять душевно-больныхъ, на основаніи заключенія врачей, не только опекѣ, лишающей ихъ всякой дѣеспособности, но и такой опекѣ, подъ которой они, подобно несовершеннолѣтнимъ, терпѣли бы лишь извѣстныя ограниченія въ своей дѣеспособности.

Г) Расточительность.

Расточительностью, или мотовствомъ называютъ безполезное, безцѣльное и легкомысленное расходованіе имущества. Соотвѣтствующее психическое состояніе сближается уже въ римскомъ правѣ съ сумасшествіемъ (prodigus tanquam furiosus habetur) и сопровождается назначеніемъ опеки или попечительства (cura prodigii), вмѣстѣ съ большими ограниченіями дѣеспособности. То же мы видимъ и въ германскомъ правѣ задолго до рецепціи римскаго права [1]), которая, однако, обезпечиваетъ за понятіемъ расточительности общее примѣненіе и вводитъ его съ чертами римскаго права въ новые законодательства. Какъ тамъ, такъ и здѣсь, не расточительность, какъ таковая, ограничиваетъ дѣеспособность, а такая лишь расточительность, которая признана судебнымъ рѣшеніемъ и выражена въ той или другой формѣ опеки надъ имуществомъ расточителя. Поэтому расточителемъ въ юридическомъ смыслѣ является только тотъ, кто признанъ таковымъ судомъ, и объ ограниченіи его дѣеспособности до этого признанія не можетъ быть рѣчи. Какъ въ римскомъ правѣ, такъ и въ современныхъ законодательствахъ показателемъ расточительности служитъ болѣзненное психиче-

[1]) Gierke, ibid., стр. 393.

ское состояніе, угрожающее привести къ нищетѣ какъ расточителя, такъ и его семейство. И какъ тамъ, такъ и здѣсь, это обоснованіе расточительности оказывается невѣрнымъ, преувеличивая близость этого состоянія къ душевному разстройству и не принимая во вниманіе его соціальныхъ элементовъ.

Преувеличенность римскаго взгляда на мотовъ, какъ на сумасшедшихъ, доказывается рѣшеніями самихъ римскихъ юристовъ въ отношеніи какъ объема недѣеспособности мотовъ, такъ и порядка наложенія на нихъ опеки. Этотъ порядокъ идетъ не безъ участія и вѣдома самого расточителя, въ противоположность тому, что мы видимъ при объявленіи сумасшествія,— точно такъ же, какъ и моментъ низведенія дѣеспособности расточителя наступаетъ лишь по сообщеніи ему состоявшагося объ этомъ судебнаго рѣшенія, чего мы опять не видимъ при объявленіи сумасшествія. Что касается объема недѣеспособности расточителей, то онъ не шелъ и въ римскомъ правѣ далѣе юридическаго положенія minores infantia majores, т.-е. несовершеннолѣтнихъ, вышедшихъ изъ дѣтскаго возраста. И если многія германскія законодательства пошли далѣе римскаго, ограничивъ расточителя не только въ распоряженіи его имуществомъ, но подчинивъ и личность его власти опекуна,—которому предоставлялось наставлять расточителя на хорошую жизнь и трудъ даже принудительными мѣрами, ходатайствовать, напр., передъ судомъ о заключеніи его въ тюрьму отъ 6-ти мѣсяцевъ до 1-го года и т. д.,—то эти мѣры давно перестали примѣняться, и дѣйствіе опеки надъ расточителемъ ограничивается теперь какъ законодательствами, такъ и, въ особенности, практикой областью однихъ имущественныхъ отношеній.

Такимъ образомъ, опека надъ расточителемъ рѣзко отличается отъ опеки надъ душевно-больными, и не только это обстоятельство, но и другое, еще болѣе существенное, говоритъ противъ смѣшенія расточительности съ душевными болѣзнями. Принимая даже расточительность за душевную болѣзнь, мы не могли бы отрицать тотъ фактъ, что предметомъ судебнаго изысканія по всѣмъ дѣламъ объ интердикціи или наложеніи опеки на расточителей служитъ не эта болѣзнь, а нравственная личность расточителя, его привычки, склонности, нравы. Расточительность есть недостатокъ не столько ума, сколько характера, и признаніе ея въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ совсѣмъ не предполагаетъ доказательства душевнаго разстройства расточителя. Имъ можетъ быть признанъ и вполнѣ здоровый человѣкъ, если онъ безтолково мотаетъ свое имущество— все равно, наслѣдственное или пріобрѣтенное,—и какую бы форму это мотовство ни принимало: траты наличныхъ денегъ, дѣланія долговъ и даже упущеній по хозяйству, напр., остановки посѣва, оставленія безъ пищи скота, несвоевременной уборки жатвы, запущенія дорогихъ водныхъ сооруженій и т. д. [1]) Правда, что древне-римское право сопровождало

[1]) Regelsberger, Pand., стр. 261 — 262. Dernburg. Bürgerl. Recht, I, стр. 162.

умаленіемъ дѣеспособности расточительность не во всякомъ, а только въ дѣдовскомъ и отцовскомъ имуществѣ. Но ни позднѣйшее римское, ни современное европейское право не удержалось на этой узкой точкѣ зрѣнія покровительства родовому началу. Мы видимъ, напротивъ, переходъ относящихся сюда нормъ на почву соціальныхъ нравовъ, вызывающихъ заботливость общественной власти не столько объ имуществѣ расточителя, сколько о добропорядочности нравовъ и соотвѣтственнаго распоряженія всякимъ имуществомъ. Поэтому и основанія для ограниченія дѣеспособности мотивъ лежатъ не въ интересахъ расточителя, которые едва-ли заслуживаютъ какого-нибудь соображенія, и не въ интересахъ его семьи, которой можетъ вовсе не существовать, не устраняя этимъ необходимости учрежденія опеки. Если бы рѣшающую роль играли здѣсь дѣйствительно эти основанія, то намъ пришлось бы, съ одной стороны, признать расточительностью и пожертвованія, дѣлаемыя на высшія общественныя цѣли, включая сюда и тотъ случай, когда жертвователь не имѣетъ никакой семьи и располагаетъ достаточной энергіей и талантомъ, чтобы и по пожертвованіи всего своего имущества не остаться безъ средствъ къ жизни, и, съ другой стороны—согласиться съ тѣми экономистами либеральной школы, которые возстаютъ противъ всѣхъ ограниченій расточителей, опираясь на принципъ невмѣшательства въ частную жизнь и безразличіе для общества переходовъ имущества изъ однѣхъ рукъ въ другія. Къ счастью, ни одно законодательство не подводитъ пожертвованія на общеполезныя цѣли даже всего имущества подъ понятіе расточительности, и ничто не вынуждаетъ насъ ограничивать наши сужденія объ институтахъ права исключительно экономическими соображеніями.

Настоящее основаніе приниженія дѣеспособности расточителей надо искать, прежде всего, въ нравственномъ ущербѣ, причиняемомъ обществу ихъ дѣйствіями, и, затѣмъ—въ цѣлесообразности извѣстнаго противовѣса крайнимъ послѣдствіямъ гражданской самостоятельности, когда она переходитъ въ злоупотребленіе той свободой, которая предоставлена каждому въ распоряженіи его имуществомъ. Установленіе точной границы между этой свободой и ея ограниченіями у расточителей едва-ли достижимо въ виду постоянно колеблющихся представленій о разумномъ пользованіи имуществомъ, и „Мотивы“ къ первому проекту нѣмецкаго уложенія говорятъ по этому поводу слѣд.: „Не всякій, кого называютъ въ обыденной жизни расточителемъ, долженъ подвергаться риску умаленія своей дѣеспособности по расточительности. Недостаточно расходовать болѣе того, что имѣешь. Рѣшающій моментъ лежитъ въ безцѣльной и безполезной тратѣ имущества, вызывающей опасеніе нищеты для расточителя и его семьи“ [1]). Если выбросить послѣднія слова приведенныхъ

[1]) Motive zum Entwurfe eines BGB, I, стр. 64.

„Мотивовъ“, которыя вошли, однако, въ текстъ закона (§ 6 п. 2) и стали обязательными для нѣмецкихъ судовъ, — мы имѣемъ возможность замѣнить ихъ просто судебнымъ признаніемъ расточительности, — то у насъ получится болѣе или менѣе правильное опредѣленіе этого понятія, соотвѣтствующее какъ его колеблющимся въ жизни признакамъ, такъ и его желательной законодательной постановкѣ.

Эта законодательная постановка въ новомъ нѣмецкомъ уложеніи, наравнѣ съ большинствомъ другихъ европейскихъ законодательствъ, состоитъ въ томъ, что расточители получаютъ опекуна на равныхъ правахъ съ лицами, одержимыми пьянствомъ, и имѣютъ возможность какъ управлять своимъ имуществомъ, такъ и дѣлать пріобрѣтенія, но не вступать въ обязательства иначе, какъ съ согласія опекуна, и не писать завѣщаній. Въ этомъ послѣднемъ пунктѣ нѣмецкое уложеніе расходится со своими обоими проектами и большинствомъ партикулярныхъ германскихъ законодательствъ, но сходится съ римскимъ правомъ, такъ же не допускавшемъ завѣщательныхъ распоряженій расточителей (§ 114, 2229). Французскій кодексъ и близкія къ нему законодательства отказываются отъ этого ограниченія расточителей и освобождаютъ ихъ даже отъ опекуна, замѣняя этого послѣдняго, какъ это уже упоминалось, „судебнымъ ассистентомъ“ (conseil judiciaire), безъ согласія котораго они не могутъ только искать и отвѣчать на судѣ, совершать мировыя сдѣлки, занимать, отчуждать и обременять свое имущество ипотеками (ст. 513—515 Code civ.) Возбужденіе и производство дѣлъ о наложеніи опеки въ нѣмецкомъ и назначеніи „судебнаго ассистента“ во французскомъ правѣ — подчиняются, въ общемъ, тѣмъ же положеніямъ, которыя дѣйствуютъ въ отношеніи къ душевно-больнымъ. Иниціатива исходитъ такъ же отъ супруга, родственниковъ, опекуновъ, которые могутъ просить о наложеніи опеки за расточительность и на состоящихъ уже подъ опекой несовершеннолѣтнихъ; но прокурорскій надзоръ не имѣетъ здѣсь иниціативы, предоставленной ему по наложенію опеки или интердикціи на сумасшедшихъ [1]).

Положенія нашего законодательства о расточителяхъ проникнуты до настоящаго времени сословнымъ началомъ. Полицейская точка зрѣнія явно преобладаетъ надъ цивильной, что̀ видно уже изъ того, что положенія о расточителяхъ помѣщены у насъ въ Уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, гдѣ опека надъ имѣніями расточителей мотивируется „предупрежденіемъ и пресѣченіемъ роскоши безмѣрной и разорительной“ (ст. 150 т. XIV). Когда начальникъ губерніи признаетъ нужнымъ наложить опеку на имѣніе дворянина, въ чертѣ его управленія находящееся, то обращается къ дворянскому сословію; если сословіе не постановитъ наложить опеку, то самъ губернаторъ предписываетъ ее

[1]) Planiol, ibid., стр. 662—670. Kuhlenbeck, ibid., стр. 128—131. Dernburg, ibid., стр. 163.

учредить. Въ обоихъ случаяхъ доносится 1-му департаменту Сената съ изложеніемъ причинъ. Сенатъ, если найдетъ сіе основательнымъ, предписываетъ то же и для имѣній въ другихъ мѣстностяхъ, принадлежащихъ тому же лицу (Уст. о пред. и прес. прест., ст. 150, прилож. 1). Если почетный гражданинъ, купецъ или мѣщанинъ по безпутной жизни расточаетъ свое имущество, то губернаторы сообщаютъ объ этомъ соотвѣтствующему обществу. Приговоры о наложеніи опеки для двухъ первыхъ категорій лицъ приводятся въ исполненіе по заключеніямъ общаго присутствія губернскаго правленія и палатъ, а гдѣ введены новые суды, съ участіемъ прокурора окружного суда; для мѣщанъ рѣшающую инстанцію составляютъ губернскія правленія и начальники губерній. Однако, на постановленія сихъ начальствъ, публикуемыя въ Сенатскихъ Объявленіяхъ (прод. 1890 г. т. X ч. I, ст. 374), допускаются жалобы 1-му департаменту правительствующаго Сената (Уст. о пред. и прес. прест., ст. 150, прилож. 2). Въ отношеніи крестьянъ не предписано особыхъ правилъ, и отсюда, равно какъ изъ ст. 51 Положенія о крестьянахъ, не упоминающей объ опекѣ за расточительность при перечисленіи правъ, предоставленныхъ сельскому сходу по назначенію опеки и попечительства, нашъ Сенатъ выводитъ заключеніе о недопустимости у крестьянъ опеки по расточительности (рѣш. 1881 г. № 83). Но это заключеніе устраняется уже закономъ 1886 г. „О порядкѣ разрѣшенія семейныхъ раздѣловъ въ сельскихъ обществахъ, въ которыхъ существуетъ общинное пользованіе мірской полевой землей“, гдѣ постановлено, что сельскій сходъ, вѣдающій такіе раздѣлы, удостовѣряется прежде всего въ согласіи на раздѣлъ родителя или старшаго члена семьи и, при отсутствіи согласія, приступаетъ къ раздѣлу лишь въ томъ случаѣ, если поводомъ къ нему служитъ расточительность и безнравственное поведеніе домохозяина. Кромѣ того, цитированной выше ст. 51 Общаго положенія о крестьянахъ сельскимъ обществамъ предоставлено, по утвержденіи ихъ приговоровъ губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіемъ, передавать въ распоряженіе правительства членовъ своихъ за порочное поведеніе. И хотя Сенатъ разъяснялъ эту статью въ томъ смыслѣ, что „сельскому сходу не предоставлено права признавать кого-либо изъ общественниковъ неимѣющимъ гражданской правоспособности вслѣдствіе расточительности и назначать по сему поводу опеку“, низшія инстанціи смотрятъ на это дѣло иначе и разрѣшаютъ опеку [1]).

Главное послѣдствіе признанія расточителемъ заключается въ учрежденіи опеки надъ имѣніемъ, причемъ немедленно должны быть наложены на имѣнія (помѣщичьи) запрещенія. Опекуны, управляя имѣніемъ, уплачиваютъ долги, а расточители не только лишаются права закладывать, продавать имѣнія, но и вступать въ какія-либо обязательства

[1]) Дювернуа, тамъ же, стр. 343—345.

(Уст. о пред. и прес. прест., ст. 151, 152). Не лишаясь права искать и отвѣчать на судѣ, они обязаны о каждомъ дѣлѣ увѣдомлять опеку, не могутъ безъ согласія опекуна избирать повѣреннаго, оканчивать дѣла примиреніемъ, дѣлать на судѣ уступки, предъявлять споръ о подлогѣ акта и вступать въ отвѣтъ по такому спору (Уст. Гражд. Суд. ст. 20). Это постановленіе нашего Устава Гражд. Судопр., предоставляющее расточителямъ право искать и отвѣчать на судѣ, не согласовано съ ограничительными постановленіями ст. 152 Уст. о пред и прес. прест., требующими постоянной дѣятельности опекуна и въ управленіи ихъ имуществомъ. Выходомъ изъ этого противорѣчія было бы не приравненіе опеки надъ расточителемъ къ попечительству, что̀ прямо исключено смысломъ ст. 152 Уст. о пред. и прес. прест., и не приравненіе этой же опеки къ опекѣ надъ малолѣтними, что̀, въ свою очередь, исключено ст. 20 Уст. гражд. судопр., а признаніе опеки надъ расточителемъ за промежуточный между попечительствомъ и опекой надъ малолѣтнимъ видъ опеки, предоставляющій расточителю меньше самостоятельности, чѣмъ несовершеннолѣтнему, стоящему подъ попечительствомъ, и больше самостоятельности, чѣмъ малолѣтнему, подчиненному опекуну во всѣхъ своихъ юридическихъ дѣйствіяхъ. Въ отличіе отъ этого послѣдняго, расточитель выступаетъ лично на судѣ и не зависитъ отъ опекуна не только въ своихъ личныхъ и семейныхъ отношеніяхъ, но и во многихъ отношеніяхъ по имуществу. Получая отъ опеки доходы, остающіеся за вычетомъ расходовъ по управленію, расточители не стѣснены въ распоряженіи этими доходами и могутъ совершать связанныя съ ними сдѣлки, напр., по найму квартиры, прислуги и т. д., равно какъ и сдѣлки, по которымъ они обезпечиваютъ за собой какой-либо заработокъ или распоряжаются своимъ имуществомъ на случай смерти. Въ отличіе же отъ несовершеннолѣтняго, расточители не только не имѣютъ права распоряженія своимъ имуществомъ, но устранены и отъ его управленія, предоставленнаго ст. 152 т. XIV ихъ опекунамъ [1]).

Для прекращенія опеки надъ расточителемъ установленъ порядокъ, соотвѣтственный порядку ея учрежденія, хотя доказательство исправленія отъ расточительности, конечно, затруднительнѣе доказательства ея наличности.

5. Вліяніе на право- и дѣеспособность условій общественныхъ.

А) Подданство.

Подданство или гражданство, т.-е. принадлежность къ тому или другому государству,—которая въ одномъ случаѣ есть подчиненность той

[1]) Анненковъ, тамъ же, стр. 190—192.

или другой государственной власти, а въ другомъ и участіе въ ея отправленіи—представляетъ собой отношеніе публичнаго права и подлежитъ нашему разсмотрѣнію лишь настолько, насколько оно вліяетъ на гражданскую правоспособность. Въ принципѣ, это вліяніе отвергается современными законодательствами, и, хотя на практикѣ оно еще во многихъ случаяхъ даетъ чувствовать себя, мы все-таки можемъ сказать, что безразличіе подданства для гражданскаго права составляетъ теперь общее правило и несомнѣнно лежитъ въ основѣ эволюціи этого права [1]). Удерживающіяся еще ограниченія правоспособности иностранцевъ не слѣдуетъ смѣшивать съ касающимися ихъ же нормами частнаго международнаго права. Первыя представляютъ собой матеріальное и внутреннее право каждой данной страны; послѣднія—коллизіонное и международное право. Первыя ограничиваютъ въ томъ или другомъ смыслѣ правоспособность иностранцевъ и принадлежатъ, главнымъ образомъ, прошлому; послѣднія—скорѣе расширяютъ правоспособность всѣхъ, кто участвуетъ въ международномъ общеніи, и имѣютъ за себя не только прошлое, но и настоящее, и будущее [2]).

Уже римское право, когда оно стало jus gentium, т.-е. всенароднымъ правомъ, было близко къ осуществленію принципа равноправія: римскіе иностранцы (peregrini), принадлежа другимъ національностямъ, но не необходимо другому государству, были уравнены въ своихъ гражданскихъ правахъ съ римлянами именно на основаніи этого jus gentium, обнимавшаго весь извѣстный тогда культурный міръ. Подобнымъ же образомъ и пандектное, т.-е. современное римское право, основанное на томъ же jus gentium, не затрудняется уравненіемъ въ гражданскихъ правахъ своихъ и чужихъ, т.-е. подданныхъ даннаго государства и проживающихъ въ его предѣлахъ подданныхъ другого государства, или иностранцевъ, оговаривая только возможность исключеній, постановляемыхъ мѣстной законодательной властью. Равенство въ гражданскихъ правахъ для всѣхъ и безъ всякихъ исключеній объявлено въ законодательномъ порядкѣ впервые французскимъ Учредительнымъ Собраніемъ, но изданный уже послѣ революціи Code civil признаетъ это равенство только для французскихъ гражданъ („Tout Français jouira des droits civils“, art. 8). Иностранцы подчинены принципу дипломатической взаимности, сообщающему имъ лишь тѣ гражданскія права, которыя обезпечиваются международными договорами за самими французами въ той странѣ, которой принадлежитъ иностранецъ (art. 11). Этотъ принципъ воспринимается вскорѣ и другими европейскими законодательствами, оставляющими въ силѣ, подъ его вліяніемъ, цѣлый рядъ огра-

[1]) Прусскій Landrecht, Einl., § 41—42, Австрійское гражд. улож. § 33, Саксонское улож., § 20, Италіанское улож., ст. 3, Голландское, ст. 9 и др.

[2]) См. выше, стр. 292 и слѣд.

ниченій иностранцевъ не только въ публичномъ, но и гражданскомъ правѣ.

Ограниченія эти представляются несомнѣнно остатками или переживаніями древняго воззрѣнія, разсматривавшаго иностранца, какъ врага, и не знавшаго никакого права внѣ границъ даннаго племени, рода, семьи и другихъ общественныхъ союзовъ. Отсюда вытекало само собою безправіе иностранца среди чужого племени или государства, которое могло сдѣлать съ нимъ все, что ему было угодно. Единственная возможность защититься отъ произвола племени или государства состояла для иностранца въ томъ, что онъ вступалъ подъ власть или такъ наз. въ германскомъ правѣ mundium одного изъ членовъ племени, который дѣлался тогда его представителемъ, отвѣчалъ за него и охранялъ отъ обидъ, разсматривая эти послѣднія, какъ лично ему нанесенныя. Но вполнѣ безправное состояніе иностранцевъ въ Западной Европѣ едва-ли восходитъ къ историческимъ временамъ, такъ какъ уже при Меровингахъ и Каролингахъ мы видимъ, что не только знать, но и король выступаетъ постоянно въ роли покровителя иностранцевъ и обладателя надъ ними власти, именуемой mundium. Особенно благопріятно было для иностранцевъ образованіе франкской монархіи, объединившей не одни германскія племена и сдѣлавшей равноправными всѣ вошедшіе въ ея составъ народы. Королевская защита получила субсидіарное значеніе для случаевъ, въ которыхъ иностранцы были лишены иной защиты, и стала потомъ исключительнымъ правомъ (регаліей) королевской власти [1]).

На улучшеніе юридическаго положенія иностранцевъ вліяли и другія обстоятельства, въ ряду которыхъ можно отмѣтить: идею универсальной, слитой изъ духовнаго и свѣтскаго элементовъ, монархіи, развитіе обмѣна, знакомство съ римскимъ правомъ, учрежденіе въ городахъ особыхъ судовъ (Gastgerichte), разсчитанныхъ на быструю помощь временно прибывающимъ въ нихъ иностранцамъ, и т. д. [2]). Одиноко стоявшіе въ сторонѣ отъ франкской монархіи на востокѣ славяне вынуждены были вести съ нею непрерывную борьбу и не пользовались правоспособностью иначе, какъ по королевскому повелѣнію и особо учреждаемому надъ ними королемъ mundium'у.

Послѣдствіемъ mundium'а было, между прочимъ, право отправлявшаго его лица не только на все остающееся послѣ иностранцевъ наслѣдство, но и на всѣ ихъ пріобрѣтенія по наслѣдственному преемству; это право отмѣняется — по крайней мѣрѣ, отчасти — въ 1220 г. императоромъ Фридрихомъ II Гогенштауфеномъ. Распаденіе монархіи Карла Великаго было вообще регрессомъ для права иностранцевъ, значительно ухудшивъ ихъ юридическое положеніе. Мелкія государства замыкаются

---

[1]) Brunner, Rechtsgechichte, I, стр. 274. Gierke, тамъ же, стр. 445.
[2]) Brunner, тамъ же, стр. 273. Stobbe, Handb., I, стр. 356.

въ себя и относятся другъ къ другу враждебнѣе, чѣмъ государства крупныя. Если эти послѣднія, гордыя своимъ могуществомъ, не затрудняются допускать въ свои предѣлы и чуждые элементы, то первыя уже потому, что они безсильны и часто завистливы, находятся въ постоянной войнѣ, какъ злѣйшіе сосѣди [1]), Отсюда—цѣлый рядъ ограниченій гражданской правоспособности иностранцевъ, удерживающихся отчасти до нашихъ дней.

а) Прежде всего, лишенные политическихъ правъ, иностранцы не могли обладать и тѣми гражданскими правами, которыя допускали послѣдствія политическаго характера. Сюда принадлежали, главнымъ образомъ, поземельная собственность и всѣ связанныя съ нею права на землю: залогъ, аренда, рента и т. д. Въ случаѣ пріобрѣтенія этихъ правъ по наслѣдству или инымъ путемъ, иностранцы должны были въ теченіе опредѣленнаго срока,—по бо́льшей части, года и дня,—отчуждать эти права туземцамъ подъ страхомъ конфискаціи и объявленія ихъ пріобрѣтеній недѣйствительными. Это запрещеніе владѣть недвижимымъ имуществомъ имѣетъ корень еще въ знаменитомъ § 45 Салическаго закона, дававшемъ право каждому члену общины своимъ единоличнымъ veto воспротивиться вступленію въ общину не только иностранца, но и подчиненнаго той же государственной власти поселенца сосѣдней деревни.

б) Такъ же ограничены были иностранцы и въ наслѣдованіи движимымъ имуществомъ. Сначала это имущество шло цѣликомъ королю или сеньору, упражнявшему mundium надъ иностранцемъ, но когда Фридрихъ Гогенштауфенъ разрѣшилъ иностранцамъ ограниченное наслѣдованіе какъ по закону, такъ и по завѣщанію, то государство продолжало взыскивать съ ихъ наслѣдства значительную долю, колебавшуюся отъ $^1/_5$ до $^1/_{10}$ всего наслѣдства. Этотъ налогъ былъ аналогиченъ тому, который взимался съ наслѣдства крѣпостныхъ крестьянъ, и назывался gabella hereditatis, jus albinagii или droit d'aubaine — во Франціи, гдѣ онъ держался особенно долго и былъ отмѣненъ лишь въ 1819 г. Если иностранецъ выселялся изъ обитаемой имъ страны, онъ также платилъ значительную подать (gabella emigrationis), колебавшуюся отъ $^1/_3$ до $^1/_{10}$ его имущества.

в) Наконецъ, иностранцы были стѣснены и во многихъ другихъ отношеніяхъ: занятіяхъ торговлей и ремеслами, условіяхъ явки на судъ, въ качествѣ истца и отвѣтчика, удовлетвореніи при конкурсѣ, и т. д. Кромѣ того, они несли чрезвычайную отвѣтственность не только за свои долги, но и за долги своихъ соотечественниковъ [2]).

Иного направленія въ отношеніи къ правоспособности иностранцевъ держатся новыя законодательства. Отъ ограниченій правоспособности,

---

[1]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I, стр. 144 и слѣд.
[2]) Stobbe, въ ук. м.

коренившихся въ первоначальномъ безправіи иностранцевъ, не остается и слѣда. Сюда слѣдуетъ отнести, сверхъ приведенныхъ выше примѣровъ, и такіе исчезнувшіе теперь институты, какъ, напр., береговое право, дававшее береговому владѣльцу собственность на вещи и личность выброшеннаго на берегъ иностранца, и такъ наз. Wildfangsrecht, дѣлавшее иностранца на извѣстной территоріи крѣпостнымъ владѣльца этой территоріи. Точку зрѣнія племеннаго, сословнаго и территоріальнаго началъ новыя законодательства смѣняютъ на точку зрѣнія международнаго общенія (comitas nationum), и отсюда беретъ начало современное намъ регулированіе права иностранцевъ на основаніи принципа взаимности въ отношеніи какъ признанія, такъ и стѣсненія (реторсія) ихъ правъ. Согласно этому принципу, большинство новыхъ законодательствъ подчиняетъ иностранцевъ только тѣмъ ограниченіямъ въ гражданскомъ правѣ, которымъ подданные даннаго государства подвергаются въ странѣ, которой принадлежитъ иностранецъ. При отсутствіи такихъ ограниченій иностранцы пользуются равными правами съ туземцами, и это равенство не нарушается, не вызываетъ, слѣдовательно, и возмездія, даже въ томъ случаѣ, когда иностранное законодательство, не дѣлая различія между своими подданными и иностранцами, ставитъ этихъ послѣднихъ въ какомъ-либо отношеніи въ худшія условія, чѣмъ тѣ, въ какихъ они стоятъ въ своей странѣ.

На болѣе узкой и своекорыстной точкѣ зрѣнія стоитъ до сихъ поръ французскій кодексъ, такъ какъ онъ отстаетъ даже отъ принципа взаимности, допуская къ пользованію гражданскими правами лишь тѣхъ иностранцевъ, которые получаютъ разрѣшеніе на постоянное жительство во Франціи; остальнымъ иностранцамъ предоставлены только тѣ права, которыя выговорены ихъ правительствами международными договорами съ Франціей. Въ какое же положеніе поставлены иностранцы, не получившіе разрѣшенія на постоянное жительство и не защищенные особымъ международнымъ договоромъ? По точному смыслу соотвѣтствующихъ статей кодекса (ст. 11 и 13) это положеніе безправно, но французская юриспруденція, какъ мы это уже показывали, толкуетъ эти статьи въ такомъ смыслѣ, который ограничиваетъ настоящую контроверзу нѣсколькими совершенно незначительными случаями правъ, обусловленныхъ въ своемъ дѣйствіи французскимъ гражданствомъ, и допускаетъ къ пользованію остальными гражданскими правами всѣхъ иностранцевъ, каковы бы ни были различія въ ихъ положеніи [1]). Однако, и независимо отъ исключенія отъ всѣхъ публичныхъ должностей, запрещенія быть свидѣтелями при совершеніи торжественныхъ актовъ, требованія вносить извѣстное обезпеченіе при предъявленіи исковъ, и нѣкоторыхъ другихъ менѣе важныхъ ограниченій правоспособности, иностранцы не могутъ считать себя

[1]) См. выше, стр. 311.

во Франціи достаточно огражденными и потому, что административной власти предоставлены здѣсь закономъ 3 дек. 1849 г. чрезвычайно широкія полномочія по выселенію ихъ изъ предѣловъ страны [1]).

Далѣе всѣхъ европейскихъ законодательствъ въ признаніи равноправія иностранцевъ съ туземцами идетъ, какъ мы это уже знаемъ, современное итальянское право, уравнивающее тѣхъ и другихъ независимо отъ принципа взаимности. Но, по сравненію съ французскимъ и нѣкоторыми недалеко отъ него стоящими законодательствами [2]), свободнѣе и ближе къ началамъ международнаго общенія подходятъ постановленія и прусскаго, австрійскаго, саксонскаго и многихъ другихъ болѣе мелкихъ кодексовъ. Подданствомъ они обусловливаютъ лишь состояніе лица въ государственномъ союзѣ, а не состояніе его, какъ индивида. Поэтому и сохраняющіеся еще ограниченія правоспособности иностранцевъ въ гражданскомъ правѣ носятъ здѣсь совершенно исключительный характеръ, примѣняясь только къ тѣмъ гражданскимъ правамъ, которыя связаны съ публичными. Притомъ, и эти ограниченія въ большинствѣ случаевъ затрогиваютъ не всѣхъ иностранцевъ, а лишь тѣхъ, правительства которыхъ отказываютъ нѣмцамъ въ положеніи, занимаемомъ иностранцами въ Германіи [3]).

Тѣмъ не менѣе, регламентація права иностранцевъ составляетъ и въ современной Германіи предметъ не обще-имперскаго, а мѣстнаго законодательства, почему въ Гамбургѣ, напр., пріобрѣтеніе иностранцами недвижимой собственности обусловлено и въ настоящее время разрѣшеніемъ мѣстной государственной власти, а въ Пруссіи принимаются самыя стѣснительныя мѣры противъ иностранцевъ, въ ней живущихъ—особенно, русскихъ подданныхъ. Вполнѣ уравненными въ своихъ правахъ являются лишь подданные каждаго изъ государствъ, входящихъ въ составъ Германской имперіи, въ предѣлахъ всѣхъ другихъ государствъ этой имперіи (ст. 3 конституціи Германской имперіи), такъ что понятіе иностранца не примѣняется въ современной Германіи къ подданнымъ одного изъ нѣмецкихъ государствъ по отношенію къ подданству въ другомъ; оно примѣняется только къ несостоящимъ подданными ни одного изъ этихъ государствъ.

Наше законодательство объ иностранцахъ оказывается сравнительно прогрессивнымъ, хотя и не исчерпывающимъ. Иностранные подданные, по общему правилу (Зак. 10 февраля 1864 г.), пользуются въ Россіи широкой гражданской правоспособностью и болѣе уравнены въ своихъ правахъ съ кореннымъ населеніемъ, чѣмъ мы видимъ это въ большин-

---

[1]) Capitant, Introduction, стр. 116—117.

[2]) См., напр., законодательства французскихъ кантоновъ Швейцаріи у Huber'a, System und Geschichte des Schweizerrischen Recht, I, стр. 144 и слѣд.

[3]) Gierke, ibid., стр. 445—447. Crome, ibid., стр. 193—194.

ствѣ европейскихъ странъ. Въ силу ст. 1003—1009 т. IX иностранцамъ предоставлено, во-1), право пріобрѣтать всякими способами движимыя и недвижимыя имущества въ Россіи находящіяся, за исключеніемъ только тѣхъ, которыми могутъ владѣть потомственные дворяне; во-2), право владѣть и пользоваться всякаго рода недвижимыми имуществами по договорамъ найма, поссессіи и т. п., а также — управлять ими, въ качествѣ приказчиковъ и управляющихъ; въ-3), право вступать во всякаго рода договоры и обязательства какъ между собой, такъ и съ русскими подданными, устраивать фабрики и заводы съ уплатой гильдейскихъ пошлинъ, отправлять всѣ виды промысловъ и т. д.; въ-4), право наслѣдовать имущества, въ Россіи находящіяся, какъ по закону, такъ и по духовному завѣщанію. Дѣла иностранцевъ, находящихся въ Россіи, какъ между собой, такъ и съ русскими подданными, подлежатъ вѣдомству русскихъ судебныхъ установленій по общимъ законамъ о подсудности (ст. 224 Уст. гражд. судопр.).

Дѣйствительныхъ ограниченій правоспособности иностранцевъ у насъ немного, и всѣ они болѣе или менѣе частнаго характера. Указомъ 1885 г. иностранцамъ воспрещено заниматься горнымъ промысломъ въ Приморской области, а Положеніемъ объ управленіи Туркестанскимъ краемъ они лишены права пріобрѣтать недвижимыя имущества въ предѣлахъ этого края; исключеніе сдѣлано только для уроженцевъ сопредѣльныхъ мѣстностей. Болѣе общее значеніе имѣютъ ограниченія правоспособности иностранцевъ въ силу Выс. Указа 14 марта 1887 г., въ 10 губерніяхъ Царства Польскаго и 11 губерніяхъ, прилегающихъ къ нашей западной границѣ. Иностранцамъ запрещено въ этихъ мѣстахъ: 1) пріобрѣтеніе внѣ портовыхъ и городскихъ поселеній права собственности, владѣнія, пользованія, найма и аренды недвижимыхъ имуществъ; 2) наслѣдованіе въ недвижимостяхъ по закону въ прямой нисходящей линіи и между супругами допущено только въ томъ случаѣ, если иностранецъ поселился въ этой мѣстности до изданія указа; въ противномъ случаѣ онъ обязанъ продать свое имѣніе русскому подданному въ теченіе трехъ лѣтъ, подъ угрозой продажи этого имущества съ публичнаго торга. Въ 1892 г. того же рода ограниченія введены въ Волынской губерніи, не взирая даже на принятіе иностранцами русскаго подданства (т. IX изд. 1899 г., прилож. I къ ст. 830).

Другія ограниченія незначительны: напр., иностранцамъ, въ отличіе отъ русскихъ подданныхъ, назначенъ только двухгодичный срокъ для предъявленія притязаній на наслѣдство (т. X ч. I, ст. 1247); на судѣ иностранецъ-истецъ, не состоящій на службѣ и не владѣющій недвижимостью, долженъ, по образцу французскаго кодекса (art. 16), представить обезпеченіе на случай возможныхъ издержекъ и убытковъ по дѣлу; иначе отвѣтчикъ предъявляетъ отводъ безъ объясненія по существу дѣла (Уст.

гражд. суд., ст. 571 п. 5) [1]). Не составляютъ ограниченій въ смыслѣ гражданскаго права запрещенія иностранцамъ носить званіе присяжнаго повѣреннаго, занимать извѣстныя должности и т. д., такъ какъ эти запрещенія имѣютъ свой корень въ публичномъ правѣ. При такомъ, можно сказать, значительномъ уравненіи въ области гражданскаго права иностранцевъ съ русскими подданными, и при свободѣ принятія русскаго подданства (за исключеніемъ евреевъ, о которыхъ см. ниже, и дервишей), прямой аномаліей являются законы (IX, прилож. къ ст. 14, прим.), обставляющіе для русскихъ подданныхъ стѣснительными условіями полученіе правъ, напр., „финляндскаго гражданства“ (прошеніе губернатору, свидѣтельство о неимѣніи препятствій къ „выбытію изъ имперіи“, Высочайшее благоусмотрѣніе, дѣйствительное поселеніе въ Финляндіи и обязательный взносъ въ 1000 рублей въ пользу мѣстныхъ богадѣленъ).

Б) Національность.

Національность, въ смыслѣ принадлежности лица къ той или другой племенной группѣ, составляетъ, какъ это было уже показано, одну изъ исходныхъ точекъ гражданской правоспособности и опредѣляетъ собою на первоначальныхъ ступеняхъ развитія права систему такъ наз. племенныхъ или личныхъ правъ. Господствомъ этой системы обусловливается сначала беззащитное положеніе не только иностранцевъ, но и всѣхъ, кто не принадлежитъ къ данной племенной группѣ; и если современное право, уравнивая своихъ и чужихъ, удерживаетъ, какъ мы это видѣли, лишь незначительныя ограниченія правоспособности иностранцевъ, то различіе національностей въ предѣлахъ одного и того же государственнаго союза не играетъ теперь въ правѣ, по общему правилу, никакой роли.

Наше законодательство сохраняетъ, однако, цѣлый рядъ исключительныхъ нормъ для такъ назыв. „инородцевъ“, обозначая этимъ именемъ, въ противоположность иностранцамъ, не чужихъ, а своихъ же русскихъ подданныхъ, которые, принадлежа къ извѣстнымъ племеннымъ группамъ, подчинены въ составѣ цѣлаго племени своимъ особымъ племеннымъ, а не общерусскимъ юридическимъ нормамъ.

Такіе „инородцы“ перечислены въ нашемъ законѣ, и для каждаго изъ указанныхъ имъ племенъ установлено особое юридическое положеніе. Группировка этихъ племенъ въ ст. 835 т. IX Зак. о сост. такова:

---

[1]) Подобное же ограниченіе, вмѣстѣ съ лишеніемъ иностранца такъ наз. „права бѣдности“, т.-е. безпошлиннаго веденія судебнаго дѣла, содержитъ въ себѣ и нѣмецкій процессуальный кодексъ (Civilprocessordnung, § 102, 103, 106), снимающій съ него, однако, оба ограниченія, если они не примѣняются въ странѣ, которой принадлежитъ иностранецъ.

1) сибирскіе инородцы и въ особенности киргизы; 2) инородцы, живущіе на Командорскихъ островахъ; 3) самоѣды въ Мезенскомъ уѣздѣ Архангельской губерніи; 4) кочевые инородцы Ставропольской губерніи; 5) кочевые калмыки Архангельской и Ставропольской губерній; 6) ордынцы Закаспійскаго края; 7) евреи. Правда, это перечисленіе нельзя считать исчерпывающимъ, такъ какъ, сверхъ названныхъ сейчасъ племенъ, нашъ законъ знаетъ и другихъ инородцевъ, напр., кавказскихъ горцевъ, которыхъ онъ ставитъ такъ же въ исключительное положеніе, освобождая ихъ во многихъ случаяхъ отъ подчиненія общимъ нормамъ и предоставляя имъ управляться своими мѣстными обычаями. Тѣмъ не менѣе, юридическое понятіе „инородца“ есть не этнографическое: оно не противополагается господствующему русскому племени и обнимаетъ собой только указанныя въ законѣ племенныя группы, поставленныя въ исключительное юридическое положеніе. Въ этомъ смыслѣ наше законодательство причисляетъ къ инородцамъ и евреевъ, хотя ограниченія правоспособности лицъ этого племени обусловлены не столько племеннымъ различіемъ, сколько взаимной вѣроисповѣдной исключительностью. Это видно уже изъ постановленія ст. 964 IX т., по силѣ котораго въ случаѣ прекращенія вѣроисповѣднаго различія евреевъ съ лицами одного изъ христіанскихъ исповѣданій прекращается и ограниченность ихъ правоспособности. Опираясь, съ одной стороны, на этотъ законъ и, съ другой—на ст. 952 того же IX т., подчиняющую евреевъ общимъ законамъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда о нихъ не постановлено особыхъ правилъ, и соображаясь также съ необходимостью ограничительнаго толкованія такихъ исключительныхъ нормъ, какими являются всѣ ограниченія правоспособности, мы не можемъ согласиться съ мнѣніемъ тѣхъ изъ нашихъ юристовъ, которые распространяютъ и на евреевъ-христіанъ дѣйствіе закона 1882 г. (прим. 3 къ ст. 959 IX т. по сводному Продолж. 1890 г.), запретившаго „всѣмъ безъ исключенія евреямъ“ пріобрѣтать внѣ городовъ и мѣстечекъ недвижимую собственность и связанныя съ ней права въ нашихъ 9 западныхъ губерніяхъ. Это мнѣніе аргументируется только словами закона: „всѣмъ безъ исключенія евреямъ“ [1]), которыя мы находимъ возможнымъ распространить только на евреевъ, получившихъ право повсемѣстнаго жительства въ Имперіи, но не на евреевъ-христіанъ, пріобщенныхъ самимъ закономъ къ общему праву (ст. 964) во всѣхъ случаяхъ, когда противное имъ не оговаривается (ст. 952). Поэтому же нельзя признать правильнымъ и помѣщеніе постановленій, касающихся правоспособности евреевъ, въ IX т. Свода законовъ, гдѣ рѣчь идетъ о различіяхъ по состоянію и племенной принадлежности, а не по религіознымъ вѣрованіямъ. За всѣмъ тѣмъ мы увидимъ ниже, что исключительность юридическаго положенія евреевъ обусловлена въ нашемъ законодательствѣ, какъ это было въ прошломъ и европейскихъ законодательствъ, не только вѣро-

[1]) Анненковъ, тамъ же, стр. 148—150.

исповѣдными соображеніями, но и исключительными условіями быта и историческаго развитія, которыя мы разсмотримъ нѣсколько ниже.

Общій характеръ всѣхъ относящихся къ нашимъ инородцамъ (кромѣ евреевъ) нормъ состоитъ въ томъ, что ими инородцы ограждаются не только отъ „бойкихъ дѣйствій наѣзжихъ торговцевъ“, но и въ особенности отъ возможныхъ злоупотребленій со стороны мѣстныхъ властей и чиновничества; и это заботливое, опекающее направленіе проходитъ по всему нашему законодательству объ инородцахъ. Положеніе нѣкоторыхъ изъ нихъ можно приравнять къ положенію infantes или, по крайней мѣрѣ, impuberes infantia majores; это—подопечные народы, для которыхъ ограничивающія правоспособность мѣры настолько же полезны, насколько онѣ вредны для народовъ культурныхъ [1]). Возьмемъ напр., ст. 2072 X т.: „Всѣмъ чиновникамъ въ Сибири и въ Архангельской губерніи служащимъ запрещается вступать въ долговыя обязательства съ инородцами и самоѣдами, какъ на свое имя, такъ и подъ предлогомъ лицъ постороннихъ. Всѣ таковыя обязательства, съ явкой или безъ явки, частныя или общественныя, суть ничтожны, иска по нимъ нѣтъ, и никакого взысканія не производится“. Далѣе идутъ подробныя разъясненія по поводу способовъ займа явочнаго (ст. 2073 и 2074), подлежащаго взысканію, и займа безъ явки, не подлежащаго не только взысканію, но и разсмотрѣнію. При совершеніи частныхъ явочныхъ займовъ требуется дозволеніе, одобреніе и поручительство для сибирскихъ обывателей—членовъ волостного правленія или инородческой управы, а для мезенскихъ самоѣдовъ—родового старосты (ст. 2074). Для совершенія займовъ общественныхъ, надобность въ которыхъ можетъ возникнуть по поводу какого-нибудь бѣдствія, требуется мірской приговоръ и дозволеніе губернскаго или областного начальства (ст. 2086—2089). Калмыкамъ дозволены только сдѣлки на наличное и безъ $^0/_0{}^0/_0$; для нихъ учреждено даже особое званіе Главнаго Попечителя калмыцкаго народа (ст. 480 Положенія объ инородцахъ). Нѣкоторымъ изъ нѣмецкихъ колонистовъ запрещена выдача векселей и т. д.

Особыя ограниченія правоспособности лицъ „польскаго происхожденія“ (независимо отъ ихъ вѣроисповѣданія), указанныя въ прим. къ ст. 698 X т. и въ особомъ къ ней приложеніи (запрещеніе пріобрѣтать въ тѣхъ же 9 западныхъ губерніяхъ помѣщичьи имѣнія всякимъ инымъ способомъ, кромѣ наслѣдованія по закону, брать эти имѣнія въ арендное содержаніе, принимать въ залогъ, управлять ими и т. д.), носятъ временный характеръ, условленный земельной политикой нашего правительства послѣ польскаго возстанія 1863 г., и не имѣютъ ничего общаго, какъ и наше исключительное законодательство объ евреяхъ, съ ограниченіями правоспособности „инородцевъ“.

---

[1]) Дювернуа, тамъ же, стр. 337 и 376—377.

B) Вѣроисповѣдность.

Вѣроисповѣданіемъ называется совокупность выраженныхъ во внѣ и исповѣдуемыхъ публично вѣроученій. Въ правѣ оно имѣетъ значеніе лишь настолько, насколько положеніе лицъ, принадлежащихъ къ тому или другому вѣроисповѣданію, составляетъ предметъ юридическаго регулированія и оказываетъ вліяніе на ихъ права и обязанности только потому, что они принадлежатъ къ данному вѣроисповѣданію. Это необходимо предполагаетъ дѣятельность государства въ силу приписываемаго имъ себѣ права надзора и контроля за всѣми отправленіями общественной жизни. Поэтому и каноническое право, вѣдающее вѣроисповѣдныя отношенія христіанскихъ церквей, подчинено государственной власти и имѣетъ въ ней юридическій источникъ своей обязательности, хотя исторически оно возникло независимо отъ государства и распространило свое дѣйствіе далеко за его политическія границы. Только въ тѣхъ странахъ, гдѣ признанъ принципъ отдѣленія церкви отъ государства, который есть въ то же время принципъ свободы вѣроисповѣданій, или культовъ, эти послѣдніе возникаютъ и функціонируютъ свободно и независимо отъ государственнаго вмѣшательства.

Свободу вѣроисповѣданій, т.-е. коллективное отправленіе всей группой исповѣдующихъ извѣстное вѣроученіе лицъ права на публичное исповѣдованіе этого вѣроученія, не слѣдуетъ смѣшивать со свободой совѣсти, представляющей собой индивидуальное право каждаго исповѣдовать для себя то вѣроученіе, которое онъ находитъ правильнымъ въ силу своего внутренняго убѣжденія. Этотъ послѣдній принципъ, освященный сначала американскими и французскими „декларацiями правъ человѣка“, пользуется теперь общимъ признаніемъ у культурныхъ народовъ, которые строятъ на немъ даже одно изъ такъ назыв. „основныхъ правъ человѣка“, поставленныхъ подъ спеціальную охрану конституціонныхъ актовъ. Принципъ свободы вѣроисповѣданія далеко еще не добился такого же юридическаго положенія и подвергается до сихъ поръ болѣе или менѣе значительнымъ ограниченіямъ, исходящимъ все изъ того же присвоеннаго себѣ государствомъ права надзора и контроля надъ всѣми публично исповѣдуемыми культами.

Древній Римъ зналъ только одну религію — государственную, но допускалъ въ свой Пантеонъ боговъ и другихъ народовъ. Поэтому классическое и чисто-свѣтское римское право было свободно отъ вѣроисповѣдныхъ ограниченій, внесенныхъ въ него позднѣйшими императорами подъ вліяніемъ христіанской церкви. Язычники, вѣроотступники и еретики были лишены правоспособности, и средніе вѣка, подъ тѣмъ же вліяніемъ, еще болѣе обострили эту связь между правомъ и религіозными вѣрованіями.

Первые шаги къ уравненію, если не всѣхъ, то, по крайней мѣрѣ, господствующихъ въ Западной Европѣ католическаго и протестантскаго

вѣроисповѣданій, отосятся ко времени реформаціи, и если каноническое право разсматривало отпаденіе отъ ортодоксальнаго христіанства, какъ преступленіе не только церковное, но и свѣтское, наказывая его безчестіемъ, конфискаціей имущества, лишеніемъ способности къ завѣщанію и даже смертью, то имперскія постановленія эпохи реформаціи грозили за принадлежность къ иной религіи, чѣмъ та, которая исповѣдовалась государемъ данной страны, уже не такими суровыми наказаніями, а лишь высылкой изъ предѣловъ страны по распоряженію ея государя (jus reformandi). Болѣе существенное значеніе имѣло одно изъ постановленій Вестфальскаго мира, по которому никто по причинѣ исповѣдуемой имъ религіи не могъ быть исключенъ изъ общества купцовъ или ремесленниковъ и благотворительныхъ учрежденій—такъ же, какъ никого по тому же основанію нельзя было лишить правъ наслѣдованія, публичнаго погребенія и т. д. Но рядомъ съ этимъ постановленіемъ актъ Вестфальскаго мира прямо воспрещалъ терпимость по отношенію ко всѣмъ „религіямъ и сектамъ“, кромѣ трехъ признанныхъ имъ вѣроисповѣданій: католическаго, аугсбургско-лютеранскаго и реформатскаго. Сверхъ того, онъ оставлялъ за мѣстными государями право высылать изъ предѣловъ государства всѣхъ, кто не принадлежалъ къ исповѣдуемой ими религіи (jus reformandi), почему и терпимость, установленная Вестфальскимъ миромъ, была весьма условная и имѣла въ виду скорѣе правителей, чѣмъ подданныхъ. Послѣдніе, не принадлежа къ господствующей государственной церкви, продолжали подвергаться ограниченіямъ какъ въ политическихъ, такъ и гражданскихъ правахъ (напр., они часто лишались права пріобрѣтать недвижимую собственность).

Тѣмъ не менѣе, судебная практика толковала постановленія Вестфальскаго мира въ смыслѣ благопріятномъ для терпимости, и съ половины XVIII в. уже многія партикулярныя законодательства Германіи приступили къ особому регулированію положенія различныхъ сектантовъ, допустивъ ихъ, съ нѣкоторыми ограниченіями, къ пользованію гражданскими правами. То же самое мы видимъ и во Франціи, гдѣ задолго до изданія акта о вѣротерпимости 1787 г. браки между католиками и протестантами, запрещенные съ отмѣной Нантскаго эдикта, были обычнымъ явленіемъ. Послѣ же косвеннаго во французскомъ (Code civil, art. 8: „Tout Français jouira de ses droits civils“) и прямого въ австрійскомъ (Oesterr. Gesetzbuch, § 39) кодексахъ объявленія равенства всѣхъ вѣроисповѣданій въ отношеніи къ гражданскому праву, германскіе союзные акты 1815 г. (Deutsche Bundesacte, § 16) признали такое же равенство и въ отношеніи къ публичному праву,—но только для христіанскихъ вѣроисповѣданій. О нехристіанахъ, равно какъ и о христіанскихъ сектахъ, эти акты не упоминали, и, предоставляя то или другое отношеніе къ нимъ усмотрѣнію мѣстной государственной власти, дѣлали шагъ назадъ даже сравнительно съ законодательствами XVIII в. Лишь съ 1848 г. отдѣльныя германскія консти-

туціи поставили какъ гражданское, такъ и публичное право, за небольшими исключеніями, независимо отъ какихъ бы то ни было вѣроисповѣдныхъ различій, и, признавъ принципъ свободы собраній для религіозныхъ цѣлей, отмѣнили этимъ самымъ какъ jus reformandi, такъ и всеобщее до того требованіе предварительнаго разрѣшенія государственной власти для возникающихъ вновь религіозныхъ обществъ. На основаніи этихъ конституцій государственное признаніе получило для вновь образующихся религіозныхъ обществъ, и, въ ихъ числѣ, различныхъ сектъ, значеніе одного лишь пріобрѣтенія корпоративныхъ правъ, неимѣніе которыхъ не мѣшало ихъ существованію и помимо признанія государства. Всѣ эти положенія не составляли, однако, общаго права, и до послѣдняго времени въ Германіи дѣйствовали еще партикулярныя законодательства, стоявшія на почвѣ Вестфальскаго мира. Только имперскіе законы 1867 и 1869 гг. дали принципу юридическаго безразличія вѣроисповѣданій силу абсолютно-общаго права для всей Германіи, и если ими удерживалось еще единственное различіе въ юридическомъ положеніи христіанъ и нехристіанъ, состоявшее въ запрещеніи брачнаго между ними общенія, то съ имперскимъ закономъ 1875 г. о регистраціи актовъ гражданскаго состоянія и заключеніи браковъ,—закономъ, который исключилъ принадлежность къ разнымъ вѣроисповѣданіямъ изъ числа препятствій къ вступленію въ бракъ,—исчезло и это послѣднее различіе. Новое нѣмецкое уложеніе не отступило отъ этого принципа, а, напротивъ, выразило его выпукло и съ точки зрѣнія матеріальнаго права своей чисто свѣтской регламентаціей брака. Вліяніе вѣроисповѣднаго начала сказалось въ этомъ уложеніи лишь въ двухъ статьяхъ, имѣющихъ отношеніе къ опекѣ: одна изъ нихъ (§ 1779) предлагаетъ при назначеніи опекуна сообразоваться и съ его вѣроисповѣданіемъ, а другая (§ 1801)—предоставляетъ опекунскому суду устранять опекуна только отъ попеченія о религіозномъ воспитаніи подопекаемаго, если тотъ и другой принадлежатъ къ разнымъ вѣроисповѣданіямъ. Во всѣхъ другихъ отношеніяхъ значеніе религіознаго элемента устранено теперь какъ изъ гражданскаго, такъ и публичнаго права; устранено, между прочимъ, еще закономъ о свободѣ вѣроисповѣданій 1869 г. и существовавшее до того по многимъ партикулярнымъ законодательствамъ право родителей лишать наслѣдства дѣтей, переходящихъ изъ ихъ вѣроисповѣданія въ другое. Но въ отношеніи къ религіозному воспитанію дѣтей и опредѣленію такъ наз. annus discretionis, т.-е. возраста, въ который возможно свободное избраніе вѣроисповѣданія, остаются въ силѣ прежнія партикулярныя нормы, и это уже потому, что онѣ принадлежатъ не гражданскому, а каноническому праву.

Такимъ образомъ, принадлежность къ той или другой религіи не оказываетъ по современнымъ законодательствамъ вліянія на правоспособность и не имѣетъ поэтому значенія ни въ публичномъ, ни въ гражданскомъ правѣ. Съ уравненіемъ всѣхъ вѣроисповѣданій въ отношеніи

того и другого права мы встрѣчаемся теперь одинаково во французскомъ, австрійскомъ, германскомъ, англійскомъ (съ 1831 г.) и другихъ европейскихъ законодательствахъ.

Нѣсколько спорнымъ остается только вопросъ о дѣйствительности прижизненныхъ и завѣщательныхъ распоряженій, условленныхъ принадлежностью или переходомъ лица, въ пользу котораго дѣлаются эти распоряженія, въ ту или другую вѣру. Несомнѣнно дѣйствительными считаются тѣ распоряженія, которыя ставятъ пріобрѣтеніе права въ зависимость вообще отъ какого-нибудь вѣроисповѣданія, не указывая на опредѣленное лицо. Невозможно, напр., оспаривать законность установленія по договору или завѣщанію стипендіи, благотворительнаго учрежденія и т. д. въ пользу лицъ, исповѣдующихъ католицизмъ, протестантство, еврейство и т. д. Если дѣло идетъ, напротивъ, о выгодахъ опредѣленнаго лица, условленныхъ принадлежностью или переходомъ этого лица изъ одного вѣроисповѣданія въ другое, то мнѣнія расходятся: одни считаютъ такія сдѣлки дѣйствительными, другіе — нѣтъ; третьи проводятъ различіе между условіемъ, требующимъ пребыванія въ томъ вѣроисповѣданіи, которому принадлежитъ данное лицо, и условіемъ, требующимъ измѣненія этого вѣроисповѣданія; первое условіе признаютъ дѣйствительнымъ, второе отвергаютъ, какъ безнравственное. Правильнѣе всего было бы, кажется, не принимать для этихъ вопросовъ общаго правила, а индивидуализировать рѣшеніе каждаго конкретнаго случая, такъ какъ приведенныя выше условія не безнравственны и не недопустимы сами по себѣ, но могутъ сдѣлаться таковыми въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, когда, напр., обѣщаніемъ имущественной выгоды имѣется въ виду произвести давленіе на заинтересованное лицо — для того, чтобы побудить его къ пребыванію въ данномъ вѣроисповѣданіи или къ переходу въ другое. Никто не сомнѣвается въ томъ, что въ послѣднемъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи о дѣйствительной юридической сдѣлкѣ, и что такъ же недѣйствителенъ былъ бы, напр., и договоръ о воспитаніи дѣтей въ правилахъ того или другого вѣроисповѣданія. Но если имущественная выгода только обусловлена тѣмъ или другимъ исповѣданіемъ, безъ того, чтобы при этомъ преслѣдовалась какая бы то ни было безнравственная цѣль, то сдѣлка должна быть сохранена въ силѣ, если она отвѣчаетъ всѣмъ другимъ условіямъ своей дѣйствительности.

Возбуждаетъ сомнѣнія и вопросъ о требованіи развода на основаніи перемѣны однимъ изъ супруговъ своего вѣроисповѣданія, и на этотъ вопросъ нельзя отвѣчать отрицательно, опираясь только на безразличіе вѣроисповѣданія для вступленія въ бракъ: это безразличіе не предрѣшаетъ вопроса о разводѣ, обсуждаемаго по своимъ спеціальнымъ нормамъ [1]).

---

[1]) Stobbe, Handb., I, стр. 377—382.

Наконецъ, сомнителенъ съ точки зрѣнія современнаго принципа безразличія вѣроисповѣднаго начала для права и вопросъ о совмѣстимости съ этимъ принципомъ правила, которое встрѣчается до сихъ поръ въ большинствѣ европейскихъ законодательствъ и касается юридическаго положенія лицъ, вступающихъ въ монашество. Въ этомъ юридическомъ положеніи часто подчеркиваютъ открытіе наслѣдства послѣ произнесенія монашескихъ обѣтовъ и неспособность произносящихъ ихъ лицъ въ дальнѣйшемъ къ пріобрѣтенію вообще и къ пріобрѣтенію наслѣдствъ въ особенности. Нѣтъ сомнѣнія, что мы стоимъ здѣсь передъ противорѣчіемъ, устраненнымъ новымъ нѣмецкимъ уложеніемъ тѣмъ, что оно отрицаетъ всякія ограниченія правоспособности и только оставляетъ за партикулярными законодательствами право ограничивать утвержденіемъ государственной власти пріобрѣтенія монашествующихъ—по дарственнымъ и завѣщательнымъ актамъ. Но и законодательства, стоящія на прежней точкѣ зрѣнія, не отмѣняютъ указаннаго выше принципа, такъ какъ они исходятъ не столько изъ вѣроисповѣдныхъ, сколько изъ совсѣмъ иныхъ, публично-правовыхъ и хозяйственныхъ соображеній, дѣлающихъ нежелательнымъ сохраненіе и пріобрѣтеніе монастырями болѣе или менѣе значительныхъ имуществъ. Выходомъ изъ противорѣчія и для этихъ законодательствъ было бы, съ одной стороны, признаніе наслѣдованія послѣ монашествующихъ лишь въ моментъ ихъ естественной смерти (тогда произнесеніе обѣтовъ устанавливало бы только временное наслѣдованіе), и, съ другой—признаніе права на наслѣдованіе за самими монашествующими лишь въ потенціальномъ состояніи, т.-е. неосуществимымъ во все время пребыванія въ монашествѣ, но переходящимъ со смертью монашествующихъ къ ихъ наслѣдникамъ или возраждающимся для нихъ самихъ въ случаѣ возвращенія въ міръ.

Что касается нашего законодательства, то, несмотря на признаніе въ Уст. о пред. и пресѣч. прест. (т. XIV, ст. 65) принципа вѣротерпимости, оно еще насквозь проникнуто вѣроисповѣдной исключительностью и особенно богато ограниченіями правоспособности въ отношеніи евреевъ и раскольниковъ. Но и всѣ другія вѣроисповѣданія, кромѣ господствующей государственной церкви, подлежатъ у насъ ограниченіямъ не только въ такихъ институтахъ смѣшаннаго—изъ религіознаго и юридическаго элементовъ—характера, каковъ, напр., бракъ, но и въ другихъ институтахъ, не имѣющихъ ничего общаго съ вѣроисповѣдными мотивами. Въ видѣ примѣровъ тѣхъ и другихъ ограниченій можно указать на слѣдующія запрещенія, далеко еще невполнѣ исключенныя изъ состава нашего законодательства, несмотря на провозглашеніе въ манифестѣ 17 октября принципа свободы совѣсти и изданіе отчасти осуществляющаго этотъ принципъ закона 17 апр. 1906 г. Это—запрещеніе православнымъ и католикамъ вступать въ брачное общеніе съ не-христіанами; такое же запрещеніе браковъ между лютеранами и такъ назыв.

язычниками; невозможность для не-христіанъ усыновленія и узаконенія послѣдующимъ бракомъ христіанъ, и обратно; недозволенность или стѣсненность переходовъ не только изъ христіанскаго вѣроисповѣданія въ нехристіанское, но и изъ православнаго во всѣ другія христіанскія же вѣроисповѣданія; обязательность крестить и воспитывать дѣтей, рожденныхъ въ смѣшанныхъ изъ православнаго и другихъ вѣроисповѣданій браковъ, въ правилахъ господствующей церкви; недопустимость для не-христіанъ не только торговли, но и вообще права обладанія иконами, крестами и другими предметами почитанія христіанъ; новѣйшія ограниченія не-христіанъ въ правѣ быть присяжными и частными повѣренными, и т. д. Самыя тяжелыя изъ этихъ ограниченій, какъ будто, отмѣнены, но эта отмѣна не можетъ, къ сожалѣнію, считаться рѣшительной.

Г) Евреи.

Евреи съ начала ихъ появленія на европейской почвѣ не только не примыкали никогда къ господствующей національности, которая устанавливала право только для себя, но считались еще врагами господствующей церкви. Это дѣлало положеніе ихъ вдвойнѣ безправнымъ, такъ какъ еретиковъ въ средніе вѣка наказывали смертью и конфискаціей имущества. Если же мы видимъ, что евреи пользовались нѣкоторыми привилегіями уже при Меровингахъ, то объяснить это можно отчасти тѣмъ, что они не были въ строгомъ смыслѣ ни иностранцами, ни еретиками. Иностранцами ихъ нельзя было называть потому, что, не состоя подданными ни одного государства, они жили постоянно въ предѣлахъ даннаго государства, подчиняясь его власти и находя въ немъ свое отечество. Еретиками же ихъ нельзя было считать потому, что они не отпадали отъ христіанства, а исповѣдовали такую вѣру, которая существовала до христіанства и не могла быть признана уклоненіемъ отъ господствующей религіи. Они были не отпавшіе, а оставшіеся въ сторонѣ, тогда какъ еретиковъ преслѣдовали именно за отпаденіе отъ ортодоксальнаго христіанства. Въ этомъ лежала сильная сторона положенія евреевъ сравнительно съ другими безправными элементами средневѣковаго общества, хотя нельзя отрицать, что, несмотря на свою осѣдлость, они не смѣшивались съ народами, среди которыхъ жили, и, платя за зло зломъ, относились къ христіанамъ не менѣе враждебно, чѣмъ эти послѣдніе къ нимъ. Значительную роль играли здѣсь и представленія евреевъ о себѣ, какъ объ избранномъ народѣ, и о своемъ законѣ, какъ о богоданномъ, что̀ ухудшало ихъ юридическое положеніе уже потому, что осѣдлое въ странѣ состояніе чужой и замкнутой въ себѣ національности разсматривалось, какъ нѣчто еще болѣе ненормальное и опасное, чѣмъ ересь. Вотъ точка зрѣнія, которая сдѣлалась рѣшающей для юри-

дическаго положенія евреевъ,—по крайней мѣрѣ, съ того времени, какъ они подпали по праву подъ mundium, т.-е. высшую власть и защиту короля, сравнявшись въ то же время съ его крѣпостными, servi camerae. Это означало полное подчиненіе евреевъ власти короля, и изъ инструкціи маркграфа Альбрехта Ахила отъ 1462 г. мы узнаемъ, что, вступая на престолъ, средневѣковые государи считали себя въ правѣ отбирать все имущество евреевъ, жившихъ въ ихъ владѣніяхъ, и извѣстное число ихъ подвергать смерти для памяти.

Такое положеніе евреевъ связывается юридически съ временнымъ характеромъ предоставляемой имъ защиты, ограничиваемой обыкновенно извѣстнымъ числомъ лѣтъ и никогда не простиравшейся далѣе предѣла жизни того государя, которымъ она предоставлялась; смерть этого послѣдняго возвращала евреевъ въ безправное состояніе и отдавала въ полное распоряженіе новаго государя. Въ Швабскомъ Зерцалѣ евреи называются тоже „крѣпостными римскаго короля“, т.-е. императора, и если таково было ихъ юридическое положеніе уже въ XIV в., то формальное основаніе для столь глубокаго пониженія правоспособности можно видѣть только въ томъ, что евреи не имѣли отечества и, исключенные вслѣдствіе этого изъ племеннаго и государственнаго общенія, не могли существовать безъ королевскаго mundium'а. Это учрежденіе, обезпечивавшее за евреями цѣной денежныхъ платежей, по крайней мѣрѣ, временную безопасность, относятъ обыкновенно къ XIII в., и до этого времени юридическое положеніе ихъ было, вѣроятно, не лучше, а хуже. Мы имѣемъ свѣдѣнія о жестокомъ гоненіи на нихъ въ Римѣ уже въ VI в., и періодически повторявшіяся затѣмъ преслѣдованія,—которыя были далеко не всегда недозволенными взрывами свирѣпыхъ инстинктовъ толпы, но предпринимались не разъ, какъ, напр., при королях Хильперикѣ, Дагоберѣ и другихъ Меровингахъ, самой государственной властью,—указываютъ ясно на то, что противъ евреевъ юридически все было дозволено.

Предоставленная имъ королевская защита различалась не только по мѣсту, времени и юридическому содержанію, но и по своей дѣйствительности на практикѣ. И это зависѣло гораздо болѣе отъ экономическихъ состояній, чѣмъ отъ какихъ-либо національныхъ, религіозныхъ или правовыхъ воззрѣній. Съ этой стороны положеніе евреевъ въ XIII и XIV вв. значительно ухудшилось. Причина была здѣсь та, что до этого времени евреи служили необходимыми посредниками въ торговомъ и денежномъ оборотѣ, и въ услугахъ ихъ нуждались особенно короли и сильные міра, прибѣгавшіе нерѣдко и къ знанію евреевъ-врачей, и къ ловкости евреевъ-банкировъ. Власть защищала ихъ, поэтому, какъ нужныхъ для нея людей, а бѣдное населеніе мирилось съ ними, какъ съ необходимыми посредниками, терпя даже ростовщичество, запрещенное христіанамъ. И евреи были въ сравнительной безопасности, пока народы жили въ условіяхъ сельскаго быта. Когда

же началось переселеніе въ города и развилась торговля, которой стали заниматься не одни евреи, то конфликты между христіанскимъ населеніемъ и евреями стали возникать на почвѣ измѣненія не правовыхъ воззрѣній, а хозяйственныхъ отношеній. Самыя жестокія и чаще всего повторявшіяся преслѣдованія евреевъ имѣли мѣсто въ прирейнскихъ городахъ, и какъ-разъ въ то время, когда въ нихъ стала процвѣтать торговля; евреи сдѣлались неудобными конкуррентами, отъ которыхъ важно было отдѣлаться. На сѣверѣ и востокѣ Германіи мы встрѣчаемъ гораздо меньше еврейскихъ безпорядковъ, такъ какъ Ганза въ лучшую пору своей дѣятельности успѣла вытѣснить евреевъ изъ всей области своей торговли, не прибѣгая къ насильственнымъ мѣрамъ.

Сущность средневѣковаго правового порядка состояла въ томъ, что онъ исключалъ изъ себя чужія національности: право евреевъ не могло найти въ немъ своего мѣста. Потому все, что признавалось за евреями въ видѣ права, стояло на почвѣ привилегій и было не правомъ въ собственномъ смыслѣ этого слова, не составной частью правового порядка, а результатомъ милости короля или иного территоріальнаго владѣльца. Отсюда и выработалось въ позднѣйшую пору среднихъ вѣковъ, когда и положеніе иностранцевъ стало менѣе безправнымъ, особое еврейское право, которое, не дѣлаясь частью какого бы то ни было изъ признанныхъ національныхъ правъ, получило характеръ чисто исключительнаго права. Признаніе этого права покоилось на другихъ мотивахъ, чѣмъ, напр., признаніе римскаго права за поселенными среди германцевъ римлянами или права другихъ германскихъ племенъ, имѣвшаго для нихъ такую же силу, какъ и право господствующаго племени для этого послѣдняго. Поселенный на франкской землѣ римлянинъ, аллеманъ, саксонецъ былъ полноправнымъ членомъ территоріальнаго союза, могъ сдѣлаться должностнымъ лицомъ, шеффеномъ, присяжнымъ, тогда какъ еврей не былъ и не могъ сдѣлаться ничѣмъ. Поэтому право, которому онъ слѣдовалъ, не было и чисто-еврейскимъ правомъ. Оно было таковымъ только внутри еврейскихъ общинъ, въ сношеніяхъ между собой ихъ членовъ, подчиненныхъ своимъ особымъ раввинскимъ судамъ. Но въ сношеніяхъ съ христіанами евреи могли ссылаться на свое національное право только тогда, когда они имѣли на это особыя привилегіи. Поэтому еврейское право и было ничѣмъ инымъ, какъ рядомъ случайныхъ, разрозненныхъ привилегій и всевозможныхъ ограниченій. Отдѣльныя частности этого права имѣли корни въ еврейскихъ законахъ, напр , признанное за евреемъ право не выдавать добросовѣстно и публично пріобрѣтенной имъ вещи, если бы она была даже краденная, иначе, какъ по полученіи уплаченныхъ за нее денегъ. Но какъ эта, такъ и нѣкоторыя другія нормы права, распространенныя впослѣдствіи и на христіанъ, были допущены не въ силу признанія за еврейскими законами одинаковаго значенія съ народнымъ правомъ, какъ это имѣло мѣсто,

напр., въ отношеніи къ римскому праву для римлянъ, саксонскому—для саксонцевъ и т. д., а только въ силу дарованныхъ евреямъ привилегій. Другими словами, основаніемъ признанія указываемыхъ нормъ права была не санкція ихъ въ законѣ, а привилегія.

Въ результатѣ, евреи въ средніе вѣка были de jure безправны: такъ назыв. еврейское право состояло изъ привилегій, которыя, въ свою очередь, вытекали изъ mundium'a, не прекращавшаго, а только пріостанавливавшаго безправное состояніе евреевъ. Привилегіи, обусловленныя усмотрѣніемъ обладателя этого mundium'a, могли быть по такому же усмотрѣнію во всякое время измѣнены и отмѣнены. Корень привилегій лежалъ въ собственныхъ интересахъ владѣльца mundium'a, который предоставлялъ евреямъ эксплоатировать чужую нужду только для того, чтобы впослѣдствіи воспользоваться плодами этой эксплоатаціи.

Подобное право, основанное на привилегіяхъ, и особыя формы суда въ дѣлахъ евреевъ между собой продолжали существовать во Франціи до Великой Революціи, въ Германіи—до закона 1869 г., и, преимущественно—въ отношеніяхъ семейнаго и наслѣдственнаго права. По другимъ вопросамъ въ послѣ-средневѣковую эпоху евреи были подчинены общему праву, но терпѣли значительныя ограниченія въ своей правоспособности. Прежде всего, они были исключены изъ всѣхъ отношеній публичнаго права, не допускались въ гильдіи и цехи, ограничивались въ занятіяхъ промыслами, въ мѣстожительствѣ и свободѣ вступленія въ бракъ. Затѣмъ, евреи подвергались большимъ ограниченіямъ въ пріобрѣтеніи недвижимой собственности, которое иногда разрѣшалось только въ городахъ, гдѣ они селились въ отводимыхъ имъ кварталахъ и улицахъ безъ права выходить за ихъ предѣлы. Сельское землевладѣніе допускалось въ чрезвычайно рѣдкихъ случаяхъ подъ условіемъ личной обработки земли и безъ связанныхъ съ нимъ публичныхъ правъ. Наконецъ, имъ запрещалось цедировать, т.-е. передавать права по обязательствамъ на христіанъ христіанамъ, пользоваться дотальными привилегіями, свидѣтельствовать противъ христіанъ и т. д. Всѣ эти ограниченія правоспособности или такъ наз. одіозныя привилегіи [1]) отмѣнялись постепенно различными законодательными актами, завершившимися въ Германіи закономъ 1869 г., который осуществилъ такъ наз. „эманципацію евреевъ", т.-е. полное уравненіе ихъ какъ въ политическомъ, такъ и въ гражданскомъ отношеніи со всѣми другими вѣроисповѣданіями. Такая же эманципація была произведена во Франціи по отношенію къ гражданскимъ правамъ евреевъ

[1]) Евреямъ приписывались и нѣкоторыя льготныя привилегіи, какъ, напр., право выговаривать и взыскивать высокіе %% и упомянутое выше право не выдавать купленной или принятой въ залогъ при извѣстныхъ условіяхъ вещи иначе, какъ по полученіи уплаченныхъ за нее денегъ. Но первая изъ этихъ привилегій была отмѣнена уже въ XVI вѣкѣ, вмѣстѣ съ общимъ разрѣшеніемъ процентныхъ займовъ, запрещенныхъ каноническимъ правомъ, а вторая стала общимъ правомъ.

еще въ первую революцію, а по отношенію къ политическимъ правамъ— въ 1848 г.; въ Англіи—закономъ 1868 г. и т. д. [1]).

Мы остановились съ нѣкоторыми подробностями на исторіи и характеристикѣ юридическаго положенія евреевъ на Западѣ Европы потому, что съ этой исторіей связаны успѣхи общенія народовъ, и, кромѣ того, она уясняетъ и положеніе нашего законодательства въ настоящемъ вопросѣ. Это положеніе весьма сходно съ тѣмъ, что представляютъ европейскіе средніе вѣка, и даетъ возможность констатировать тѣ же стадіи развитія, которыя пройдены народами Запада.

Прежде всего, наше дѣйствующее законодательство объ евреяхъ само разсматриваетъ себя, какъ временное и переходное, и состоитъ изъ ряда исключительныхъ и не всегда согласованныхъ между собой постановленій, внушенныхъ то національными, то вѣроисповѣдными, то экономическими соображеніями, правильность которыхъ можетъ быть оспорена. Національный характеръ нашего законодательства объ евреяхъ восходитъ ко времени основанія Россіи, такъ какъ уже при вел. кн. Владимірѣ евреи разсматриваются, какъ иностранцы, и допускаются къ жительству и поселенію въ городахъ. Сюда присоединяются вскорѣ и вѣроисповѣдные элементы, угрожающіе евреямъ такими же мѣрами „очищенія“ огнемъ, которыя были столь обычны въ соотвѣтствующую эпоху и на Западѣ. Но наша государственная власть предписываетъ и въ XVIII в. „жидовъ высылать, которые въ Украинѣ и въ другихъ городахъ Имперіи Россійской поселились, и впредь ни подъ какимъ образомъ въ Россію не впускать, а золота имъ съ собой изъ Россіи не вывозить, и мѣнять золотыя ихъ деньги на мѣдныя“ (Полное Собр. Зак., № 5063), а церковь внушаетъ требованіе смерти еретикамъ и лишенія „басурманъ“ владѣнія населенными (православными) имѣніями, если эти „бусурманы“ не примутъ св. крещенія (тамъ же, №№ 1103, 2778) [2]). Однако, въ общемъ, евреевъ въ Россіи было немного, и „еврейскаго вопроса“ не существовало у насъ до перваго раздѣла Польши въ 1772 г., когда состоялось присоединеніе къ намъ части Польши и Бѣлоруссіи съ многочисленнымъ еврейскимъ населеніемъ. И именно въ этой нынѣшней западной окраинѣ мы встрѣчаемъ повтореніе тѣхъ же явленій, которыя характеризуютъ исторію евреевъ на всемъ Западѣ Европы: ту же изолированность отъ всего остального населенія, то же безправіе и тѣ же привилегіи неприкосновенности жизни и имущества, временно предоставляемыя отдѣльнымъ евреямъ или ихъ общинамъ предержащими властями.

Русское правительство приняло „еврейскій вопросъ“ вмѣстѣ съ универсальнымъ преемствомъ своей западной окраины, но разрѣшило-ли оно

---

[1]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, B. I. стр. 147 и слѣд. Stobbe Handb., I, стр. 383—398; его же—Die Juden Deutschlands während des Mittelalters, 1886. Gierke, Deutsch. Privatrecht, I. стр. 437—442.

[2]) Дювернуа, тамъ же, стр. 383—385.

его по западному образцу? Къ сожалѣнію, мы не можемъ сказать, чтобы вопросъ о равноправіи евреевъ съ другими русскими подданными былъ даже въ наши дни для нашего законодательства утвердительно рѣшенный, хотя бы, въ принципѣ. Но мы не сомнѣваемся, что, несмотря на всѣ колебанія правительства и общественнаго мнѣнія, онъ ближе къ рѣшенію въ этомъ смыслѣ, чѣмъ въ противоположномъ. На этомъ пути уже стояло не только законодательство эпохи реформъ царствованія Александра II, но и законодательство времени Александра I и Николая I, которое — если и подтвердило законами 1804 и 1835 гг. такъ наз. „черту осѣдлости“ для постояннаго мѣстожительства евреевъ — то цѣлымъ рядомъ мѣръ, направленныхъ на улучшеніе культурнаго быта евреевъ и пріобщеніе ихъ къ условіямъ общерусской жизни, показало, что въ вопросѣ о гражданской правоспособности евреевъ оно готово принять скорѣе уравнительный, чѣмъ ограничительный принципъ. Въ слѣдующее царствованіе за чисто временное значеніе всѣхъ ограничительныхъ противъ евреевъ мѣръ высказывается не только Комитетъ о евреяхъ, предсѣдательствуемый гр. Блудовымъ, но и самъ императоръ Александръ II. До 1859 г. не существовало ни одной категоріи евреевъ, которая имѣла бы право постояннаго мѣстожительства внѣ черты осѣдлости. Выходитъ рядъ законовъ, а именно законы 1859, 1861, 1865 и 1867 гг., предоставляющіе право постояннаго жительства слѣдующимъ категоріямъ евреевъ: купцамъ I-ой гильдіи, лицамъ, получившимъ высшее образованіе, и, наконецъ, ремесленникамъ и солдатамъ.

Съ начала 80-хъ годовъ начинается, однако, поворотъ нашей законодательной политики по еврейскому вопросу въ сторону не только ограничительнаго толкованія всѣхъ признанныхъ до того за евреями правъ, но и введенія ряда новыхъ ограниченій ихъ правоспособности. Важнѣйшее изъ этихъ ограниченій вводится „Временными Правилами“ 3 мая 1882 г., которыя воспрещаютъ евреямъ какъ водвореніе вновь, такъ и пріобрѣтеніе недвижимой собственности и связанныхъ съ нею правъ внѣ городовъ и мѣстечекъ даже тѣхъ 15 губерній, которыя входятъ въ черту ихъ осѣдлости, и въ которыхъ за ними было признано право пріобрѣтенія недвижимой собственности еще Положеніемъ 1835 г. (ст. 789 т. IX). Почти одновременно съ изданіемъ этихъ „Временныхъ Правилъ“ была образована подъ предсѣдательствомъ гр. Паллена комиссія для общаго пересмотра законовъ объ евреяхъ, и хотя эта комиссія, распущенная черезъ 4 года, пришла къ убѣжденію о необходимости, въ общемъ, постепеннаго расширенія правъ евреевъ, это убѣжденіе осталось безъ осуществленія. На дѣлѣ послѣдовали новыя ограниченія правоспособности евреевъ и такое примѣненіе прежнихъ ограничительныхъ законовъ, которое стоитъ недалеко отъ полнаго безправія [1]).

[1]) Сліозбергъ, Правовое и экономическое положеніе евреевъ въ Россіи, 1907, стр. 57—111.

Таково положеніе „еврейскаго вопроса“ при настоящемъ состояніи нашего законодательства, и если оно не утѣшительно, то его нельзя считать и отчаяннымъ, такъ какъ ничто не позволяетъ думать, чтобы Россія была исключена изъ общаго хода развитія культурныхъ народовъ и осуждена именно по еврейскому вопросу на упорное отстаиваніе состояній права, давно пережитыхъ и сданныхъ въ архивъ другими культурными народами.

Послѣ приведенныхъ историческихъ данныхъ мы можемъ обратиться къ характеристикѣ нашего законодательства объ евреяхъ, сдѣланной Дювернуа въ его „Чтеніяхъ по гражданскому праву“. Въ этой характеристикѣ правильно все, кромѣ нѣсколько преувеличеннаго оптимизма и смѣшенія словъ закона съ его дѣйствіемъ. Наше законодательство объ евреяхъ характеризуется, по мнѣнію Дювернуа, слѣдующими чертами:

Во 1-хъ), стремленіемъ не нарушать насильственно старыхъ основъ обособленнаго еврейскаго быта. Законъ признаетъ такъ наз. кагальную организацію евреевъ и допускаетъ внутри ея обязательные денежные сборы (напр., коробочный, предназначенный для общественныхъ потребностей евреевъ); съ этой же организаціей связанъ чисто исповѣдный характеръ еврейскихъ институтовъ брачнаго права, особое веденіе метрикъ, семейный и родственный строй, особенности правъ наслѣдованія (т. IX, ст. 913—921 и т. XI, уст. иностр. испов., съ измѣн. и прод. 1890 г, прилож. къ ст. 980). Но, за этими спеціально предусмотрѣнными исключеніями, евреи подлежатъ дѣйствію общаго права (IX, 952) со слѣдующимъ однако важнымъ ограниченіемъ: право мѣстожительства ограничено для нихъ такъ наз. „чертою осѣдлости“ (губерніи Царства Польскаго, сѣверо-и юго-западнаго края, Бессарабія, Курляндія съ нѣкоторыми изъятіями отдѣльныхъ городовъ (Кіевъ) и особыми правилами для другихъ (Севастополь, Николаевъ и Область Войска Донского). Все это дѣлаетъ правоспособность евреевъ, если не всегда приниженной, то во всякомъ случаѣ неполной, и отъ этой неполноты правоспособности русскій еврей не можетъ освободиться иначе, какъ разрывомъ связи съ тѣмъ союзомъ, которому онъ принадлежитъ,—разрывомъ, который достигается переходомъ въ одно изъ христіанскихъ исповѣданій.

Во-2-хъ), обозначается опредѣленно и другая, эманципаціонная тенденція: вывести отдѣльныхъ евреевъ и нѣкоторыя группы ихъ изъ устарѣвшей исповѣдно-племенной организаціи, ставя этихъ евреевъ въ непосредственную связь съ общегосударственной жизнью. Къ этой цѣли наше законодательство идетъ не абстрактнымъ провозглашеніемъ еврейскаго равноправія, какъ это имѣло мѣсто на Западѣ, а распространеніемъ на евреевъ въ той или другой степени общей правоспособности, причемъ это распространеніе происходитъ по изслѣдованіи признаковъ надежности такого пріобщенія отдѣльныхъ евреевъ или отдѣльныхъ группъ евреевъ къ общегосударственной жизни. Евреямъ-подданнымъ дозволено селиться внѣ

черты осѣдлости, если они принадлежатъ въ теченіе указаннаго срока къ купцамъ первой гильдіи; то же самое, если они оканчиваютъ курсъ высшихъ учебныхъ заведеній или являются фельдшерами, повивальными бабками, учащимися фармацевтами и т. п. Евреямъ-иностранцамъ, не допускаемымъ вообще ко вступленію въ русское подданство, предоставляется право пребыванія на болѣе или менѣе льготныхъ условіяхъ въ Россіи каждый разъ по особому усмотрѣнію подлежащаго начальства. Временное пребываніе внѣ черты осѣдлости дозволяется на различныхъ основаніяхъ и обыкновенно на короткіе сроки или для достиженія извѣстной цѣли, напр., обученія или упражненія въ мастерствѣ. Запрещеніе браковъ между евреями и христіанами составляетъ не умаленіе правоспособности первыхъ, а послѣдствіе религіознаго характера брака какъ въ нашемъ, такъ и въ еврейскомъ правѣ. Но если уже образовавшаяся семья подвергается измѣненіямъ исповѣданія,—какъ это можетъ быть, напр., въ томъ случаѣ, если одинъ изъ супруговъ-евреевъ принимаетъ православіе,—то бракъ расторгается лишь при томъ условіи, если этого потребуетъ другой супругъ (ст. 81 т. X ч. I). При переходѣ въ христіанство обоихъ супруговъ, креститься должны и всѣ дѣти моложе 7-ми лѣтъ; если же крестится лишь отецъ или мать, то въ первомъ случаѣ подвергаются крещенію сыновья, во второмъ—дочери (IX, 965).

Въ-3-хъ), имѣется въ виду противодѣйствовать всѣмъ попыткамъ евреевъ къ освобожденію себя, въ обходъ закона, отъ тѣхъ стѣснительныхъ условій правоспособности, въ которыя они поставлены. Съ этою цѣлью, напр., на новокрещеннаго супруга, пока его бракъ съ лицомъ еврейскаго вѣроисповѣданія не расторгнутъ, распространяются всѣ законы о чертѣ осѣдлости (X т. ч. I, ст. 103 и 81, конецъ); усыновленіе для евреевъ возможно только между единовѣрцами, причемъ усыновленіе евреями, пользующимися свободой мѣстожительства, дѣйствительно по отношенію къ тѣмъ только единовѣрцамъ, которые сами имѣютъ право проживать по всей имперіи (т. IX, ст. 954, пр. 2).

Ограниченія евреевъ въ правѣ держать у себя прислугу изъ лицъ, исповѣдующихъ христіанскую вѣру и, особенно, женщинъ, теперь отмѣнены, но имѣли и во время своего дѣйствія только вѣроисповѣдный характеръ, доказываемый, между прочимъ, сенатскими разъясненіями, придававшими этимъ ограниченіямъ самое тѣсное значеніе. Именно, въ тѣхъ случаяхъ, когда наемъ совершался евреемъ не для личныхъ домашнихъ услугъ, а, напр., для работъ земледѣльческихъ или практики какого-нибудь ремесла, мастерства или работы на фабрикахъ и заводахъ, и также для всѣхъ вообще занятій, приносящихъ выгоды христіанскому населенію,—во всѣхъ этихъ случаяхъ евреямъ дозволялось руководствоваться общими положеніями о договорѣ личнаго найма. Указанное ограниченіе продолжаетъ дѣйствовать въ отношеніи къ сектѣ молоканъ, бу-

дучи разсчитано, какъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ, такъ и въ отношеніи къ евреямъ—только на то, чтобы защитить лицъ православнаго исповѣданія отъ всякой попытки совращенія ихъ въ іудейство или молоканство. Высочайшее Повелѣніе 28 апрѣля 1887 г. устранило стѣснительныя для найма евреями христіанъ мѣры и замѣнило ихъ простымъ запрещеніемъ нанимателю-еврею препятствовать нанятымъ христіанамъ чествовать праздники и выполнять религіозныя обязанности, подъ страхомъ денежнаго взысканія не свыше 50 руб. Вопросъ о силѣ договора поставленъ врозь отъ вопроса о запрещенномъ дѣйствіи, и это даетъ возможность расширить дѣйствіе общей нормы договорнаго права на кругъ лицъ, не связанныхъ ни племенемъ, ни исповѣданіемъ [1]).

Д) Сословность.

Съ понятіемъ сословія соединяется два смысла: въ одномъ—сословіе обозначаетъ положеніе отдѣльнаго лица въ гражданскомъ обществѣ, въ другомъ—совокупность лицъ, занимающихъ одно и то же положеніе. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ субъективное отношеніе лица къ какому-нибудь цѣлому, во второмъ—объективный фактъ существованія этого цѣлаго въ гражданской жизни народа. Тамъ—личное качество, conditio, здѣсь—учрежденіе, ordo. Если при этомъ положеніе каждаго лица въ сословіи опредѣляется рожденіемъ его въ этомъ сословіи и передается наслѣдственно отъ отца къ дѣтямъ, мы говоримъ о сословіи въ тѣсномъ смыслѣ этого слова (Geburtsstand); если это положеніе обусловливается только общностью интересовъ или занятій, мы получаемъ понятіе профессіи или класса (Berufsstand). Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ юридическое понятіе сословія можетъ отсутствовать, такъ какъ въ обыденной рѣчи говорятъ часто о высшемъ и низшемъ сословіи, о военномъ, чиновничьемъ, купеческомъ, крестьянскомъ и другихъ классахъ—даже тогда, когда принадлежащія къ нимъ лица не обладаютъ никакимъ особымъ юридическимъ качествомъ, не имѣютъ ни ранговыхъ преимуществъ, ни корпоративныхъ правъ, и стоятъ вообще въ равныхъ юридическихъ условіяхъ съ другими членами общества. Юридическимъ понятіемъ сословіе дѣлается тогда, когда изъ того или другого положенія лица въ гражданскомъ обществѣ вытекаетъ для него какое-нибудь право или ограниченіе въ какомъ-нибудь правѣ—точно такъ же, какъ сословіе въ смыслѣ ordo, учрежденія, дѣлается носителемъ какой-нибудь правовой идеи лишь въ томъ случаѣ, если оно пріобрѣтаетъ и отправляетъ тѣ или другія права или ограничивается въ этихъ правахъ.

Сословія, какъ таковыя, какъ ordines, стоятъ внѣ нашего разсмо-

[1]) Дювернуа, тамъ же, стр. 386—393.

трѣнія, такъ какъ они представляютъ собою институтъ не гражданскаго, а публичнаго права: ихъ возникновеніе и развитіе имѣетъ мало общаго съ цѣлями гражданскаго оборота и входитъ въ область политической жизни и государственныхъ отношеній. Правда, въ тѣ эпохи, когда публичное и гражданское право не были отдѣлены другъ отъ друга, сословныя различія имѣли рѣшающее значеніе и для гражданскаго права. Но новое время, обособившее гражданское право отъ публичнаго, отвергаетъ, въ принципѣ, вліяніе сословій, какъ государственнаго учрежденія, на гражданское право; и въ тѣхъ случаяхъ, когда извѣстные круги лицъ пользуются какимъ-нибудь исключительнымъ правомъ (jus singulare), это послѣднее не ставится въ связь съ сословіемъ, какъ государственнымъ учрежденіемъ. Поэтому сословія и служатъ теперь только публично-правовымъ цѣлямъ, что̀ не препятствуетъ, однако, преслѣдованію ими и интересовъ гражданскаго права, вступленію ихъ въ гражданскій оборотъ, въ качествѣ юридическихъ лицъ, и т. д.

Въ общемъ, сословныя отношенія могутъ принадлежать гражданскому праву лишь настолько, насколько принадлежностью лица къ тому или другому сословію обусловливается гражданская правоспособность, или насколько сословность опредѣляетъ гражданскія права даннаго лица. Съ этой стороны, т.-е. со стороны условленности правоспособности лица принадлежностью его къ тому или другому кругу лицъ, сословія подлежатъ нашему разсмотрѣнію. Родъ и способъ этой условленности различны: напр., существуютъ преимущества, не предоставленныя никому, кромѣ лицъ даннаго сословія; таковы права на особый титулъ, гербъ, должности, установленіе фидеикомиссовъ и т. д. Это—сословныя привилегіи, или исключительныя права, созданныя только для даннаго сословія и иначе не существующія; ихъ называютъ абсолютными сословными правами. Но встрѣчаются и такія сословныя права, которыя принадлежатъ всѣмъ и, не заключая въ себѣ никакой привилегіи, подчиняются, однако, при отправленіи ихъ тѣмъ или другимъ классомъ лицъ, извѣстнымъ правиламъ и ограниченіямъ: такъ, напр., наслѣдственное право, не составляя ничьей привилегіи, отрицается иногда за однимъ сословіемъ по отношенію къ другому, и т. д. Здѣсь говорятъ объ относительныхъ сословныхъ правахъ.

Въ средніе вѣка все развитіе права шло черезъ сословія. Права, одинаковаго для всѣхъ, отрѣшеннаго отъ государственнаго положенія лица, не существовало, а существовало особое земское и ленное право для дворянъ (высшее дворянство опредѣляло при этомъ свое право особыми семейными договорами и домовыми законами), особое городское право (Weichbildrecht) для городовъ, особое помѣщичье право (Hofrecht) для крестьянъ и крѣпостныхъ. Это различіе права по сословіямъ обнаруживалось, напр., на поземельномъ владѣніи, которое регулировалось различными нормами, смотря по тому, кому оно принадлежало, и

на множествѣ другихъ институтовъ, которые устанавливались спеціально въ виду того или другого сословія и не допускали участія въ нихъ другихъ сословій. Въ настоящее время Европа не знаетъ сословныхъ различій въ правѣ. Сигналомъ къ уничтоженію ихъ послужили знаменитыя постановленія французскаго Учредительнаго Собранія въ ночь 4 августа 1789 г., и нѣсколько привилегированное положеніе въ гражданскомъ правѣ сохранило теперь только такъ назыв. высшее дворянство (der hohe Adel) въ Германіи. Все остальное дворянство потеряло и здѣсь, послѣ движенія 1848 г., свои прежнія привилегіи, и лишь немногія партикулярныя законодательства считаютъ до сихъ поръ институтъ фидеикомиссовъ, которымъ соотвѣтствуютъ наши заповѣдныя имѣнія, учреждаемыя только для дворянъ—привилегіей одного лишь этого сословія. Въ общемъ, сословія и занятія перестали служить въ настоящее время юридическими подраздѣленіями народа, и всѣ ограниченія какъ въ отправленіи промысловъ, которые считались прежде исключительной привилегіей того или другого сословія, такъ и въ переходѣ изъ одного сословія въ другое—теперь отмѣнены. И если въ средніе вѣка занятія и профессіи переходили часто въ сословія, дѣлаясь наслѣдственными, то въ настоящее время наслѣдственныя сословія дѣлаются, наоборотъ, профессіями, открытыми для всѣхъ и каждаго. Поэтому крестьянами считаются, напр., уже въ прусскомъ Landrecht'ѣ (II, 7, § 1), равно какъ и у насъ, люди, живущіе въ деревнѣ и непосредственно занимающіеся земледѣліемъ. Если же мы до сихъ поръ встрѣчаемся въ нѣкоторыхъ законодательствахъ съ институтами, разсчитанными спеціально на крестьянское землевладѣніе, то руководящимъ мотивомъ этихъ институтовъ являются теперь не сословныя соображенія, а потребности крестьянскаго хозяйства, — не сословныя, а утилитарныя точки зрѣнія. Поэтому же и рѣчь объ этихъ институтахъ должна вестись не въ ученіи о правоспособности, а въ вещномъ правѣ. Точно такъ и торговое право составляетъ въ настоящее время привилегію торговаго класса не субъективно, какъ это было въ средніе вѣка, а объективно, т.-е. въ смыслѣ особаго права, приспособленнаго къ потребностямъ и юридическимъ отношеніямъ торговаго оборота. То же надо сказать о промышленномъ и морскомъ правѣ, равно какъ и о нѣкоторыхъ особыхъ нормахъ, удержанныхъ и въ новѣйшемъ нѣмецкомъ уложеніи не для сословій, а для профессій, напр., военной, учительской, чиновничьей и т. п.

Въ принципѣ, доступъ во всѣ сословія теперь свободенъ, открытъ для всѣхъ, и если въ этомъ отношеніи дѣйствуютъ еще нѣкоторыя ограниченія, то они носятъ, по преимуществу, политическій или административный характеръ, не переходя въ область гражданскаго права. Таково, напр., запрещеніе заниматься торговлей и промыслами, касающееся у насъ духовенства, въ Германіи—лицъ, состоящихъ на службѣ

государства — иначе, какъ съ согласія подлежащаго начальства, или запрещеніе вступать въ бракъ безъ согласія того же начальства, относящееся какъ въ Германіи и Франціи, такъ и у насъ, или къ чинамъ военнаго вѣдомства, или ко всѣмъ вообще состоящимъ на государственной службѣ лицамъ. На эти запрещенія нельзя, однако, ссылаться противъ гражданскихъ послѣдствій сдѣлокъ, совершонныхъ съ ихъ нарушеніемъ, такъ что чиновнику и священнику придется заплатить долгъ, совершонный по запрещенной имъ торговлѣ, а офицеру, не спросившему разрѣшенія начальства на вступленіе въ бракъ, надо оставаться въ этомъ бракѣ, несмотря на все желаніе выйти изъ него.

Значеніе и исторія образованія сословій у насъ значительно разнятся отъ того, что̀ представляетъ въ этомъ отношеніи Западная Европа. Если тамъ сословная организація была часто сильнѣе государственной и проникала сословнымъ элементомъ весь государственный строй, то у насъ, наоборотъ, само государство стремилось для своихъ цѣлей организовать сословія и снабдить ихъ извѣстной суммой правъ и обязанностей, дѣйствіемъ которыхъ оно привлекало ихъ на свою службу. Подробности по этому предмету излагаются въ исторіи русскаго права и насъ не касаются. Замѣтимъ только, что до послѣдняго времени, т.-е. до коренныхъ преобразованій предпрошлаго царствованія, типъ сословной нормы, окончательно опредѣлившійся при Екатеринѣ II, былъ у насъ господствующимъ и налагалъ свою печать на всю систему нашего гражданскаго права. Поэтому-то и Сводъ Законовъ, резюмировавшій предшествовавшее право,— въ которомъ не было ничего, кромѣ законовъ, окрашенныхъ почти исключительно государственнымъ началомъ,—не далъ въ своей системѣ гражданскаго права мѣста никакимъ постановленіямъ и о субъектѣ права. Все, что мы узнаемъ изъ Свода о лицѣ, какъ субъектѣ гражданскаго права, исходитъ не изъ нашего гражданскаго кодекса, а изъ законовъ о состоляніяхъ или сословіяхъ въ широкомъ смыслѣ, помѣщенныхъ въ IX т. Свода. Но, несмотря на все смѣшеніе публичнаго и гражданскаго права, сословныя нормы далеко не имѣютъ теперь и у насъ того значенія, какое имъ принадлежало прежде. Въ Сводѣ удерживаются и перепечатываются въ новыхъ изданіяхъ положенія, опредѣлявшія еще въ недавнемъ прошломъ права сословій, которыя утратили теперь, вслѣдствіе распространенія этихъ положеній на всѣхъ, свой сословный характеръ. Такимъ образомъ за сословной нормой таится теперь въ нашемъ же Сводѣ общая норма. Сошлемся примѣрно на положеніе, устанавливающее, что „дворянинъ не можетъ быть безъ суда лишенъ жизни, правъ состоянія“ и т. д. (IX, ст. 313, 326). Въ настоящее время это не изъятіе изъ общаго правила, не исключительная, а общая норма, подъ дѣйствіемъ которой стоятъ—по крайней мѣрѣ, формально—всѣ русскіе подданные, могущіе утверждать, что безъ суда никто не лишается по праву ни жизни, ни правъ состоянія, ни имущества. Или: „потомственный дворя-

нинъ можетъ пріобрѣтать законнымъ способомъ всѣ безъ изъятія роды имуществъ движимыхъ и недвижимыхъ, входить во всѣ вообще договоры и обязательства, а также—распоряжаться недвижимымъ имуществомъ по правиламъ, въ законахъ гражданскихъ установленнымъ“ (ст. 327). Этотъ законъ касается опять не однихъ потомственныхъ дворянъ, а всѣхъ русскихъ подданныхъ. Далѣе, дворянская привилегія—владѣть населенными имѣніями сохраняла у насъ значеніе нѣкоторое время и послѣ отмѣны крѣпостного права, до его окончательной ликвидаціи. Но она исчезла вполнѣ изъ нашего законодательства 1-го января 1883 г., когда бывшіе помѣщичьи крестьяне, состоявшіе еще временно-обязанными въ отношеніи къ своимъ бывшимъ помѣщикамъ, были переведены съ оброчной и издѣльной повинности на выкупные платежи и причислены къ разряду крестьянъ-собственниковъ (продолж. 1883 г. ч. 2, т. IX, ст. 731). Поэтому въ настоящее время,—когда „каждый сельскій обыватель можетъ пріобрѣтать въ собственность недвижимое и движимое имущество, отчуждать, отдавать въ залогъ“ и т. д. (тамъ же, ст. 715 и 766), и когда „крестьяне и башкиры, какъ отдѣльно, такъ и цѣлыми обществами, могутъ входить, на основаніи общихъ постановленій, во всякіе закономъ дозволенные договоры, обязательства и подряды“ (т. IX, особ. прилож. I ст. 22), „отыскивать свои права, вчинать тяжбы, иски и т. д.“ (ст. 24),—весь историческій матеріалъ приведенныхъ и многихъ другихъ, различныхъ по своему историческому происхожденію, статей можно было бы устранить и, вмѣсто него, внести въ составъ гражданскаго кодекса только общія нормы правоспособности, обозначая при нихъ лишь немногія отступленія, не утратившія пока своего практическаго значенія [1]).

Ограниченія по сословіямъ теперь и у насъ немногочисленны и заключаютъ въ себѣ не столько привилегіи, сколько особо приноровленные къ той или другой сферѣ имущественнаго обладанія институты полупубличнаго и полуцивильнаго характера. Сюда принадлежатъ, главнымъ образомъ, дворянскія заповѣдныя имѣнія и крестьянскія земли, ограниченныя въ своей оборотоспособности и дѣлимости; рѣчь о нихъ будетъ въ вещномъ правѣ.

Изъ дѣйствительныхъ сословныхъ ограниченій въ нашемъ правѣ необходимо отмѣтить слѣдующія:

1) Ограниченія потомственныхъ дворянъ въ правѣ узаконенія своихъ и усыновленія чужихъ дѣтей были до изданія закона 12 марта 1891 г. несомнѣннымъ умаленіемъ гражданской правоспособности лицъ этого сословія по сравненію съ другими. Эти ограниченія въ узаконеніи и усыновленіи стояли въ прямой связи со старымъ юридическимъ бытомъ дворянъ, господствующими чертами котораго были: привилегіи, государственная служба и институты смѣшаннаго цивильно-политическаго типа. Въ это время расширеніе круга привилегированныхъ лицъ такими актами

[1]) Дювернуа, стр. 351—352.

частной воли, какими несомнѣнно являются узаконеніе и усыновленіе, могло казаться недопустимымъ и естественно вызывало соучастіе государственной власти въ этихъ актахъ. Но по мѣрѣ того, какъ привилегіи дворянства по службѣ и владѣнію такъ наз. населенными имѣніями, вмѣстѣ съ институтами смѣшаннаго типа, стали исчезать, ограниченія въ узаконеніи и усыновленіи, лежавшія на привилегированномъ прежде классѣ лицъ, теряли всякій смыслъ, и мы дѣйствительно видимъ, что усыновленіе еще до изданія закона 1891 г. освобождается отъ государственной опеки для личныхъ дворянъ и купцовъ изъ потомственныхъ гражданъ, передающихъ усыновляемымъ всѣ гражданскія права, кромѣ правъ состоянія (X т. изд. 87 г., ст. 149 п. 5 и ст. 154). Поэтому законъ 1891 г. и уравнялъ узаконеніе и усыновленіе для лицъ всѣхъ состояній, сохранивъ для потомственныхъ дворянъ одно лишь ограниченіе въ отношеніи къ передачѣ усыновляемому усыновителемъ своей фамиліи, которая не можетъ послѣдовать иначе, какъ съ Высочайшаго соизволенія (т. X изд. 1900 г. ст. 152).

Еще ограниченіе въ послѣдствіяхъ усыновленія для дворянъ и потомственныхъ почетныхъ гражданъ можно видѣть въ томъ, что усыновляемое ими лицо, если оно имѣетъ низшее право состоянія, чѣмъ усыновитель, пріобрѣтаетъ усыновленіемъ только личное гражданство (тамъ же, ст. 153). И объ этомъ ограниченіи дворянъ въ порядкѣ усыновленія можно сказать, что оно едва-ли компензируется единственной сохраненной теперь за ними привилегіей ходатайствовать въ извѣстныхъ условіяхъ объ учрежденіи заповѣднаго имѣнія (ст. 325 IX т.).

Особенности въ порядкѣ учрежденія опеки, признанія расточительности, сумасшествія и т. д. не составляютъ ни привилегій, ни ограниченій, и не оказываютъ вліянія на объемъ не только право-, но и дѣеспособности.

2) Ограниченія правоспособности лицъ, принадлежащихъ къ духовенству, основаны не на государственныхъ или цивильныхъ мотивахъ, а на соображеніяхъ divini juris, т.-е. „божественнаго права“, и обусловливаемой ими несовмѣстимости нѣкоторыхъ видовъ гражданской дѣятельности съ особымъ призваніемъ служителей алтаря. Это видно, во-1), изъ того, что всѣ установленныя по отношенію къ правоспособности духовенства ограниченія имѣютъ силу лишь до тѣхъ поръ, пока тотъ или другой членъ этого сословія удерживаетъ за собой служеніе алтарю, съ прекращеніемъ котораго ограниченіе само собой отпадаетъ, и, во-2), изъ постановленія ст. 459 т. IX, не распространающаго ограниченій гражданскихъ правъ лицъ духовнаго званія на ихъ вдовъ и дочерей. Тѣмъ не менѣе, ограниченія правоспособности духовенства довольно значительны и различаются какъ по вѣроисповѣданіямъ, такъ и, въ особенности, по принадлежности лица духовнаго званія къ составу бѣлаго или чернаго духовенства. Сравнительно меньше ограничено бѣлое духовенство, которому разрѣшено

неограниченно пріобрѣтать всякаго рода движимое и недвижимое имущество въ городахъ и селеніяхъ (тамъ же, ст. 376, 425, 487), но запрещено заниматься торговлей, вступать въ вексельныя обязательства и договоры подряда съ казной, быть поручителями по этимъ договорамъ, и вообще принимать на себя поручительство въ судебныхъ мѣстахъ (ст. 379 т. IX, ст. 6 Уст. о векс.). Кромѣ того, лицамъ бѣлаго духовенства воспрещено хожденіе по дѣламъ, кромѣ дѣлъ церкви, которой они принадлежатъ, дѣлъ женъ, дѣтей и питомцевъ, состоящихъ на ихъ попеченіи (тамъ же, и еще ст. 427 и 460). Слѣдуетъ еще упомянуть, что посвященіе въ дьяконскій или священническій санъ для православнаго духевенства служитъ абсолютнымъ препятствіемъ къ вступленію въ бракъ (на практикѣ бракъ предшествуетъ посвященію).

Ограниченія правоспособности чернаго духовенства гораздо значительнѣе: они близки къ уничтоженію юридической личности и находятъ свое объясненіе въ природѣ монашескихъ обѣтовъ, связанныхъ съ отреченіемъ отъ всѣхъ гражданскихъ отношеній. Поэтому монашествующій почитается за лицо, „отрекшееся отъ имущества своего единожды навсегда“, и не получаетъ его обратно даже по сложеніи своего званія (т. IX, ст. 356, 480). Отрекаясь отъ міра, онъ теряетъ всѣ свои семейныя, имущественныя и наслѣдственныя права не только въ прошломъ, но и будущемъ: старый бракъ расторгается безъ возможности вступленія въ новый, имущество обращается къ наслѣдованію по завѣщанію или по закону—безъ того, чтобы монашествующій могъ дѣлать какія-либо пріобрѣтенія для себя и впослѣдствіи. Такія пріобрѣтенія недоступны для него не только по сдѣлкамъ „между живыми“, за исключеніемъ сдѣлокъ обыденной жизни, напр., пріобрѣтенія за свои рукодѣлія, но и по сдѣлкамъ „на случай смерти“, разсчитаннымъ на наслѣдованіе какъ по закону, такъ и по завѣщанію, откуда опять исключаются лишь такія завѣщательныя распоряженія которыя имѣютъ своимъ предметомъ „иконы, панагіи, наперстные кресты и книги духовнаго, нравственнаго и ученаго содержанія“. Поручительство, залогъ и хожденіе по дѣламъ иначе, какъ для монастыря, запрещены, а оставлять что-либо по завѣщанію разрѣшено лишь монашествующимъ властямъ; имущество всѣхъ остальныхъ монашествующихъ идетъ послѣ ихъ смерти въ пользу монастыря (ст. 354, 363, 438—441, 475 и др. т. IX; относительно католическихъ монаховъ—тамъ же, ст. 442, 443, 478).

3) Ограниченія правоспособности городского сословія отошли теперь въ область исторіи, и правоспособность этого сословія представляетъ собой въ настоящее время скорѣе типъ общей правоспособности, чѣмъ отступленіе отъ нея. Существовавшія прежде привилегіи на производство торговли и разныхъ промысловъ потеряли теперь, съ расширеніемъ свободы торговли и промысловъ, всякое значеніе, а сохранившіяся ограниченія суть скорѣе способы обложенія промысловъ и торговли, чѣмъ ограниченія правоспособности.

4) Наконецъ, по отношенію къ крестьянскому сословію мы можемъ говорить опять не столько объ ограниченіяхъ правоспособности, сколько объ особой сферѣ правъ и отношеній лицъ, принадлежащихъ этому сословію. Принадлежность къ нему не закрываетъ путей къ общей гражданской правоспособности, но ставитъ крестьянъ въ нѣкоторыя особыя отношенія къ ихъ обществамъ и подчиняетъ ихъ отдѣльной юрисдикціи судебныхъ и административныхъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденій. Съ нѣкоторыми институтами, имѣющими силу только для крестьянъ, мы ознакомимся въ спеціальной части гражданскаго права.

Такимъ образомъ мы видимъ, что различаемыя нашимъ законодательствомъ 4 сословія: дворянство, духовенство, городское сословіе („средняго рода люди“) и сельскіе обыватели (ст. 2 т. IX)—не представляютъ собою, кромѣ потомственныхъ дворянъ и потомственныхъ почетныхъ гражданъ, сословій въ строгомъ смыслѣ этого слова: они открыты для всѣхъ и не обусловлены рожденіемъ въ замкнутомъ общественномъ союзѣ. Наконецъ, принадлежность и ко всѣмъ сословіямъ, если не говорить о черномъ духовенствѣ, производитъ только незначительныя видоизмѣненія гражданской правоспособности.

E) Званіе и родъ занятій.

Званіе, или служебное положеніе, и родъ занятій, или профессія, утрачиваютъ постепенно свое значеніе въ смыслѣ условія право- и дѣеспособности. Но, въ границахъ принципа равенства всѣхъ передъ закономъ, званіе и профессія продолжаютъ оказывать и въ системахъ современныхъ законодательствъ извѣстное вліяніе, если не на правоспособность, то на дѣеспособность сопричастныхъ къ нимъ лицъ. Это, конечно, не то, что было въ средніе вѣка, когда службой и профессіей опредѣлялись даже сословныя группы и крупныя различія не только въ политическомъ положеніи, но и въ гражданскихъ правахъ, и когда, особенно, въ городахъ, для многихъ родовъ занятій, напр., торговли, ремеслъ и т. д., создалось и особое для каждаго изъ нихъ право, состоявшее изъ исключавшихъ всѣ другія общественныя группы нормъ публичнаго и гражданскаго права. Тѣмъ не менѣе, и въ настоящее время торговое право заключаетъ въ себѣ особыя нормы для купцовъ, купеческихъ прикащиковъ, купеческихъ маклеровъ и т. д. Точно такъ же сохраняютъ силу и особыя нормы морского права для моряковъ, особыя нормы горнаго права для лицъ, занимающихся горнымъ промысломъ, и обширное промышленное право, связывающее цѣлый рядъ юридическихъ послѣдствій съ принадлежностью къ промышленному классу вообще или къ тому или другому промыслу въ частности. Но такъ какъ всѣ эти отрасли права (торговое, морское, горное, промышленное и т. д.) перешли

теперь изъ профессіональнаго права для опредѣленныхъ круговъ лицъ въ особое право для опредѣленныхъ категорій имуществъ и юридическихъ отношеній, то и вліяніе профессій на соотвѣтствующее имъ право можетъ быть изложено только въ системахъ тѣхъ же особыхъ отраслей права.

Что касается званія, или особаго юридическаго положенія, даваемаго службой государству, церкви и другимъ публично-правовымъ организаціямъ, подобнымъ, напр., нашему земству, городскому самоуправленію и т. д., то возникающія отсюда права и обязанности, хотя и носятъ, главнымъ образомъ, публично-правовой характеръ, отражаются тѣмъ не менѣе и на гражданскомъ правѣ. Чиновники, служители церкви и, особенно, состоящія на военной службѣ лица подчинены въ кое-какихъ отношеніяхъ и особымъ гражданско-правовымъ нормамъ, которыя то ограничиваютъ ихъ дѣеспособность, то сообщаютъ имъ извѣстныя преимущества. Къ ограничивающимъ дѣеспособность нормамъ принадлежатъ, напр., встрѣчающіяся въ большинствѣ европейскихъ кодексовъ и, въ ихъ числѣ, въ новомъ нѣмецкомъ уложеніи—нормы, предписывающія не только военнослужащимъ, но и многимъ гражданскимъ чинамъ, запасаться согласіемъ подлежащаго начальства на вступленіе въ бракъ, принятіе опеки и совершеніе нѣкоторыхъ другихъ юридическихъ актовъ; сюда относятся и ограниченія этихъ же лицъ въ мѣстожительствѣ, заключеніи займовъ, пріобрѣтеніи недвижимыхъ имуществъ, занятіи извѣстными промыслами, вступленіи въ извѣстныя товарищества и т. д. Къ льготнымъ нормамъ могутъ быть отнесены: облегченныя формы завѣщанія, привилегированная подсудность, отступленіе отъ договоровъ найма и аренды при перемѣщеніяхъ по службѣ, исключительныя нормы для передачи и залога причитающагося жалованья и т. д. [1]).

Въ нашемъ законодательствѣ надо обратить вниманіе на исключительное положеніе лицъ военнаго званія, которымъ, пока они состоятъ на дѣйствительной службѣ, воспрещается самимъ завѣдовать торговыми и промышленными предпріятіями, но разрѣшается брать промысловыя и купеческія свидѣтельства, и пользоваться ими черезъ своихъ управляющихъ, прикащиковъ и повѣренныхъ. Нижнимъ чинамъ воспрещено вступленіе въ бракъ, обусловленное для офицеровъ разрѣшеніемъ подлежащаго начальства, безъ котораго священники не должны совершать обряда вѣнчанія. Брачное совершеннолѣтіе офицеровъ арміи принято въ 23 г., флота—въ 25 лѣтъ, причемъ для лицъ, не достигшихъ 28-, а во флотѣ 25-тилѣтняго возраста, бракъ разрѣшался до послѣдняго времени не иначе, какъ по представленіи такъ наз. *реверса*, или имущественнаго обезпеченія не ниже 250 р. годового дохода, и коман-

---

[1]) Gierke, Deutsch. Privr., I, стр. 414—415. Kuhlenbeck, указ. соч., стр. 137—138.

диру, разрѣшавшему бракъ, вмѣнялось въ обязанность удостовѣряться въ его „пристойности“ для офицера (Собр. Узакон. 1887 г., № 112). Но такъ какъ эти ограниченія права вступленія въ бракъ условлены „особенностями военной службы“, то военное начальство можетъ и диспензировать, или освобождать отъ нихъ подвѣдомственныхъ ему офицеровъ, когда находитъ это цѣлесообразнымъ, какъ, напр., въ нѣкоторыхъ родахъ службы на окраинахъ. Вообще же объ этихъ ограниченіяхъ слѣдуетъ сказать, что они представляютъ собою форму leges minus quam perfectae, т.-е. такихъ законовъ, неисполненіе которыхъ не влечетъ за собой недѣйствительности совершонныхъ съ ихъ нарушеніемъ актовъ. Послѣдствія нарушенія ограничиваются служебнымъ взысканіемъ и устраненіемъ неудобствъ, проистекающихъ отъ заключеннаго брака. О другихъ ограниченіяхъ дѣеспособности военно-служащихъ, упоминаемыхъ въ нашемъ Сводѣ военныхъ постановленій (ст. 2264 кн. I ч. II, ст. 3077 кн. II ч. I, ст. 330 кн. I ч. III) и состоящихъ въ запрещеніи всѣмъ служащимъ по военному вѣдомству дѣлать займы у нижнихъ чиновъ и вообще обязываться займами нижнимъ чинамъ донского казачьяго войска, а также — просить разрѣшенія начальства на вступленіе въ договоры личнаго найма и т. д.— мы не будемъ распространяться, такъ какъ эти ограниченія не имѣютъ общаго значенія и принадлежатъ не столько гражданскому, сколько военному праву [1]).

По вопросу о гражданской службѣ особое вниманіе обращаютъ на себя ст. 528 (по сводному продолженію 1890 г.) и 529 т. III Устава о службѣ, изъ коихъ первая говоритъ о несовмѣстительствѣ извѣстныхъ должностей, а вторая запрещаетъ всѣмъ чиновникамъ участвовать въ пріобрѣтеніи имуществъ, ввѣренныхъ ихъ надзору, входить въ договоры подряда и поставки съ казной и въ долговыя обязательства съ подрядчиками и поставщиками въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ они состоятъ на службѣ, отдавать въ залогъ свое имущество по этимъ подрядамъ и поставкамъ, быть повѣренными въ тѣхъ же мѣстахъ, гдѣ они служатъ, и т. д. Всѣ эти запрещенія не представляютъ собой, какъ это правильно замѣчено Дювернуа [2]), умаленія гражданской право-и дѣеспособности, такъ какъ законы о несовмѣстительствѣ слѣдуетъ разсматривать, какъ гарантіи правильнаго отправленія служебныхъ обязанностей, а запрещенія пріобрѣтать извѣстныя имущества, вступать въ подряды, залоговыя обязательства и т. д. вытекаютъ прямо изъ служебнаго долга и такъ же мало ограничиваютъ правоспособность должностныхъ лицъ, какъ мало обязанности, лежащія по договорнымъ и внѣдоговорнымъ отношеніямъ на частныхъ лицахъ, ограничиваютъ правоспособность этихъ послѣднихъ. По существу, едва-ли можно провести границу между обязан-

[1]) Анненковъ, ук. соч., стр. 158.
[2]) Дювернуа, стр. 362—363.

ностью члена какого-нибудь товарищества не вступать въ отношенія, противорѣчащія цѣли этого товарищества, напр. эксплоатировать то же предпріятіе въ своихъ личныхъ выгодахъ, и обязанностью таможеннаго чиновника, нотаріуса, браковщика, аукціониста—не совершать въ личномъ интересѣ операцій, надзоръ за которыми составляетъ ихъ служебный долгъ. Поэтому нашъ Сводъ поступаетъ правильно, когда онъ заноситъ такого рода ограниченія въ соотвѣтствующіе уставы о службѣ гражданской, но онъ же не выдерживаетъ этой точки зрѣнія, вводя въ гражданскій кодексъ и разсматривая, какъ умаленіе, если не право-, то дѣеспособности, нѣкоторыя запрещенія, имѣющія цѣлью то же предупрежденіе нарушенія служебнаго долга. Сюда принадлежатъ, напр.: 1) запрещеніе дипломатамъ вступать безъ разрѣшенія начальства въ бракъ съ иностранкой (ст. 66 т. X ч. I); 2) запрещеніе казначеямъ совершать акты на имѣнія или капиталы, принадлежащіе какъ имъ, такъ и ихъ женамъ и дѣтямъ, иначе, какъ съ дозволенія начальства (ст. 718); и 3) запрещеніе карантиннымъ чиновникамъ быть душеприкащиками и легатаріями по завѣщаніямъ лицъ, пребывающихъ въ карантинѣ (ст. 786, перенесенная теперь въ Уст. Врач., ст. 1211, продолж. 1886 г.).

Ж) Гражданская честь.

1. Гражданская честь есть понятіе, производное отъ общаго понятія чести, принадлежащаго, прежде всего, области нравственности. Но независимо отъ нравственныхъ отношеній, честь играетъ важную роль и въ нравахъ, переходя отсюда, подъ особымъ названіемъ „гражданской чести“, и въ область права. Во всѣхъ трехъ областяхъ понятіе чести выражаетъ одинаково уваженіе, достоинство и идеальную цѣнность человѣческой личности, которая разсматривается только съ различныхъ и приспособленныхъ къ особенностямъ каждой изъ этихъ областей точекъ зрѣнія.

Въ предѣлахъ нравственныхъ отношеній достоинство и цѣнность личности опредѣляются ея собственнымъ сознаніемъ о своемъ достоинствѣ и своей цѣнности. Понятіе чести совпадаетъ здѣсь съ понятіемъ нравственнаго долга, и такъ какъ основаніе послѣдняго, если отвлечься отъ его историческихъ корней и процесса развитія, лежитъ въ личномъ сознаніи, то не можетъ подлежать сомнѣнію, что въ порядкѣ нравственныхъ отношеній каждый является самъ судьей своей чести. Нравственность велитъ поступать согласно долгу, независимо отъ того, что скажутъ другіе, или что требуется правомъ; и если реквизиты нравственныхъ дѣйствій совпадаютъ, въ видѣ общаго правила, съ нормами общественныхъ нравовъ и права, то они нерѣдко и расходятся, вызывая необходимость разграниченія понятія чести въ сферѣ нравственности, общественныхъ нравовъ и права.

Въ сферѣ общественныхъ нравовъ понятіе чести регулируется общественнымъ мнѣніемъ и переходитъ изъ внутренняго сознанія каждаго индивида о своемъ достоинствѣ во внѣшнее признаніе этого достоинства со стороны общества. Человѣкъ, какъ существо соціальное, нуждается въ уваженіи себѣ подобныхъ столько же, а часто и больше, чѣмъ въ уваженіи самого себя; и, придавая такую цѣну уваженію другихъ, онъ подчиняется общественному мнѣнію, которое овладѣваетъ въ бо́льшей или меньшей степени его личнымъ сознаніемъ и стремится даже стать на его мѣсто. Если личное сознаніе слабо или низко, оно поддерживается и возвышается общественнымъ сознаніемъ, предохраняющимъ первое отъ дѣйствій, противныхъ принятымъ въ обществѣ представленіямъ о чести. Если, напротивъ, личное сознаніе сильно и высоко, оно не даетъ опредѣлять себя общественнымъ мнѣніемъ и диктуетъ образъ дѣйствій, согласованный не столько съ общественнымъ, сколько съ личнымъ представленіемъ о чести. Во всякомъ случаѣ, честь, гарантируемая общественнымъ мнѣніемъ, навязывается извнѣ и поэтому уже рѣзко отличается отъ чести, вытекающей изъ внутренняго сознанія о нравственномъ долгѣ. И если это послѣднее не представляетъ собой постоянной величины, измѣняя свое содержаніе въ различныхъ условіяхъ времени и пространства, то условленность общественнаго мнѣнія средой и исторіей еще значительнѣе. Регулируемая общественнымъ мнѣніемъ, честь есть понятіе соціальной жизни и, какъ таковое, подвергается постояннымъ колебаніямъ не только отъ мѣста къ мѣсту и отъ времени къ времени, но и отъ одной общественной группы къ другой: честь въ одномъ кругу лицъ оказывается часто безчестіемъ или безразличнымъ поведеніемъ въ другомъ. Но это не уменьшаетъ власти общественныхъ представленій о чести надъ нашимъ поведеніемъ, и мы понимаемъ обыкновенно честь въ смыслѣ именно такихъ общественныхъ о ней представленій. Имъ мы подчиняемся, по общему правилу, безпрекословно, несмотря ни на возникающее нерѣдко противорѣчіе этихъ представленій о чести съ требованіями нравственности, ни на кажущуюся слабость санкціи управляющихъ ими особыхъ нормъ, называемыхъ конвенціональными. Характерная черта этихъ нормъ состоитъ въ томъ, что основаніе ихъ обязательной силы лежитъ въ согласіи съ ними каждаго исполняющаго ихъ лица, и эта обусловленность конвенціональныхъ нормъ согласіемъ на нихъ всѣхъ тѣхъ, на кого онѣ расчитаны, рѣзко отличаетъ эти послѣднія отъ нормъ юридическихъ, стоящихъ независимо отъ согласія или несогласія подчиненныхъ имъ лицъ. Но, не взирая на зависимость конвенціональныхъ нормъ отъ согласія или признанія подчиняющихся имъ лицъ, матеріальное дѣйствіе этихъ нормъ не уступаетъ обыкновенно таковому же дѣйствію нормъ юридическихъ, что́ выступаетъ особенно ярко въ случаяхъ столкновенія тѣхъ и другихъ нормъ, напр., при выходѣ на дуэль вопреки запрещенію закона и т. д. Это дѣйствіе бываетъ часто даже настолько сильно, что оно заставляетъ

сообразоваться съ нимъ право, и въ этихъ случаяхъ конвенціональныя нормы обращаются въ юридическія, а понятіе чести, переходя въ область права, вбираетъ въ себя черты юридическаго понятія. Этотъ переходъ одного и того же понятія изъ порядка нравственныхъ явленій въ общественные нравы и отсюда въ область права—объясняется, съ одной стороны, тѣсной связью между нравственной, соціальной и юридической жизнью, и, съ другой—стремленіемъ права осуществлять, насколько это совмѣстимо съ его основными задачами и понятіями, требованія нравственности и общественнаго мнѣнія.

Въ правѣ понятіе чести выступаетъ въ трехъ главнѣйшихъ формахъ: во-1-хъ, условія пріобрѣтенія и пользованія тѣми или другими правами, насколько эти послѣднія предполагаютъ обладаніе незапятнанной честью; во-2-хъ, аттрибута личности или нераздѣльнаго съ нею идеальнаго блага, поставленнаго подъ защиту юридическихъ нормъ противъ посягательствъ третьихъ лицъ и, въ-3-хъ, предмета наказанія, въ смыслѣ лишенія этого блага тѣхъ, кто вызываетъ противъ себя общественное осужденіе или совершаетъ извѣстныя преступленія. Здѣсь намъ придется имѣть дѣло съ юридическимъ понятіемъ чести только въ первомъ изъ указанныхъ его обнаруженій, такъ какъ честь, какъ личное благо, входитъ въ содержаніе института правъ личности, а честь, какъ предметъ наказанія, составляетъ оборотную или отрицательную сторону того же института, принадлежащаго спеціальной части системы гражданскаго права [1]).

2. Честь—въ смыслѣ условія пользованія тѣми или другими правами—есть самостоятельное юридическое понятіе, выражающее способность къ обладанію этими правами. Эта способность въ томъ или другомъ размѣрѣ признается общественной властью за личностью въ силу должнаго ей уваженія, и отрицается вполнѣ или отчасти въ тѣхъ случаяхъ, когда личность лишается этого уваженія по тѣмъ или другимъ основаніямъ въ глазахъ того общества, которому она принадлежитъ. Ни одинъ правопорядокъ не можетъ не считаться съ этимъ фактомъ признанія или непризнанія обществомъ достоинства личности, и само собою разумѣется, что права и обязанности, обусловленныя такимъ уваженіемъ къ достоинству личности, относятся главнымъ образомъ къ области публичнаго права. Это—отправленіе публичныхъ должностей, свидѣтельство на судѣ и въ публичныхъ актахъ, принадлежность къ высшему сословію, почетные знаки отличія и т. д. Напротивъ, положеніе кредитора, должника, собственника, отца, супруга и т. д. весьма отдаленно отъ этого понятія чести, и если, не обладая ея полнотой, нельзя занимать извѣстныя должности, подписывать формальные акты и т. п., то можно состоять въ разнаго рода обязательствахъ, владѣть собственностью, быть супругомъ, отцомъ

[1]) Binding, Die Ehre im Rechtssinn und ihre Verletzbarkeit, 1890, стр. 21—23.

и т. д. Поэтому юридическое понятіе чести есть, прежде всего, понятіе публичнаго права, распространяющее свое вліяніе на право гражданское лишь въ нѣкоторыхъ изъ его отношеній, которыя будутъ указаны ниже. Но изъ сказаннаго уже видно, что юридическое понятіе чести или гражданская честь, въ модернизированномъ смыслѣ этого выраженія, отвлеченомъ отъ отношеній подданства, или гражданства, есть юридическая способность къ обладанію извѣстными правами, а гражданское безчестіе—такая же неспособность къ обладанію этими правами. И если условія и послѣдствія того и другого состоянія точно опредѣлены нормами объективнаго права, то гражданская честь и гражданское безчестіе получаютъ значеніе самостоятельнаго института права.

Существуетъ, однако, другая и менѣе опредѣленная форма обнаруженія понятія чести въ правѣ. Если сужденіе о томъ, заслуживаетъ-ли данное лицо довѣрія, обусловливающаго отправленіе извѣстныхъ правъ, предоставлено свободной оцѣнкѣ судьи, то оцѣнка эта не можетъ не опредѣляться общественнымъ мнѣніемъ, которое, получаетъ здѣсь въ лицѣ судьи органъ для своего выраженія и даетъ намъ также юридическое понятіе чести, основанное только не на шаблонахъ объективнаго права, а на санкціонируемыхъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ представленіяхъ общества о порядочности или непорядочности того или другого лица. Конечно, это понятіе неопредѣленно, подвержено колебаніямъ и не можетъ быть точно установлено; внушающее его общественное мнѣніе такъ же неопредѣленно, такъ же подвержено колебаніямъ и можетъ имѣть своимъ источникомъ не объективную оцѣнку, а предразсудки, способные опорочить и лучшихъ людей. Поэтому, если нельзя оспаривать юридическое значеніе и этой чести, вліяющей на право чрезъ общественное мнѣніе безъ посредства обобщающихъ его нормъ объективнаго права,—что̀ мы видимъ, напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда судамъ предоставлено не довѣрять свидѣтельству или не допускать къ извѣстнымъ должностямъ лицъ, опороченныхъ общественнымъ мнѣніемъ, или, напротивъ, довѣрять свидѣтельству, назначать на извѣстныя должности лицъ, которыя считаются безупречными,—то слѣдуетъ признать, что понятіе чести въ этомъ смыслѣ, при неопредѣленности своихъ условій и послѣдствій, носитъ скорѣе фактическій, нежели юридическій характеръ. Во всякомъ случаѣ, оно должно быть строго различено отъ чести, поставленной въ связь съ точно опредѣленными условіями и послѣдствіями.

На указанномъ различіи основано и давно принятое въ европейской юриспруденціи дѣленіе безчестія на такъ назыв. infamia juris, безчестіе юридическое, опирающееся на опредѣленныя и общія юридическія нормы, и infamia facti, безчестіе фактическое, основанное на санкціонируемомъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ общественномъ мнѣніи. Эти названія, хотя и несогласныя со словоупотребленіемъ римскихъ источниковъ, выражаютъ вѣрно какъ римскія, такъ и совре-

менныя намъ юридическія отношенія, связанныя съ понятіемъ чести, и противъ нихъ можно было бы не возражать, если бы они не подавали повода къ предположенію, что въ обоихъ случаяхъ дѣло идетъ объ институтахъ съ одинаково опредѣленными условіями и послѣдствіями. Между тѣмъ, о подобномъ институтѣ не можетъ быть рѣчи при infamia facti, и только въ случаяхъ infamia juris право выдвигаетъ, вмѣсто неопредѣленнаго и передаваемаго судьѣ общественнаго мнѣнія, свой опредѣленный критерій чести, съ которымъ соединяются столь же опредѣленныя послѣдствія. Этотъ критерій и связываемыя съ нимъ юридическія послѣдствія измѣняются въ условіяхъ времени и мѣста, и вслѣдствіе особо тѣсной зависимости представленій о чести отъ національнаго характера и общественныхъ отношеній каждаго отдѣльнаго народа, мы находимъ здѣсь, быть можетъ, болѣе, чѣмъ гдѣ-либо, свободное и независимое отъ чужеземныхъ вліяній развитіе [1]). Тѣмъ не менѣе, римское право, хотя и видоизмѣненное германскими воззрѣніями, сыграло важную роль въ судьбахъ и этого ученія въ современныхъ намъ законодательствахъ. Поэтому, для пониманія послѣднихъ, необходимо вспомнить, хотя бы въ общихъ чертахъ, какъ римское, такъ и средневѣковое германское ученіе о чести.

3. Въ древне-римскомъ правѣ понятіе чести сливалось съ понятіемъ гражданства: честь (existimatio) была правомъ гражданства. Отсюда происходитъ и современный терминъ „гражданская честь“ (bürgerliche Ehre). Если же гражданство служило критеріемъ чести, то, не имѣя его, нельзя было имѣть ни чести, ни правъ, основанныхъ на jus civile; и таково было положеніе не только рабовъ, но и всѣхъ иностранцевъ. Поэтому же потеря права гражданства (capitis deminutio maxima et media) вела неминуемо къ потерѣ какъ чести, такъ и всѣхъ правъ, принадлежавшихъ римскому гражданину (consumptio existimationis). Полное безправіе составляло, вмѣстѣ съ тѣмъ, и полное безчестіе, но не наоборотъ, такъ какъ существовали права, основанныя не на jus civile и поставленныя независимо отъ обладанія гражданской честью. Но честь подвергалась не только уничтоженію, но и умаленію (minutio existimationis), когда кто-либо лишался не права гражданства, а только соединенныхъ съ нимъ публичныхъ правъ (suffragia et honores). Это умаленіе чести, устанавливаемое нормами положительнаго права, называлось infamia (теперь — infamia juris); оно наступало въ точно опредѣленныхъ условіяхъ, а именно—при осужденіи въ уголовномъ судѣ, неисполненіи обязанностей по опекѣ и договорамъ товарищества, порученія и поклажи, двойномъ обрученіи, двойномъ бракѣ, прелюбодѣяніи жены, бракѣ опекуна или его сына съ подопекаемой, бѣгствѣ изъ войска, профессіяхъ актеровъ, борцовъ, публичныхъ женщинъ и т. д.—и обнаруживало свой публично-правовой характеръ въ томъ, что связанная съ

[1]) Unger, Syst., I, стр. 261—263.

нимъ потеря политическихъ правъ (jus suffragii et honorum) не затрагивала, въ общемъ, гражданской правоспособности (commercium et connubium); во всякомъ случаѣ, вліяніе infamia на отношенія гражданскаго права было незначительно и выражалось, главнымъ образомъ, ограниченіями въ судебномъ представительствѣ и введенными Lex Julia ограниченіями брачной правоспособности. Другія невыгодныя въ граждански-правовомъ отношеніи послѣдствія безчестья вытекали не столько изъ безчестья, какъ самостоятельнаго института, сколько изъ потери уваженія и довѣрія къ данному лицу со стороны общества, и подводились подъ разъясненное выше понятіе turpitudo (ignominia), или infamia facti. Само собою разумѣется, что тѣ же послѣдствія наступали и при infamia juris, представлявшей собой высшую ступень того института безчестья, корни котораго лежали въ правѣ гражданства, а послѣдствія угрожали, прежде всего, не гражданскимъ, а политическимъ правамъ.

Но политическій строй древняго Рима потерпѣлъ существенныя измѣненія съ утвержденіемъ имперіи: политическая свобода пала, и съ нею притупились и политическія послѣдствія infamia. Отъ нихъ ко времени Юстиніана осталось только закрытіе доступа къ нѣкоторымъ почетнымъ званіямъ и къ адвокатурѣ. Въ общемъ, публичная сторона института была упразднена, а съ нею вмѣстѣ—и его самостоятельное значеніе, что̀ совершилось тѣмъ легче, что съ теченіемъ времени постепенно исчезали и гражданско-правовыя послѣдствія прежде самостоятельнаго института Они перестали отличаться отъ послѣдствій фактическаго безчестья, въ ряду которыхъ общее значеніе сохранилось только за правомъ братьевъ и сестеръ завѣщателя оспаривать завѣщаніе, сдѣланное въ пользу turpis persona, т.-е. лица, опороченнаго въ мнѣніи общества, и за возможностью не допускать такихъ же опороченныхъ лицъ къ положеніямъ, требующимъ особаго довѣрія, напр. къ опекѣ.Такимъ образомъ, infamia juris не исполняла болѣе функціи особаго юридическаго понятія; она сливалась съ такъ наз. turpitudo, т.-е. нравственной непорядочностью, сопровождавшейся извѣстными гражданско-правовыми послѣдствіями только въ томъ случаѣ, если она признавалась судомъ, и опиралась на общественное осужденіе (infamia facti) [1]).

4. Средневѣковое германское право знало, даже въ свою раннюю пору, защиту чести и выработало достаточно развитую систему этой защиты. Точкой отправленія для нея, какъ и для защиты другихъ правъ, служила кровная месть, выкупъ которой сначала былъ предоставленъ добровольному соглашенію, а потомъ и обстоятельно регламентированъ закономъ. Оставляя въ сторонѣ эту регламентацію, мы ограничимся замѣчаніемъ, что въ основаніи ея лежало не только признаніе права на честь, но и такая высокая оцѣнка этого права, которая отождествляла

[1]) Unger, тамъ же, стр. 263—265. Regelsberger, ук. соч., стр. 265—266.

его наличность съ правоспособностью, а отсутствіе—съ безправіемъ. Это право слѣдовало охранять какъ на судѣ, такъ и внѣ суда—въ случаѣ надобности, и силой оружія, что̀ мы видимъ, хотя бы, на общераспространенной практикѣ какъ судебныхъ, такъ и внѣ-судебныхъ поединковъ. Но если честь и составляла право личности, то различнымъ положеніямъ этой личности въ сословномъ строѣ среднихъ вѣковъ соотвѣтствовало то, что высшимъ сословіямъ принадлежала высшая, а низшимъ—низшая честь, и мы находимъ въ средневѣковомъ обществѣ столько же институтовъ чести, сколько въ немъ было сословій: честь феодальной знати, честь рыцарей, честь горожанъ, купцовъ, ремесленниковъ и т. д.

Понятіе чести сливалось съ понятіемъ сословныхъ правъ: гражданская честь была сословною честью, и это выражалось, между прочимъ, въ томъ, что и слово „право“ употреблялось на средневѣковомъ юридическомъ языкѣ въ смыслѣ, въ которомъ оно означало принадлежность лица къ тому или другому сословію. Поэтому и гражданскимъ безчестіемъ считалось не лишеніе политическихъ правъ, какъ это было въ Римѣ—сознаніе этихъ правъ въ средніе вѣка все болѣе и болѣе затеривалось—а лишеніе или умаленіе сословныхъ правъ, причемъ слѣдуетъ отмѣтить 3 института, носившіе названія: Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit.

а) Echtlosigkeit или Friedlosigkeit была настоящей гражданской смертью, т.-е. состояніемъ лица, объявленнаго внѣ закона и лишеннаго всѣхъ правъ и всякой правоспособности. Разрушеніе семейнаго состоянія, конфискація имущества и безнаказанность убійства такого лица сопровождались естественно и лишеніемъ его чести. Но это безчестье не имѣло самостоятельнаго значенія: оно было послѣдствіемъ потери общей правоспособности, а не особыхъ дѣйствій или состояній, влекущихъ за собою лишеніе именно чести.

б) Rechtlosigkeit выражала не полное безправіе, а такое состояніе, въ которомъ лицо не обладало полнотой своихъ правъ или „правомъ“, въ смыслѣ сословной чести. Оставаясь, въ общемъ, подъ защитой нормъ, охраняющихъ семейныя и имущественныя отношенія, „безправный“ въ этомъ смыслѣ (Rechtloser) не получалъ вовсе виры или получалъ ее въ сокращенномъ размѣрѣ, не могъ вступить въ равный бракъ, участвовать въ народномъ собраніи, быть судьею, свидѣтелемъ, опекуномъ и т. д. И это состояніе, вообще исключавшее права, обусловленныя принадлежностью къ какому-либо сословію, было послѣдствіемъ или извѣстныхъ преступленій, напр., воровства, грабежа и т. д., или незаконности рожденія (Anrüchtigkeit), или извѣстнаго рода занятій и промысловъ, напр., профессій палачей, наемныхъ борцовъ въ судебныхъ поединкахъ, комедіантовъ, канатныхъ плясуновъ, музыкантовъ, публичныхъ женщинъ, содержателей публичныхъ домовъ, ростовщиковъ изъ христіанъ, злостныхъ банкротовъ и т. д.

в) Состояніе Ehrlosigkeit, или безчестья въ собственномъ смыслѣ, смѣшиволось часто съ предшествующимъ состояніемъ и отграничивалось отъ него тѣмъ, что, не примѣняясь къ „безправію“ ни по незаконности рожденія, ни по роду занятій, оно наступало по судебному приговору о безчестьи даннаго лица въ силу его безчестныхъ дѣйствій. Это безчестье сопровождало всегда и оба предшествующихъ состоянія, но здѣсь оно выступало самостоятельно и разсматривалось не столько какъ послѣдствіе преступленія, сколько какъ послѣдствіе нѣкоторыхъ дѣйствій, почитаемыхъ особенно безчестными, напр., нарушенія вѣрности, бѣгства съ поля битвы, лжесвидѣтельства, лжеприсяги и т. д. Характерной чертой этого безчестія было то, что оно нравственно дискредитировало лицо, ему подвергавшееся, и дѣлало для него невозможнымъ какъ достовѣрное свидѣтельство, такъ и принятіе присяги, замѣнявшееся судомъ Божьимъ даже тамъ, гдѣ къ присягѣ допускались такъ наз. „безправные“ по своему рожденію или роду занятій лица. Сверхъ того, осужденіе на такое безчестье закрывало доступъ къ общественнымъ должностямъ, союзамъ и собраніямъ честныхъ людей [1]).

5. Рецепція римскаго права внесла значительныя измѣненія въ изложенныя положенія среднѣкового германскаго права. Эта рецепція обняла сначала все римское ученіе объ infamia, несмотря на то, что это ученіе не представляло собой и на мѣстѣ своей родины—по крайней мѣрѣ, во время Юстиніановской кодификаціи—института съ опредѣленными предположеніями и послѣдствіями. Не было обращено вниманія и на то обстоятельство, что гражданское безчестіе носитъ отпечатокъ публичнаго права, дѣлающій особенно неудобнымъ его механическое перенесеніе на почву иныхъ отношеній государственной жизни. Много содѣйствовали примѣненію римскаго ученія, съ одной стороны, согласіе въ нѣкоторыхъ пунктахъ римскихъ и германскихъ положеній о потерѣ и ограниченіяхъ чести, а съ другой—рецепція римскаго ученія каноническимъ правомъ. Установилось объясненное выше различіе между infamia facti и infamia juris, съ подраздѣленіемъ послѣдней на infamia immediata, наступающую ipso jure, т.-е. независимо отъ судебнаго приговора, и infamia mediata, вступающую въ силу только по судебному приговору; подъ первую была подведена германская Anrüchtigkeit, т.-е. безчестье по незаконности рожденія, подъ вторую—Recht-и Ehrlosigkeit. Принята, наконецъ, подъ именемъ levis nota (Verächtlichkeit), и третья—качественно различная отъ предыдущихъ—степень ограниченія чести, связанная съ извѣстными занятіями или принадлежностью къ низшимъ классамъ. Романизирующая тенденція не помѣшала все-таки устраненію изъ рецепціи инфамирующаго въ римскомъ правѣ дѣйствія осужденія по

[1]) Heusler, Instit., I, стр. 190—199. Gierke, Deutsch. Privr., I, стр. 416—422 Stobbe, Handb., I, стр. 399—406. Frenkel, Der Schutz der Ehre, 1908, стр. 1—5.

договорамъ товарищества, порученія, поклажи, и управленію опекой,— такъ что германскія представленія о чести не погибли, а лишь видоизмѣнились и вошли въ соотвѣтствующихъ современнымъ понятіямъ формахъ и въ новыя законодательства [1]).

6. Характеризуя отношеніе къ гражданской чести современныхъ законодательствъ, нужно прежде всего замѣтить, что эти законодательства окончательно разстаются съ римскими категоріями capitis deminutio maxima et media, вмѣстѣ съ соотвѣтственными имъ германскими представленіями о Fried- и Echtlosigkeit, принимавшими уничтоженіе личности со всѣми ея публичными и даже гражданскими правами. Современное право не знаетъ такой гражданской смерти личности, и, считая честь прирожденнымъ каждому человѣку благомъ, оно не связываетъ ее болѣе ни правомъ гражданства, ни сословнымъ началомъ, ни какимъ бы то ни было общественнымъ положеніемъ или особымъ качествомъ личности. Честь, какъ нравственное достоинство человѣка, принадлежитъ ему отъ рожденія до смерти и не можетъ быть никѣмъ ни отнята, ни нарушена. Ее сохраняетъ и приговоренный къ высшимъ изъ существующихъ мѣръ наказанія, и даже всесильное теперь государство не способно ни дать чести, ни отобрать ее у кого бы то ни было. Имѣя корень въ существѣ самой личности, честь не можетъ быть уничтожена дѣйствіемъ третьяго лица и сохраняетъ свою цѣнность даже при общемъ къ ней неуваженіи. Это—капиталъ, который пріумножается или расточается только его владѣльцемъ. Правда, цѣнность этого капитала отражается и въ сужденіи о ней третьихъ лицъ и общественной власти. Но третьи лица могутъ нарушить не нравственное достоинство личности, составляющее содержаніе понятія чести, а то притязаніе на уваженіе этого достоинства, котораго нарушеніе даетъ понятіе обиды или оскорбленія. Что касается общественной власти, то единственно-возможныя теперь съ ея стороны ограниченія чести устанавливаются не иначе, какъ на основаніи поведенія самого субъекта чести и постановляемаго о томъ судебнаго приговора.

Такимъ образомъ, честь выступаетъ теперь непосредственнымъ послѣдствіемъ правоспособности личности, и насколько эта послѣдняя демократизирована новыми законодательствами, т.-е. сдѣлана для всѣхъ равной и не могущей ни у кого отсутствовать, настолько и честь—несмотря на свое различное содержаніе у различныхъ народовъ и въ различныхъ классахъ одного и того же народа—остается всегда неотъемлемымъ и неотдѣлимымъ отъ личности правомъ ея на самоуваженіе и уваженіе со стороны другихъ [2]). Это значитъ, что честь не составляетъ болѣе, какъ это было прежде, условія правоспособности, и съ этой стороны не представляетъ уже инте-

[1]) Gierke, тамъ же, стр. 422—425. Regelsberger, тамъ же стр. 264—266.
[2]) Binding, ук. соч., стр. 32. Liepmann, Die Beleidigung, 1909 стр. 13—15.

реса для права. Все римское ученіе объ infamia juris отброшено и замѣнено постановленіями новыхъ уголовныхъ законодательствъ о безчестіи, какъ послѣдствіи различныхъ преступленій, и безчестіи,какъ особомъ наказаніи за извѣстныя безчестныя дѣйствія. Но римское же ученіе о turpitudo, или infamia facti, сохраняетъ свою силу, такъ какъ оно соотвѣтствуетъ всѣмъ извѣстнымъ намъ культурнымъ состояніямъ права, хотя сужденіе о безчестности тѣхъ или другихъ дѣйствій основывается теперь не на римскихъ и средневѣковыхъ, а на иныхъ воззрѣніяхъ, не считающихъ, напр., безчестьемъ ни внѣ-брачнаго рожденія, ни профессій актеровъ или музыкантовъ.

Современное право, опираясь на свое прошлое, различаетъ ясно двѣ степени умаленія чести: 1) безчестіе въ собственномъ смыслѣ (Ehrlosigkeit), и 2) „нравственную непорядочность“ (Verächtlichkeit). Третья, промежуточная между той и другой, степень безчестія (Anrüchtigkeit), связанная непосредственно съ незаконностью рожденія и извѣстными занятіями, отвергается значительнымъ большинствомъ новыхъ законодательствъ и должна быть отнесена къ числу, если не вполнѣ умершихъ, то рѣшительно умирающихъ явленій права.

1) Безчестіе въ собственномъ смыслѣ, или лишеніе такъ наз. „почетныхъ правъ“ (bürgerliche Ehrenrechte), есть прямое продолженіе той средневѣковой „Rechtlosigkeit“, которая наступала въ силу осужденія за тяжкія преступленія и смѣшалась во время рецепціи римскаго права съ безчестьемъ въ смыслѣ Ehrlosigkeit, наступавшемъ въ силу особаго указанія на него въ судебномъ приговорѣ. Какія преступленія и какія наказанія сопровождаются безчестіемъ въ томъ и другомъ случаѣ, это опредѣляется уголовными уложеніями, перечисляющими обыкновенно и тѣ „почетныя права“, изъ лишенія которыхъ составляется понятіе гражданскаго безчестія. Эти права носятъ, какъ и прежде, преимущественно публичный характеръ, но съ потерей ихъ связывается, по общему правилу, уже не постоянная, а болѣе или менѣе продолжительная неспособность къ службѣ въ войскѣ и во флотѣ, также—къ отправленію политическихъ избирательныхъ правъ и публичныхъ должностей, куда отнесены и профессіи адвокатовъ, нотаріусовъ, шеффеновъ, присяжныхъ засѣдателей и т. д. Въ область гражданскаго права и процесса входятъ слѣдующія умаляющія честь послѣдствія: а) потеря соединенныхъ съ должностью имущественныхъ притязаній на жалованье, пенсію и т. д.; б) недопущеніе къ опекѣ, попечительству, участію въ семейномъ совѣтѣ; в) запрещеніе свидѣтельствовать при совершеніи брака, завѣщанія и публичныхъ — судебныхъ или нотаріальныхъ — актовъ; г) возможность устраненія изъ состава третейскаго, или посредническаго суда. Французское законодательство присоединяетъ сюда еще неспособность приговореннаго уголовнымъ судомъ къ лишенію правъ состоянія не только завѣщать и дарить, но и пріобрѣтать по завѣща-

ніямъ и дареніямъ. Къ его имуществу назначается опека, организуемая на тѣхъ же началахъ, что̀ и опека надъ малолѣтними; она управляетъ имуществомъ приговореннаго и представляетъ его во всѣхъ юридическихъ актахъ, касающихся этого имущества [1]).

2) „Нравственная непорядочность", соотвѣтствующая римской turpitudo, или infamia facti, устанавливается юридически не на преступленіи или проступкѣ, а на общественномъ мнѣніи, которое проникаетъ въ право черезъ юридическія сдѣлки, автономныя постановленія уполномоченныхъ на то юридическихъ лицъ и опирающееся на законъ свободное усмотрѣніе судьи. Условія, опредѣляющія эту „нравственную непорядочность", не могутъ быть точно указаны, такъ какъ они лежатъ глубоко на днѣ нравственныхъ и общественныхъ отношеній и, кромѣ того, подвержены постояннымъ колебаніямъ. Въ общемъ, сюда можно отнести безнравственную и недостойную жизнь, которую право караетъ тѣмъ, что разрѣшаетъ въ извѣстныхъ условіяхъ суду не допускать лицъ, ведущихъ такую жизнь, къ положеніямъ, требующимъ особаго довѣрія и общественнаго уваженія. Поэтому, независимо отъ ограниченія такихъ лицъ въ публичной жизни и пользованіи такъ назыв. „почетными правами", независимо и отъ признанія свидѣтельства ихъ недостовѣрнымъ,—новыя законодательства предоставляютъ суду и нѣкоторымъ другимъ, какъ правительственнымъ, такъ и общественнымъ органамъ, не допускать этихъ лицъ къ опекѣ и адвокатурѣ, отказывать въ согласіи на вступленіе ихъ въ бракъ, считать ихъ нравственную неблагонадежность основаніемъ для разрыва съ ними договоровъ товарищества и личнаго найма, для требованія развода, лишенія наслѣдства, предъявленія споровъ противъ сдѣланныхъ въ ихъ пользу завѣщаній (querela inofficiosi testamenti) и т. д. Тотъ, кто состоитъ подъ конкурсомъ, не допускается также ни къ посѣщенію биржи (Berliner Börsen-Ordnung 1866 г. § 3), ни къ пріему въ цехи (Gewerbe-Ordnung 1869 г. § 83 и 90; 1881 г. § 100); промысловыя товарищества могутъ исключать изъ своей среды товарищей за ихъ „безчестный образъ жизни" (Genossenschafts-Gesetz 1868 г. § 38). Само собой разумѣется, что судебный приговоръ о лишеніи чести за то или другое преступленіе обязателенъ и для судьи, постановляющаго рѣшеніе о фактическомъ безчестьи: предоставленное ему „свободное усмотрѣніе" не заключаетъ въ себѣ права считать безупречнымъ съ точки зрѣнія чести того, кто уже лишенъ по суду своихъ правъ чести.

Новѣйшія кодификаціи въ области уголовнаго и гражданскаго права—уголовное уложеніе (Strafgesetzbuch, § 31—34) и гражданское уложеніе (Bürgerl. G. B. §§ 1318, 1568, 1666, 1781, 2333, 2236, 2237) Германской имперіи—освящаютъ почти цѣликомъ изложенные

[1]) Capitant, ук. соч., стр. 146—147.

принципы современнаго ученія о чести, а нѣкоторые изъ имперскихъ законовъ послѣдняго времени даже распространяютъ эти принципы на новыя отношенія. Законъ о промысловыхъ товариществахъ 1889 г., § 68, исключаетъ изъ состава какъ этихъ товариществъ, такъ и цеховъ лицъ, утратившихъ права чести. Законъ о кассахъ вспомоществованія 1876 г., § 21, и законъ о страхованіи рабочихъ отъ болѣзней 1883 г., § 37, не допускаютъ на устанавливаемыя ими общія собранія—членовъ, не обладающихъ правами чести. Соотвѣтственныя постановленія сдѣланы и въ позднѣйшихъ рабочихъ законахъ. Только лица, владѣющія полнотой чести, могутъ быть и отвѣтственными редакторами періодическихъ изданій (Законъ о печати 1874 г., § 8): утрата гражданской чести лишаетъ права посѣщенія биржи (Законъ о биржѣ 1896 г.), и т. д.

Особенность опредѣленій о безчестіи въ новомъ нѣмецкомъ гражданскомъ уложеніи состоитъ въ томъ, что эти опредѣленія носятъ диспозитивный характеръ. Другими словами, они производятъ не неспособность лицъ, терпящихъ умаленіе чести, къ совершенію обусловливаемыхъ ею дѣйствій, а лишь возможность недопущенія или уничтоженія силы этихъ дѣйствій исключительно по требованію управомоченныхъ на то лицъ. Въ этомъ отношеніи опредѣленія нѣмецкаго уложенія стоятъ въ противорѣчіи съ нормами уголовнаго кодекса, устанавливающими въ тѣхъ же случаяхъ прямую неспособность, и это противорѣчіе допущено гражданскимъ уложеніемъ сознательно, въ виду всегда рѣшающаго для него соображенія объ интересахъ третьихъ лицъ. Предположенное передъ голосованіемъ этого уложенія измѣненіе соотвѣтственныхъ статей уголовнаго кодекса до сихъ поръ не произведено [1]).

7. О нашемъ законодательствѣ слѣдуетъ сказать, что оно скудно спеціальными нормами о безчестіи. Тѣмъ не менѣе, и въ немъ можно найти постановленія, относящіяся какъ къ безчестію, основанному на судебныхъ приговорахъ, такъ и къ безчестію, вытекающему изъ общественнаго осужденія. Постановленія первой категоріи (infamia juris) связаны тѣснѣйше съ дѣйствующей системой наказаній и указываютъ на такія послѣдствія: 1) „лишенія всѣхъ правъ состоянія“ (Улож. о нак., ст. 22—28; т. X ч. I, ст. 770, 771, 1067, 1553, ст. 55 и 56 приложенія къ ст. 708, ст. 1019; Уст. о ссыльн., изд. 1890 г., ст. 422 и слѣд.) сопряжено для дворянина съ потерей дворянскаго достоинства, для духовныхъ лицъ — изверженіемъ изъ духовнаго сана и званія, для городскихъ обывателей и людей прочихъ состояній—утратой добраго имени и правъ, каждому состоянію присвоенныхъ; кромѣ того, оно ведетъ къ прекращенію всѣхъ прежнихъ семейныхъ и имущественныхъ правъ (по-

[1]) Dernburg, Das bürherl. R. I, стр. 148—149. Kuhlenbeck, ук. соч., стр. 146.

слѣднія переходятъ къ наслѣдникамъ) и къ неспособности какъ писать завѣщанія, такъ и наслѣдовать одинаково по завѣщанію и по закону; 2) „лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ“ (Улож. о нак., ст. 43 и 46) влечетъ за собой тоже переходъ въ другія, низшія состоянія, и запрещеніе записываться въ гильдію, получать свидѣтельства на право торговли, быть свидѣтелемъ при совершеніи актовъ, третейскимъ судьей, опекуномъ, попечителемъ и повѣреннымъ, но не разрушаетъ ни прежнихъ семейныхъ и имущественныхъ правъ, ни возможности новыхъ пріобрѣтеній; наконецъ, 3) „лишеніе нѣкоторыхъ личныхъ правъ и преимуществъ“ и вообще низшія ступени умаленія правоспособности (Улож. о нак., ст. 50; X т. I ч., ст. 55 прилож. къ ст. 708) не вліяютъ, въ общемъ, на семейную и имущественную правоспособность, но подвергаютъ ограниченіямъ въ свободѣ выбора мѣстожительства и въ правѣ торговли, обязывая въ нѣкоторыхъ случаяхъ и припиской къ податнымъ обществамъ.

Къ болѣе интереснымъ съ точки зрѣнія гражданскаго права постановленіямъ второй категоріи (infamia facti) могутъ быть отнесены: а) недопущеніе къ опекѣ лицъ, „расточившихъ собственное и родительское имѣніе, имѣющихъ явные и гласные пороки..., извѣстныхъ суровыми поступками..., несостоятельныхъ“ (это перечисленіе толкуется какъ примѣрное, а не исчерпывающее, и о признаніи въ законномъ порядкѣ расточительности и свойства несостоятельности, какъ условія такого безчестія, нѣтъ рѣчи (ст. 256 т. X ч. I); б) запрещеніе быть повѣреннымъ лицамъ, „признаннымъ несостоятельными до опредѣленія свойства ихъ несостоятельности..., отлученнымъ отъ церкви по приговору духовнаго суда, исключеннымъ изъ духовнаго вѣдомства за пороки или изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ тѣхъ сословій, которымъ они принадлежатъ“ — равно какъ и лицамъ, „которыя, бывъ преданы суду по обвиненію въ преступленіяхъ, влекущихъ за собой лишеніе всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ, не оправданы по судебныхъ приговорамъ“ (ст. 246 п. 5, 9, 11, 12 Уст. гражд. судопр.); в) недопущеніе къ свидѣтельству отлученныхъ отъ церкви (ст. 371 п. 6 Уст. гражд. судопр.); г) ограниченія брачной правоспособности прелюбодѣя въ случаѣ расторженія брака по причинѣ прелюбодѣянія (ст. 253 Уст. дух. консист.); д) запрещеніе двоеженцу вступать въ новый бракъ съ осужденіемъ его на вѣчное безбрачіе при несогласіи оставленнаго супруга возобновить съ нимъ брачное сожитіе (ст. 40—42 X т. I ч.); е) предоставленіе сельскимъ сходамъ приговоровъ „объ удаленіи изъ общества вредныхъ и порочныхъ членовъ его“ (особое прил. къ IX т. Пол. о сельск. сост., Общ. полож. ст. 51); ж) взаимное соглашеніе министровъ юстиціи и внутреннихъ дѣлъ объ устраненіи отъ ходатайства

по дѣламъ, производящимся у земскихъ начальниковъ, городскихъ судей и въ уѣздныхъ съѣздахъ, такихъ лицъ, которыя „по дошедшимъ до нихъ несомнѣннымъ свѣдѣніямъ обнаруживаютъ предосудительный образъ дѣйствій“ (прод. 1890 г., т. II, прилож. къ ст. 5. Прав. объ устройствѣ суд. части въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земск. уч. начальн.).

Нечего говорить, что приведенныя положенія нашего законодательства, за исключеніемъ, можетъ быть того, которое выражено въ несовершенной по редакціи, но правильной по мысли ст. 256 т. X ч. I, отражаютъ на себѣ черты давно отжившаго быта и требуютъ радикальнаго преобразованія.

3) Мѣстожительство.

Жизнь протекаетъ необходимо въ извѣстныхъ условіяхъ мѣста. Она локализируется, и эта локализація опредѣляется не однимъ подданствомъ. Каждый можетъ уходить изъ предѣловъ своего государства, и, оставаясь въ его предѣлахъ, состоять въ различныхъ территоріальныхъ условіяхъ. Каждый связанъ своими привычками, воспитаніемъ, личными, семейными, имущественными, профессіональными и другими интересами съ тѣмъ мѣстомъ, гдѣ онъ обыкновенно или постоянно пребываетъ. Опредѣленность и извѣстность этого мѣста имѣетъ большое значеніе для гражданскаго оборота, который утратилъ бы всю свою прочность и былъ бы предоставленъ на волю всевозможныхъ случайностей, если бы всѣ безпрестанно мѣняли свое мѣстожительство, не давая гарантій извѣстности этихъ перемѣнъ и избѣгая тѣмъ самымъ отвѣтственности за свои дѣйствія. Право считается съ этими соображеніями и извлекаетъ изъ нихъ юридическое понятіе мѣстожительства (domicilium), состоящее въ томъ, что каждый признается всегда присутствующимъ на мѣстѣ, опредѣляемомъ извѣстными фактическими или юридическими признаками, все равно, находится-ли онъ на лицо въ этомъ мѣстѣ, или нѣтъ. И это понятіе оказываетъ большія услуги какъ публичному, такъ и гражданскому праву. Тамъ оно служитъ, прежде всего, основаніемъ для подсудности гражданскихъ дѣлъ въ порядкѣ какъ тяжебнаго (спорнаго), такъ и охранительнаго судопроизводства. Имъ опредѣляется мѣсто совершенія актовъ гражданскаго состоянія и многихъ другихъ публичныхъ актовъ, равно какъ и право быть свидѣтелемъ при совершеніи этихъ актовъ. Оно-же играетъ рѣшающую роль какъ при раскладкѣ податей и другихъ административныхъ дѣйствіяхъ, такъ и при производствѣ политическихъ выборовъ, имѣющихъ общее и мѣстное значеніе. Наконецъ, имъ же опредѣляется въ значительной мѣрѣ и то объективное право, которому подчинено каждое отдѣльное лицо, и если при столкновеніи правъ различныхъ странъ начало мѣстожительства теперь вытѣсняется,

какъ это было показано выше [1]), началомъ національности, то столкновеніе различныхъ правъ въ предѣлахъ одной и той же страны разрѣшается по прежнему—по крайней мѣрѣ, въ большинствѣ случаевъ—въ пользу права той мѣстности, гдѣ лицо, о подчиненіи котораго тому или другому праву ведется споръ, имѣетъ свое мѣстожительство.

Въ гражданскомъ правѣ юридическое значеніе понятія мѣстожительства выражается, главнымъ образомъ, въ томъ, что имъ обусловлено въ огромномъ большинствѣ случаевъ мѣсто исполненія обязательствъ и мѣсто сообщенія тѣхъ свѣдѣній и запросовъ, которые могутъ представлять важный практическій интересъ для лицъ, обмѣнивающихся этими свѣдѣніями и запросами. Напр., если должникъ не платитъ кредитору, или кредиторъ отказывается принять его платежъ, и тотъ, и другой передъ обращеніемъ въ судъ запрашиваютъ другъ друга, или одинъ изъ нихъ ищетъ явки другого въ судъ для примиренія, либо отсрочки въ исполненіи обязательства, или третьи лица желаютъ имѣть увѣренность въ томъ, что ихъ законные запросы достигли своего назначенія,—во всѣхъ этихъ случаяхъ заинтересованныя лица сносятся между собой по юридически установленному мѣстожительству, независимо отъ фактическаго нахожденія въ этомъ мѣстожительствѣ. Иначе лицо, которому дѣлается то или другое сообщеніе, тотъ или другой запросъ, могло бы легко сказаться отсутствующимъ и отдѣлаться отъ всякихъ требованій, какъ бы они ни были настойчивы и законны. Слѣдуетъ еще сказать, что существуютъ гражданскія права, которыя—въ отступленіе отъ общаго правила, не обусловливающаго юридическихъ дѣйствій мѣстомъ ихъ совершенія,—такъ локализированы въ своемъ отправленіи, что это послѣднее оказывается возможнымъ только въ связи съ мѣстожительствомъ того лица, которому они принадлежатъ. Таковы, напр., по французскому законодательству, бракъ (art. 74, 165 Code civ.), усыновленіе (art. 353), эманципація (art. 477), пользованіе нѣкоторыми общинными угодьями (art. 105 Code forrestier) и т. д. [2]). Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ нельзя обойтись безъ сосредоточенія на мѣстѣ жительства того или другого лица всѣхъ дѣйствій, касающихся управленія или ликвидаціи его имущества. Такъ, напр., управленіе опекой, ея подсудность, и дѣйствія семейнаго совѣта опредѣляются мѣстожительствомъ подопекаемаго въ моментъ открытія опеки (art. 406 Code civ.), наслѣдованіе, вмѣстѣ съ раздѣломъ и ликвидаціей наслѣдства, опредѣляются также мѣстожительствомъ наслѣдодателя (art. 110); и несостоятельность купца объявляется судомъ его мѣстожительства.

Какими же признаками опредѣляется это мѣстожительство? Общее правило можно формулировать такъ: мѣстожительство частнаго лица не

---

[1]) См. выше, стр. 311 и слѣд.

[2]) Planiol, стр. 201—202.

фиксируется юридической нормой, а составляетъ вопросъ факта. Какъ скоро гражданское право обособляетъ лицо отъ союзовъ, не допускающихъ никакого независимаго отъ себя мѣстожительства, это послѣднее устанавливается—по крайней мѣрѣ, для лицъ дѣеспособныхъ—свободнымъ выборомъ каждаго изъ этихъ лицъ и обсуждается судомъ, когда ему приходится имѣть съ нимъ дѣло, на основаніи совокупности всѣхъ фактическихъ обстоятельствъ, сопровождающихъ этотъ выборъ. Но въ отношеніи къ нѣкоторымъ лицамъ, напр., занимающимъ извѣстныя должности, несовершеннолѣтнимъ, женѣ, юридическимъ лицамъ и т. д., самъ законъ вступается въ опредѣленіе мѣстожительства, независимо отъ усмотрѣнія этихъ лицъ, такъ что въ указываемыхъ случаяхъ мы получаемъ мѣстожительство, устанавливаемое легальными нормами, а не фактическими данными. Поэтому обыкновенно и различаютъ свободное или фактическое мѣстожительство (domicilium voluntarium) отъ легальнаго или необходимаго (domicilium necessarium), но это не два различныхъ вида мѣстожительства, а только два различныхъ способа его установленія, не нарушающіе единства юридическаго понятія мѣстожительства, какъ необходимой для гражданскаго оборота формы извѣстности лица во всей сферѣ его юридической дѣятельности.

На вопросъ о фактическомъ критеріи для понятія мѣстожительства римское право отвѣчало установленіемъ различія между временнымъ или случайнымъ пребываніемъ лица въ томъ или другомъ мѣстѣ и постояннымъ присутствіемъ его тамъ, гдѣ основанъ очагъ и центръ жизни, и откуда никто не отлучается иначе, какъ въ видѣ исключенія и особой надобности [1]). Въ теоріи „общаго права“ Германіи это опредѣленіе вылилось въ формулу „средоточія жизненныхъ отношеній“ (Mittelpunkt der Lebensverhältnisse eines Menschen), не получившую, однако, практическаго значенія, такъ какъ все въ каждомъ конкретномъ случаѣ зависитъ отъ того, что̀ считать „средоточіемъ жизненныхъ отношеній“, и какъ̀ смотрѣть въ этомъ случаѣ на утвержденія заинтересованнаго лица, которыя оказываются тѣмъ болѣе шаткими, что, пребывая въ какомъ-либо мѣстѣ, можно и не задаваться вовсе вопросомъ о „средоточіи“ дѣлъ. Современная юриспруденція и законодательная практика оставляютъ эту неопредѣленную формулу, и, говоря, какъ это дѣлаетъ, напр., новое нѣмецкое уложеніе въ своемъ § 7 о „мѣстѣ постояннаго поселенія“, избѣгаютъ излишняго во всѣхъ законодательныхъ опредѣленіяхъ конкретизированія общаго понятія и требуютъ, по примѣру римскаго права, не только формальнаго избранія каждымъ своего мѣстожительства, но и осуществленія этого избранія на дѣлѣ, т.-е. фактическаго обоснованія осѣдлости или поселенія въ данномъ мѣстѣ. Гдѣ

---

[1]) Savigny, Syst., VIII, § 351—352. Regelsberger, ibid., стр. 285. Дювернуа, стр. 408—409.

видѣть это фактическое обоснованіе, и гдѣ нѣтъ, вопросъ этотъ рѣшается согласно воззрѣніямъ гражданскаго оборота, не принимающимъ, напр., за постоянное поселеніе ни найма квартиры и перенесенія въ нее вещей нанимателя, — если этотъ послѣдній не появляется лично въ нанятой квартирѣ,—ни временнаго пребыванія съ какой-нибудь преходящей цѣлью, напр., развѣдокъ, лѣченія, обученія и т. д. Опять въ согласіи съ римскимъ правомъ, но въ противорѣчіи съ господствующимъ въ теоріи „общаго права“ опредѣленіемъ мѣстожительства, предполагающимъ его единство („средоточіе“ должно быть одно), нѣмецкое уложеніе, вмѣстѣ со многими другими европейскими кодексами, допускаетъ въ томъ же § 7 abs. 2 возможность одновременнаго существованія не только двухъ, но и нѣсколькихъ мѣстъ жительства для одного и того же лица, когда его дѣла не сосредоточены въ одномъ центрѣ, а распредѣлены по нѣсколькимъ мѣстамъ. Рѣшающее значеніе принадлежитъ и здѣсь воззрѣніямъ гражданскаго оборота, которыя допускаютъ, напр., двойное мѣстожительство для землевладѣльца, обладающаго городскимъ домомъ, и отвергаютъ его для банкира, проводящаго часть дня въ своемъ загородномъ саду. Отсюда слѣдуетъ, съ одной стороны, и прекращеніе мѣстожительства въ силу не только выраженія воли, но и фактическаго оставленія даннаго мѣстожительства, и съ другой—возможность прекращенія одного мѣстожительства безъ замѣны его другимъ; въ этомъ случаѣ юридическія послѣдствія мѣстожительства связываются во многихъ отношеніяхъ и съ мѣстомъ временнаго пребыванія [1]).

Существенно отличнымъ отъ приведенныхъ постановленій оказывается французское право, которое стояло до изданія своего кодекса на римской точкѣ зрѣнія, но тутъ отступило отъ нея подъ вліяніемъ настойчивыхъ требованій практики ограничить свободный выборъ мѣстожительства, въ цѣляхъ прочности гражданскаго оборота. Въ результатѣ получилось опредѣленіе мѣстожительства въ ст. 102 французскаго кодекса („le lieu où il a son principal établissement“), которое, прежде всего, требуетъ постояннаго присутствія на мѣстѣ жительства, и, потомъ, не допускаетъ ни его множественности, ни прекращенія одного мѣстожительства иначе, какъ съ замѣной его другимъ [2]). Въ томъ же смыслѣ—по крайней мѣрѣ, относительно двухъ послѣднихъ пунктовъ французской доктрины—высказывается теперь и швейцарское уложеніе (ст. 24 и 25), слѣдуя тѣмъ изъ своихъ кантональныхъ законодательствъ, которыя давно уже усвоили себѣ французскую систему [3]). Но „Мотивы“ къ первому проекту нѣмецкаго уложенія правильно возражаютъ противъ этой системы, указывая какъ на непрактичность требованія постояннаго присутствія на

[1]) Dernburg, ibid., стр. 143—144. Kuhlenbeck, ibid., стр. 140—141.
[2]) Planiol, ук. соч., стр. 200 и слѣд.
[3]) Huber, ук. соч., I, стр. 153—155.

мѣстѣ жительства, такъ и на неудобства отрицанія начала множественнаго мѣстожительства [1]).

Въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ (X т.) нѣтъ постановленій о мѣстожительствѣ въ настоящемъ смыслѣ этого понятія, но мы находимъ ихъ, даже въ чрезмѣрномъ изобиліи, въ Уставѣ духовныхъ консисторій (прим. къ ст. 224) для цѣлей опредѣленія подсудности дѣлъ о расторженіи браковъ, въ Уставѣ о паспортахъ (ст. 2 т. XIV) въ видахъ надзора надъ отбываніемъ государственныхъ повинностей и другихъ административныхъ цѣляхъ, въ Уставѣ о предупр. и прес. прест. и т. д. Эти постановленія плохо согласованы и опредѣляютъ мѣстожительство различными признаками примѣнительно къ тѣмъ особымъ цѣлямъ, которыя они преслѣдуютъ. Мы можемъ не останавливаться на нихъ уже потому, что они не имѣютъ отношенія къ задачамъ гражданскаго права. Вспомнимъ только объ особенно тяжелыхъ ограниченіяхъ въ правѣ мѣстожительства, установленныхъ нашимъ закономъ противъ евреевъ, донскихъ торговыхъ казаковъ и различныхъ сектантовъ. Въ X т. есть только двѣ статьи (2204 и 2216), которыя касаются мѣстожительства, одна—запрещеніемъ найма людей, не имѣющихъ установленныхъ видовъ на жительство, другая—объявленіемъ недѣйствительности договоровъ найма на срокъ продолжительнѣе того, который означенъ на паспортѣ нанявшагося. Но и эти постановленія имѣютъ свой корень въ административныхъ соображеніяхъ и не затрогиваютъ гражданско-правовой стороны вопроса о мѣстожительствѣ [2]).

Вполнѣ обособленное отъ полицейскихъ соображеній и соотвѣтствующее цѣлямъ гражданскаго права опредѣленіе понятія мѣстожительства мы получили только въ ст. 204 Уст. гражд. судопр., которая говоритъ: постоянное мѣстожительство полагается тамъ, гдѣ кто по своимъ занятіямъ, промысламъ, имуществу или по службѣ, военной и гражданской, имѣетъ свою „осѣдлость и домашнее обзаведеніе“. Это опредѣленіе расчленяетъ свободное и необходимое мѣстожительство, и если это расчлененіе не совсѣмъ точно,—такъ какъ, кромѣ службы, военной или гражданской, наше законодательство знаетъ рядъ другихъ случаевъ законнаго мѣстожительства, напр., жены, слѣдующей за мужемъ (ст. 103 X т. I ч.), или несовершеннолѣтнихъ дѣтей, предполагаемыхъ жительствующими вмѣстѣ съ родителями (ст. 173, 264, 144[1] п. 3 и ст. 156[1]),—то основаніе для этого расчлененія, которымъ служитъ въ одномъ случаѣ свободное избраніе, а въ другомъ—легальная норма, указано достаточно ясно, и фактическіе признаки свободнаго мѣстожительства приняты тѣ же, что̀ и въ римскомъ правѣ: осѣдлость и домашнее обзаведеніе. Затѣмъ, ст. 205 Уст. гражд. судопр. разрѣ-

[1]) Motive, I, стр. 71—72.

[2]) Анненковъ, ук. соч., стр. 123—129.

шаетъ имѣть „осѣдлость и обзаведеніе въ разныхъ мѣстахъ“, и, поэтому, такъ же, какъ римское и современное нѣмецкое право, допускаетъ одновременно нѣсколько мѣстъ жительства.

Составители нашего проекта гражданскаго уложенія отступили отъ этого facit историческаго развитія понятія мѣстожительства и дали въ своей ст. 8, какъ будто, новое опредѣленіе, въ основу котораго положены альтернативно два признака: 1) „обыкновенное или преимущественное пребываніе“ въ данномъ мѣстѣ, 2) „мѣсто сосредоточенія управленія имуществомъ“. Первый изъ этихъ признаковъ заимствованъ изъ французской доктрины, второй—изъ доктрины „общаго права“ въ Германіи, и оба, какъ мы это уже видѣли, настолько неудовлетворительны, что имъ нельзя не предпочесть опредѣленій, которыя, избѣгая ненужныхъ деталей, указываютъ, подобно нѣмецкому уложенію, на одно „постоянное поселеніе“, или, подобно нашему Уставу гражд. судопр., „осѣдлость и постоянное обзаведеніе“ [1]).

Этимъ мы заключимъ отдѣлъ о субъектѣ права и перейдемъ къ ученію объ объектѣ права.

---

[1]) Въ этомъ же смыслѣ замѣчанія Малышева и Лыкошина въ „Объясненіяхъ къ Гражданскому Уложенію“, кн. I, Положенія общія, 1903, стр. 80—82.

IV.

Объектъ права.

1. Вещь и предметъ права.

Понятіе объекта права берется иногда въ смыслѣ предмета юридическихъ нормъ, которымъ служатъ извѣстные составы фактовъ и выводимыя изъ нихъ юридическія понятія. Въ этомъ смыслѣ понятіе объекта права входитъ въ изложенное уже ученіе объ источникахъ права, тогда какъ самостоятельное значеніе въ теоріи гражданскаго права оно получаетъ лишь тогда, когда подъ объектомъ права понимаютъ предметъ только субъективныхъ правъ или юридическихъ отношеній. Но и въ этомъ смыслѣ объектомъ права считаютъ либо то, что̀ подчинено господству, либо то, на что̀ направлено это господство: напр., объектомъ обязательственнаго права называютъ одинаково и дѣйствіе должника, и предметъ этого дѣйствія. Направленіе господства было бы, кажется, правильнѣе относить не къ понятію объекта, а къ содержанію и цѣли права, и объектами права были бы тогда всѣ блага, въ которыхъ мы можемъ имѣть какой-либо защищенный интересъ [1]). Эти блага могутъ лежать или въ насъ самихъ и составлять права личности—для которыхъ понятіе объекта права не имѣетъ существеннаго значенія, сливаясь здѣсь съ понятіемъ субъекта права,—или во внѣшнемъ по отношенію къ намъ мірѣ, гдѣ это же понятіе получаетъ свое настоящее значеніе именно потому, что оно связывается съ отсутствующими при правахъ личности юридическими отношеніями и противополагается понятію субъекта права, обнимая собою все то, что не есть этотъ субъектъ.

Объекты права, получаемые нами изъ внѣшняго міра, носятъ общее названіе „вещи“, которое на языкѣ юридическихъ понятій имѣетъ два смысла: широкій и тѣсный. Въ первомъ оно означаетъ

[1]) Regelsberger, Pandekten., стр. 357—8.

предметъ, или объектъ права вообще, т.-е. все, что не есть субъектъ права, или всѣ тѣ матеріальныя и идеальныя блага, которыя служатъ удовлетворенію защищенныхъ общественной властью интересовъ. Изъ этого представленія выходятъ, напр., прусскій Landrecht (1, 2 § 1) и австрійское гражданское уложеніе (§ 285), считая вещью все, что можетъ быть предметомъ какого-нибудь права или какой-нибудь обязанности. И понятіе вещи въ такомъ смыслѣ естественно расширяется съ расширеніемъ круга защищаемыхъ правомъ интересовъ, которыми обнимаются теперь не только имущественныя отношенія, но и авторское право, защита имени, патенты на открытія и изобрѣтенія, промышленныя марки, фирмы и даже интересы здоровья, свободы, чести и т. д. Во второмъ, т.-е. въ тѣсномъ смыслѣ, подъ вещью разумѣется лишь то, что находится въ пространствѣ и ограничивается пространствомъ, или все то, что воспринимается непосредственно нашими органами чувствъ, въ противоположность тому, что представляетъ искусственное распространеніе понятія вещи въ этомъ смыслѣ на продукты нашей умозрительной дѣятельности [1]). Это—такъ наз., физическія или тѣлесныя вещи, которыми новое нѣмецкое уложеніе (§ 90), наряду со старымъ и новымъ торговыми кодексами Германіи, равно какъ и нѣкоторыми другими европейскими законодательствами, ограничиваетъ самое понятіе вещи, примѣняя во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ приходится имѣть дѣло съ представленіемъ о вещи въ широкомъ смыслѣ, болѣе общій терминъ—„предметъ права“ (Gegenstand des Rechts). Тѣмъ не менѣе, названіе „вещь“ въ литературѣ гражданскаго права и во многихъ еще законодательствахъ употребляется одинаково какъ въ широкомъ, такъ и въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, откуда возникаютъ слѣдующія практическія неудобства.

Во-первыхъ, отождествленіе вещи съ объектомъ права ведетъ къ смѣшенію различныхъ категорій объектовъ, и обязываетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ къ изслѣдованію вопроса о смыслѣ, который законъ придаетъ этимъ понятіямъ въ данномъ примѣненіи. Во-вторыхъ, оставляется безъ вниманія, что понятіе вещи получаетъ значеніе для права только тогда, когда оно надѣляется особыми признаками, отличающими вещь отъ другихъ объектовъ и дающими ей, такъ сказать, спеціальную юридическую мѣтку. Эту спеціальную мѣтку вещи въ области права составляетъ, прежде всего, ея тѣлесное бытіе и, затѣмъ, принадлежность къ составу имущества [2]). Другіе объекты права не имѣютъ этого тѣлеснаго бытія и могутъ какъ принадлежать, такъ и не принадлежать къ имуществу. Вещь всегда характеризуется

[1]) Философское сомнѣніе, связанное съ понятіемъ тѣлеснаго существованія, не имѣетъ значенія на практикѣ, всегда отличающей тѣлесное существованіе отъ его отсутствія.

[2]) Не слѣдуетъ только идти такъ далеко, какъ Sohm, который въ статьѣ: Der Gegenstand, 1905, стр. 6 и слѣд.—утверждаетъ, что предметъ права, по смы-

обоими указанными признаками и ими отличается отъ другихъ объектовъ права.

Не надо только думать, что эти признаки имѣютъ исчерпывающее значеніе и достаточны для юридической характеристики вещи. Въ природѣ существуетъ много вещей, въ смыслѣ предметовъ чувственнаго воспріятія, которыя не могутъ быть вещами въ юридическомъ смыслѣ. Таковы, напр., солнце, звѣзды, облака и т. д. То же слѣдуетъ сказать и о многихъ категоріяхъ вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, напр, открытомъ воздухѣ, текучей водѣ, крѣпостяхъ, публичныхъ дорогахъ, музеяхъ, и т. п. Съ другой стороны, существуютъ и безтѣлесные объекты, несомнѣнно входящіе въ составъ имущества, напр., фирмы, промышленныя марки и т. д. Поэтому къ указаннымъ признакамъ вещи необходимо присоединить критерій, который позволялъ бы отличать, съ одной стороны, юридическое понятіе тѣлесной вещи отъ неюридическаго понятія той же тѣлесной вещи, и съ другой— принадлежность къ имуществу тѣлесныхъ вещей отъ такой же принадлежности къ нему и многихъ видовъ безтѣлесныхъ объектовъ права.

Законодательныя опредѣленія не могутъ имѣть здѣсь вѣса, такъ какъ дѣло идетъ о понятіи не положительной, а научной юриспруденціи. Даваемое въ пандектахъ (pr. § I, 7 D. 2. 2) опредѣленіе, которое называетъ критеріемъ тѣлесной вещи ея ощутимость („corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt"), не можетъ быть признано ни легальнымъ, ни исчерпывающимъ. Еще менѣе состоятельно опредѣленіе вещи у Виндшейда, въ смыслѣ „куска неразумной природы" (einzelnes Stück der vernunftlosen Natur) [1]), и не только потому, что оно противорѣчитъ законодательствамъ, распространяющимъ представленіе о вещи или объектѣ права и на человѣка, но и потому, что поземельные участки и множество другихъ вещей являются въ дѣйствительности не отдѣльными „кусками неразумной природы", а обширными комплексами такихъ кусковъ.

Рѣшающее значеніе для понятія вещи имѣютъ: во-1-хъ, указанное выше общее противоположеніе между предметами непосредственнаго чувственнаго воспріятія и продуктами представленія или умозрѣнія; во-2-хъ, способность предметовъ чувственнаго воспріятія стоять въ нашемъ обладаніи, обусловленная состояніемъ знаній, хозяйства и другихъ факторовъ исторической жизни: исключенная теперь, напр., въ отношеніи къ солнцу, звѣздамъ и другимъ недоступнымъ для нашего господства предметамъ, она можетъ возникнуть тогда, когда намъ удастся установить, хотя бы путемъ электричества, воздѣйствіе на небесныя тѣла и воспользоваться его

слу нѣмецкаго уложенія, есть только то, что служитъ предметомъ сдѣлокъ о распоряженіи имуществомъ. Въ этомъ же уложеніи можно найти параграфы, напр., § 1439, говорящіе о „предметахъ", которыми нельзя распоряжаться.

[1]) Windscheid-Kipp, I, стр. 689.

послѣдствіями на землѣ [1]); въ-3-хъ, воззрѣнія гражданскаго оборота, насколько ими та или другая вещь признается обладающей потребительной или мѣновой цѣнностью, сообщающей ей въ то же время и способность служить самостоятельно предметомъ человѣческаго обладанія.

Поэтому, существенными признаками вещи въ юридическомъ смыслѣ слѣдуетъ признать, сверхъ ея тѣлесныхъ свойствъ и имущественной цѣнности, также ея оборотоспособность и самостоятельность, при чемъ и объ этихъ свойствахъ вещи надо сказать, что они опредѣляются не только юридическими нормами, но еще болѣе—господствующими въ каждый данный моментъ историческаго развитія воззрѣніями гражданскаго оборота. Оборотоспособность не предполагаетъ при этомъ только индивидуальнаго господства, допуская и коллективное обладаніе, а самостоятельность, исключая юридическое понятіе вещи въ тѣхъ случаяхъ, когда эта послѣдняя не можетъ существовать, не теряя своей цѣнности, иначе, какъ въ связи съ другой вещью, не исключаетъ этого понятія при многихъ категоріяхъ и связанныхъ между собою вещей. Напр., зданіе въ отношеніи къ землѣ, на которой оно воздвигнуто, неотдѣленные плоды вещи, растенія на корню, не родившійся, но уже зачатый приплодъ домашнихъ животныхъ, намывъ на берегу рѣки и т. д.—представляютъ собой не вещи, а составъ вещи, тогда какъ висячій замокъ на двери, драгоцѣнный камень въ кольцѣ и т. д. будутъ самостоятельными вещами, такъ какъ они могутъ быть отдѣлены безъ ущерба для своей цѣнности отъ того цѣлаго, въ которомъ они имѣютъ значеніе не составной части, а принадлежности [2]) (см. ниже). Точно такъ же, принимая тѣлесность и самостоятельность за существенные признаки юридическаго понятія вещи, нельзя включать въ него и такъ наз. совокупности вещей и правъ (universitates facti et juris), о которыхъ мы будемъ говорить подробнѣе впослѣдствіи. Приведемъ здѣсь только въ видѣ примѣровъ стадо, библіотеку, имущество, наслѣдство, и замѣтимъ, что объединеніе вещей и правъ, входящихъ въ эти совокупности, не можетъ быть тѣлесной вещью уже потому, что оно представляетъ собой абстракцію отъ вещей и правъ, сохраняющихъ свою самостоятельность въ гражданскомъ оборотѣ и могущихъ служить самостоятельнымъ предметомъ юридическихъ сдѣлокъ. Но если единицы, составляющія совокупность вещей, не имѣютъ самостоятельной цѣнности въ гражданскомъ оборотѣ, какъ, напр., капли вина въ бутылкѣ, зерна въ мѣшкѣ съ пшеницей, карты въ колодѣ, спички въ коробкѣ и т. д., то и нѣмецкое уложеніе, допускающее понятіе вещи только въ тѣлесномъ смыслѣ и отрицающее на этомъ основаніи въ отношеніи къ совокупностямъ вещей, какъ таковымъ, всѣ сдѣлки вещнаго права, принимаетъ въ ука-

---

[1]) Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, I, стр. 449.
[2]) Regelsberger, Pand., стр. 366—368.

зываемыхъ случаяхъ за вещь не лишенныя цѣнности единицы такихъ совокупностей вещей, а такъ или иначе ограниченную массу этихъ единицъ [1]).

Изъ сказаннаго видно, что понятіе вещи не обсолютно и неизмѣнно, а обусловлено, какъ и все право, культурными вліяніями и нормами положительнаго законодательства. Кромѣ того, оно представляется въ такомъ же смыслѣ юридическимъ понятіемъ, какъ и понятіе юридической личности, и какъ это послѣднее не совпадаетъ съ конкретной личностью, а основано на абстракціи, такъ и юридическое понятіе вещи не покрывается ни одной изъ реально существующихъ вещей. Независимо отъ вещей, вообще недоступныхъ для права, и всѣ остальныя имѣющіяся въ природѣ вещи служатъ вещами въ юридическомъ смыслѣ не въ томъ видѣ, какъ онѣ существуютъ въ природѣ, не въ своихъ постоянно измѣняющихся физическихъ и химическихъ свойствахъ, а въ совокупности лишь тѣхъ отношеній къ нимъ человѣка, которыя допускаютъ юридическое обладаніе. Поэтому, къ числу вещей въ юридическомъ смыслѣ должны быть отнесены не только ощутимые и обладающіе той или другой формой предметы, но и такія безформенныя тѣла, какъ, напр., жидкости, въ родѣ вина, масла, воды, если онѣ заключены въ извѣстные сосуды или хранилища, равно какъ и такія неощутимыя вещи, какъ, напр., газъ, паръ, сжатый воздухъ и даже электричество, если онѣ хранятся въ какихъ-либо помѣщеніяхъ или передаются черезъ соотвѣтственные трубы и провода.

Принадлежность электричества къ тѣлеснымъ вещамъ возбуждаетъ еще сомнѣнія, и большинство юристовъ высказывается по этому вопросу въ отрицательномъ смыслѣ, ссылаясь на то, что электричество есть сила, а не матерія [2]). Но метафизическій споръ о силѣ и матеріи не имѣетъ значенія для права, и, принимая за критерій вещи не ея ощутимость или вѣсомость, а наше чувственное воспріятіе и нахожденіе его предмета во внѣшнемъ мірѣ съ качествами цѣнности, оборотоспособности и самостоятельности, мы не видимъ, почему, относя къ тѣлеснымъ вещамъ свѣтильный газъ, можно отвергать принадлежность къ нимъ же и электричества, разъ оно измѣряется динаметрами, подобно газометрамъ для газовъ, и не только передается черезъ провода, но и распредѣляется, какъ самостоятельная и оборотная цѣнность, съ которой гражданскій оборотъ связываетъ тѣ же представленія, что̀ и со всѣми другими тѣлесными вещами [3]).

Напротивъ, тѣло человѣка и его части не могутъ быть причислены къ вещамъ, такъ какъ они входятъ въ понятіе субъекта права и трак-

[1]) Eck, Vorträge, I, стр. 93—95.

[2]) Windscheid-Kipp, I, стр. 690. Regelsberger, стр. 365. Endemann, Lehrbuch des B. R., I, стр. 227. Crome, стр. 273.

[3]) Въ этомъ смыслѣ Dernburg, Bürgerl. R., III, стр. 3; Kuhlenbeck, I, стр. 265—6; Pfleghart, Die Sachqualität der electrischen Energie, стр. 3—17, и др.

туются объективнымъ правомъ именно въ этомъ смыслѣ. Не составляя имущества своего обладателя, они не составляютъ имущества и для другого. Только съ отдѣленіемъ отъ тѣла его частей, напр., волосъ, зубовъ и т. д., эти послѣднія дѣлаются вещами въ юридическомъ смыслѣ и поступаютъ, на основаніи оборотныхъ воззрѣній, въ собственность ихъ прежняго носителя. То же слѣдуетъ сказать и о всемъ, что присоединяется къ тѣлу для его сохраненія, напр., пломбахъ къ зубамъ, искусственныхъ конечностяхъ и т. д. Юридическія сдѣлки на всѣ эти части человѣческаго тѣла будутъ сдѣлками только на имѣющія возникнуть вещи, и если, въ принципѣ, эти сдѣлки должны быть признаны дѣйствительными, то ихъ нельзя толковать въ смыслѣ принужденія обязавшагося лица къ отдѣленію той или другой части своего тѣла. Такое толкованіе нарушало бы принципъ неприкосновенности личности и ставило бы насъ на точку зрѣнія римскихъ XII таблицъ („in partes seccare“) и шекспировскаго Шейлока. Поэтому единственнымъ послѣдствіемъ сдѣлокъ на части человѣческаго тѣла, въ случаѣ неисполненія этихъ сдѣлокъ, можетъ быть вознагражденіе за вредъ и убытки.

Больше сомнѣній представляетъ юридическое положеніе человѣческаго трупа. Онъ можетъ входить въ составъ имущества, напр., врача или анатомическаго института, и его уже поэтому можно разсматривать, какъ вещь. Но не составляя опять имущества того лица, которое при своей жизни было его носителемъ, трупъ не можетъ быть предметомъ ни овладѣнія, ни наслѣдованія, и допускаетъ лишь такія прижизненныя и посмертныя распоряженія, которыя содержатъ въ себѣ научныя и имъ подобныя общеполезныя цѣли. Всѣ другія распоряженія трупомъ противорѣчили бы „добрымъ нравамъ“, что̀ надо одинаково сказать и о содержащихъ въ себѣ трупъ или его золу гробахъ и урнахъ, такъ же, какъ и о другихъ предметахъ, связанныхъ съ погребеніемъ. Поэтому о всѣхъ этихъ предметахъ, наравнѣ съ трупомъ, живымъ человѣческимъ тѣломъ и его частями, можно сказать, что они необоротоспособны и принадлежатъ къ вещамъ лишь въ томъ ограниченномъ смыслѣ, въ которомъ имъ будетъ недоставать одного изъ важнѣйшихъ признаковъ вещи: ея оборотоспособности [1]).

Что касается нашего законодательства, то оно особенно скудно постановленіями о вещахъ и, не различая вещей въ тѣсномъ и широкомъ смыслѣ, называетъ тѣ и другія въ большинствѣ случаевъ не вещами, а „имуществомъ“. Встрѣчается, правда, и названіе „вещь“, но не въ смыслѣ общаго термина (ст. 268, 277, 405, 534, 538—540 X т. 1 ч., и др.), которымъ служитъ слово „имущество“. Независимо отъ соображенія объ неимущественныхъ объектахъ права, эта терминологія особенно

[1]) Dernburg, ibid., стр. 3—5. Biermann, Bürgerl. R. I, стр. 374—375.

неудобна потому, что словомъ „имущество“ означается въ нашемъ же законодательствѣ два различныхъ понятія: совокупность правъ, какъ одно цѣлое, и отдѣльныя вещи и права, какъ составныя части этого цѣлаго (ст. 383—419).

Обратимся теперь къ основнымъ различіямъ въ вещахъ и остановимся на тѣхъ изъ нихъ, которыя имѣютъ наиболѣе общее значеніе, такъ какъ съ менѣе общими различіями мы встрѣтимся еще въ ученіяхъ вещнаго права.

2. Тѣлесныя и безтѣлесныя вещи.

Это раздѣленіе вещей взято изъ римскаго противоположенія res corporales и res incorporales, но въ европейской юриспруденціи получаетъ иное содержаніе. Въ римскомъ правѣ оно касается не столько вещей, сколько составныхъ частей имущества, въ которыхъ различаются, съ одной стороны, собственность (res corporalis) и съ другой—всѣ остальныя права (res incorporales). Собственность до такой степени отождествляется и сливается съ вещью, которая служитъ ея предметомъ, что подмѣнъ одного понятія другимъ совершается самъ собой, и мы говоримъ о вещи, когда слѣдовало бы говорить о правѣ на нее (res meam est). При другихъ правахъ это отождествленіе невозможно, и тутъ право раздѣляется отъ вещи, въ которой оно имѣетъ мѣсто. Такимъ образомъ, римское различіе между res corporales и res incorporales исходитъ изъ смѣшенія собственности съ вещью и выражаетъ только антитезу этого права, отождествляемаго съ вещью, и всѣхъ другихъ правъ, не допускающихъ ни такого отождествленія, ни примѣненія къ себѣ положеній, дѣйствующихъ относительно собственности [1]).

Указываемое различіе въ составныхъ частяхъ имущества и въ правахъ на него переносится европейской юриспруденціей на самые предметы права, въ предѣлахъ которыхъ создается новая категорія „безтѣлесныхъ вещей“, обнимающая собой всѣ блага, не имѣющія тѣлеснаго бытія, но защищаемыя объективнымъ правомъ [2]). Это—не болѣе, какъ фикція вещи для такихъ объектовъ права, которые, не обладая свойствами вещи, тѣмъ не менѣе приравниваются къ этой послѣдней. Отсюда не слѣдуетъ, однако, чтобы „безтѣлесная вещь“ была фиктивна, какъ объектъ права: она фиктивна, какъ вещь, но существуетъ, какъ отличный отъ вещи и постоянно возрастающій въ своемъ значеніи объектъ права. Сюда принадлежатъ, главнымъ образомъ, такъ наз. „нематеріальныя блага“ (immaterіale Güter), т.-е. научные, художественные, промы-

[1]) Hölder, стр. 134—135. Planiol, стр. 683.
[2]) Unger, Syst., I, стр. 356—362.

шленные и другіе духовные продукты нашей дѣятельности, которые, проявляясь во внѣ, получаютъ извѣстную самостоятельность и имущественную цѣнность, сообщающія имъ способность быть предметомъ права и юридической защиты—если не того же содержанія, какъ защита тѣлесныхъ вещей, то въ близкой къ ней формѣ абсолютныхъ исковъ, дѣйствующихъ противъ всѣхъ и каждаго. Это обстоятельство и подаетъ поводъ, съ одной стороны, къ перенесенію на юридическія отношенія въ „нематеріальныхъ благахъ“ положеній, признанныхъ для юридическихъ отношеній въ тѣлесныхъ вещахъ, и, съ другой—къ созданію особой категоріи такъ наз. „правъ на правà“ (Rechte an Rechte). То и другое одинаково неправильно.

Абсолютная защита права, какъ это намъ уже извѣстно [1]), совмѣстима съ различнымъ содержаніемъ права какъ по его предмету, такъ и цѣли. И если права личности пользуются абсолютной защитой, не допускающей смѣшенія этихъ правъ съ правомъ собственности, то и къ принадлежащимъ сюда же „правамъ на нематеріальныя блага“ не могутъ примѣняться ни положенія, имѣющія силу для тѣлесныхъ вещей, ни такіе ходячіе и въ настоящее время термины, какъ „литературная собственность“, „художественная собственность“, „собственность на фирмы, марки“ и т. д.

Что касается категоріи „правъ на права“, то, чуждая римскому праву, она изобрѣтена нѣмецкой юриспруденціей, въ связи съ распространеніемъ понятія вещнаго права отъ его дѣйствительнаго предмета, тѣлесной вещи, на такія абстракціи, которыя не могутъ, сами по себѣ, служить предметомъ ни для какого права. Разъ мы считаемъ правомъ защиту интересовъ или защищенное общественной властью пользованіе различнаго рода благами, то предметомъ права могутъ быть только эти блага: пользованіе пользованіемъ, какъ личной прерогативой, а не объективно существующимъ благомъ, не имѣло бы никакого смысла. То, что называютъ „правомъ на право“, есть всегда право на объектъ, который или передается цѣликомъ отъ одного субъекта другому, или въ которомъ устанавливается, рядомъ съ пользованіемъ одного, и пользованіе или соучастіе другого субъекта. Когда говорятъ, напр., о залогѣ на сервитутъ, то въ дѣйствительности имѣютъ дѣло съ правомъ не на сервитутъ, а на его предметъ, въ предѣлахъ предоставленнаго хозяину сервитута права распоряженія этимъ предметомъ—совершенно такъ же, какъ при обыкновенномъ залогѣ имѣютъ дѣло съ особымъ правомъ на вещь, въ предѣлахъ принадлежащаго собственнику права на эту же вещь. И какъ залогъ вещи нельзя называть залогомъ собственности, такъ и залогъ сервитута нельзя считать „правомъ на право“. Иначе пришлось бы признать прекращеніе „права на право“ во всѣхъ случаяхъ

[1]) См. выше, стр. 421—423, 426—428.

прекращенія права, служащаго его мнимымъ предметомъ. Въ дѣйствительности, залогъ сервитута, залогъ обязательства и залогъ самого залога продолжаетъ существовать, несмотря на пракращеніе заложеннаго права, и это потому, что предметомъ такого залога служитъ не заложенное право, а предметъ этого права [1]).

Наше законодательство не знаетъ дѣленія вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя, хотя многіе изъ нашихъ юристовъ держатся другого мнѣнія, а нѣкоторые, какъ, напр., Кавелинъ [2]), прямо находятъ его въ ст. 416—419, X т. 1 ч., различающихъ имущества „наличныя“ и „долговыя“, смотря по тому, „укрѣплены“-ли они за даннымъ лицомъ, переданы ему, имъ самимъ произведены, или состоятъ въ „долгахъ на другихъ лицахъ“ и принадлежатъ ему „по договорамъ, заемнымъ письмамъ, векселямъ, всякаго рода обязательствамъ“. Если бы это мнѣніе было вѣрно, то мы были бы поставлены въ необходимость признать право собственности, право владѣнія, сервитуты, залогъ, авторское право и всѣ права на „нематеріальныя блага“ либо тѣлесными вещами, либо долговыми обязательствами. То и другое заключеніе одинаково абсурдно, и мы предпочитаемъ видѣть въ различіи между „наличными“ и „долговыми“ имуществами простое воспроизведеніе противоположенія вещныхъ и обязательственныхъ отношеній, что̀ само собой лишаетъ указываемое нашимъ закономъ различіе самостоятельнаго значенія.

Сказаннымъ доказывается несостоятельность какъ представленія о „правахъ на права“, такъ и всего различія тѣлесныхъ и безтѣлесныхъ вещей. Самое названіе „тѣлесная вещь“ представляетъ собой плеоназмъ, такъ какъ всякая вещь тѣлесна уже въ силу своего понятія, а названіе „безтѣлесная вещь“ заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе, такъ какъ безтѣлесностью исключается то же понятіе вещи. О различіи между тѣлесными и безтѣлесными вещами можно еще говорить въ отношеніи къ объектамъ права вообще, но для ученія о вещахъ оно не имѣетъ никакого значенія. Это различіе уравниваетъ здѣсь то, что не должно быть уравниваемо, и ведетъ къ метафизическимъ построеніямъ, ничего не разрѣшающимъ и осуждаемымъ практикой жизни. Во всякомъ случаѣ, подобные пріемы разработки юридическихъ понятій не могутъ содѣйствовать ихъ опредѣленности и ясности, и имъ нельзя не предпочесть точки зрѣнія нѣмецкаго уложенія, состоящей въ признаніи самостоятельности понятія вещи, въ смыслѣ исключительно тѣлеснаго предмета (§ 90), и вытекающаго отсюда строгаго разграниченія между вещными правами, имѣющими мѣсто исключительно въ тѣлесныхъ вещахъ, и юридическими отношеніями въ такъ наз. „нематеріальныхъ благахъ“.

---

[1]) Regelsberger, стр. 360. Kohler, ук. соч., стр. 450—451.

[2]) Кавелинъ, Права и обязанности по имуществу, стр. 23 и слѣд.

3. Вещи оборотныя и внѣ-оборотныя.

Первыми называютъ вещи, стоящія въ гражданскомъ оборотѣ и способныя служить предметомъ какъ юридическаго господства отдѣльнаго лица, такъ и его гражданскихъ правъ; послѣдними—вещи, изъятыя изъ имущественнаго обмѣна и уже поэтому неспособныя, какъ будто, быть предметомъ гражданскихъ правъ. При этомъ оборотоспособность вещи считается общимъ правиломъ, вытекающимъ изъ назначенія ея состоять подъ господствомъ человѣка, а отсутствіе этого качества—исключеніемъ, основаннымъ на природныхъ свойствахъ нѣкоторыхъ разрядовъ вещей или на особыхъ опредѣленіяхъ общественной власти [1]).

Это раздѣленіе вещей также заимствовано изъ римскаго права и опять передѣлано европейской юриспруденціей не безъ ущерба практическимъ потребностямъ и истиннымъ задачамъ права. Римскіе юристы различали вещи, стоящія въ гражданскомъ оборотѣ (res in commercio), и вещи, исключенныя изъ этого оборота (res extra commercium), но въ основаніе этого различія клали только понятіе имущества, такъ что „экстракоммерціальныя“ вещи (res extra commercium) исключались изъ гражданскаго оборота лишь настолько, насколько дѣло шло объ ихъ отношеніи къ имуществу. Исключенныя изъ состава имущества, эти вещи не переставали служить предметомъ неимущественныхъ гражданскихъ правъ, какъ это можно видѣть на исковой защитѣ важнѣйшей категоріи принадлежащихъ сюда вещей, а именно—тѣхъ, которыя предоставлялись общественному пользованію (res publicae, quae in publico usu habentur) и причислялись къ res extra patrimonium, т.-е. вещамъ, стоявшимъ внѣ имущества и отличнымъ въ этомъ отношеніи отъ res in patrimonio, какъ вещей, входившихъ въ имущество. Поэтому экстракоммерціальныя вещи и были для римскихъ юристовъ не неправоспособными вещами въ пассивномъ смыслѣ понятія правоспособности, какими онѣ стали для европейской юриспруденціи, а необоротоспособными только въ имущественномъ смыслѣ [2]).

Такимъ образомъ, основаніемъ римскаго дѣленія вещей въ занимающемъ насъ теперь смыслѣ было нахожденіе или ненахожденіе ихъ въ составѣ имущества, тогда какъ основаніемъ этого же дѣленія въ новой юриспруденціи сдѣлалось положеніе вещей въ гражданскомъ оборотѣ, отождествленномъ съ понятіемъ имущественнаго оборота. Показать неправильность этого отождествленія значитъ показать и неправильность новаго ученія объ оборотныхъ и внѣ-оборотныхъ вещахъ, для чего мы, прежде всего, должны выяснить понятіе гражданскаго оборота.

Словомъ „оборотъ“, безъ присоединенія къ нему эпитета „гра-

[1]) Regelsberger, стр. 405–406. Unger, стр. 360—365.
[2]) Ihering, Geist, III, § 60 и 61, стр. 346—365.

жданскій", выражаютъ обыкновенно передвиженіе лицъ и вещей въ пространствѣ. Въ этомъ смыслѣ понятіе оборота есть удаленіе препятствій, лежащихъ въ пространствѣ, къ сношеніямъ людей другъ съ другомъ и съ предметами ихъ обладанія. Главнымъ средствомъ для достиженія этой цѣли служитъ двигательная сила, по различію формъ которой различаютъ: оборотъ дорожный, въ смыслѣ прохода и проѣзда на лошадяхъ и другихъ животныхъ, оборотъ желѣзнодорожный, водныхъ сообщеній, телеграфный, телефонный и т. д., причемъ къ понятію оборота въ этомъ смыслѣ примѣняютъ часто и другія выраженія, какъ, напр., перевозочныя средства и пути сообщенія (Transports- und Communicationswesen). Это понятіе оборота, принимаемое чаще всего экономическими писателями, не обнимаетъ собою, однако, даже всего того, что разумѣютъ обыкновенно подъ „хозяйственнымъ оборотомъ". Этотъ послѣдній слагается изъ обмѣна всѣхъ хозяйственныхъ благъ и дѣйствій. Поэтому онъ содержитъ въ себѣ и такіе элементы, для которыхъ приближеніе разстояній вовсе не составляетъ характерной черты (напр., мѣновой, кредитный оборотъ и т. п.).

Но „оборотъ" понимается въ еще болѣе широкомъ смыслѣ всѣхъ сношеній людей другъ съ другомъ, и въ этомъ смыслѣ онъ захватываетъ, очевидно, самыя высокія цѣли общественной, политической и нравственной жизни. Если понятіе оборота берется въ этомъ смыслѣ, то его средствами удовлетворяются и такія потребности, которыя не имѣютъ ничего общаго съ имущественными цѣлями. Такъ, напр., дороги, телеграфъ и т. д. являются не только вспомогательными средствами для производства и потребленія хозяйственныхъ благъ, но и могучимъ орудіемъ государственнаго управленія, веденія войны, поддержанія общественной солидарности и т. д. Связь съ хозяйственной жизнью выражается здѣсь лишь въ издержкахъ на сооруженіе и содержаніе такихъ оборотныхъ учрежденій, которыхъ цѣль выходитъ явно за предѣлы одного хозяйственнаго оборота.

Такимъ образомъ, если понятіе оборота въ тѣсномъ смыслѣ можно опредѣлять, какъ совокупность средствъ и учрежденій, имѣющихъ цѣлью устранить препятствія, лежащія на пути сношеній людей и вещей, вслѣдствіе отдѣляющихъ ихъ разстояній, то понятіе оборота въ широкомъ смыслѣ заключаетъ въ себѣ всѣ учрежденія и нормы, при посредствѣ которыхъ совершается и обезпечивается удовлетвореніе разнообразнѣйшихъ потребностей человѣка, требующихъ для этого, при раздѣленіи труда и ограниченности индивидуальныхъ средствъ, содѣйствія другихъ людей.

Къ сожалѣнію, понятія оборота въ томъ и другомъ смыслѣ часто смѣшиваются, и юридическое значеніе связывается только съ учрежденіями оборота въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Но можно-ли представить себѣ и этотъ оборотъ безъ публичныхъ дорогъ, рѣкъ, морей и

тысячи другихъ вещей, не состоящихъ въ имущественномъ обмѣнѣ и не входящихъ ни въ чье индивидуальное обладаніе, но болѣе необходимыхъ для оборота, чѣмъ всѣ предметы имущественнаго обмѣна и индивидуальнаго обладанія! Причина исключенія предметовъ общественнаго пользованія изъ оборота лежитъ, очевидно, въ смѣшеніи понятій оборота и имущества. Насколько правильно исключеніе этихъ предметовъ изъ понятія имущества въ юридическомъ смыслѣ, — понятія, слагающагося изъ такихъ правъ и обязанностей, которыя обладаютъ переводимой на деньги мѣновой цѣнностью, совершенно чуждой предметамъ общественнаго пользованія, — настолько же неправильно исключеніе тѣхъ же предметовъ изъ понятія оборота въ широкомъ смыслѣ, вмѣщающаго въ себѣ не только мѣновыя, но и потребительныя, и идеальныя цѣнности, весьма отличныя отъ понятія имущества въ юридическомъ смыслѣ.

Вотъ почему и такія выраженія, какъ „extra patrimonium“ и „extra commercium esse“ нужно понимать не въ смыслѣ неспособности вещи стоять въ оборотѣ вообще, а лишь въ смыслѣ исключенія ея изъ одного торговаго оборота или отношеній частной собственности, — и то не безъ значительныхъ ограниченій. Иначе видовое понятіе торговаго оборота было бы смѣшано съ родовымъ понятіемъ гражданскаго оборота, и еще болѣе широкое понятіе права введено въ тѣсные предѣлы понятія „commercium“. Подъ этимъ послѣднимъ слѣдуетъ разумѣть только особую форму пользованія извѣстными благами внѣшняго міра, приспособленную къ цѣлямъ торговли и исключительнаго усвоенія человѣкомъ этихъ благъ по началамъ частной собственности. Но этой формой пользованія благами внѣшняго міра не исчерпывается ни понятіе оборота, ни понятіе права.

Какъ рядомъ съ хозяйственнымъ оборотомъ стоитъ оборотъ, удовлетворяющій духовнымъ потребностямъ человѣка, въ формѣ личныхъ сношеній, обмѣна знаній и т. д., такъ и въ правѣ, рядомъ съ индивидуальными и имущественными отношеніями, мы встрѣчаемъ, съ одной стороны, такія же индивидуальныя, но не имущественныя права (напр., права личности), и, съ другой, различныя формы общественнаго пользованія, въ которыхъ имущественный элементъ опять не играетъ рѣшающей роли. Значеніе этихъ неимущественныхъ отношеній для оборота въ широкомъ смыслѣ постоянно растетъ съ успѣхами культурной жизни, и безпримѣрное развитіе современнаго оборота, основаннаго на парѣ, электричествѣ и удовлетвореніи нравственнымъ запросамъ, производитъ теперь поразительныя измѣненія въ области не только хозяйства, но и всѣхъ другихъ сторонъ соціальнаго строя. Общественныя отношенія преобразуются, благодаря усиливающейся подвижности народовъ и участію всѣхъ классовъ общества въ завоеваніяхъ культурной жизни. Образованіе и независимость убѣжденій перестаютъ быть привилегіей высшихъ классовъ, и духовный обмѣнъ въ предѣлахъ не одной страны, а всего

міра, постоянно оживляется, благодаря удешевленію путешествій, быстрой передачѣ свѣдѣній и все возростающему вліянію печати. То же можетъ быть констатировано и въ политической жизни: укрѣпляя центральную власть, современныя средства оборота не препятствуютъ развитію и мѣстнаго самоуправленія, для котораго они создаютъ прочный контроль общественнаго мнѣнія. Сверхъ того, своимъ дѣйствіемъ на большія разстоянія, сближеніемъ народовъ и т. д. современный оборотъ содѣйствуетъ сложенію родственныхъ или объединенныхъ общими интересами племенныхъ группъ въ новыя государственныя соединенія, и распространяетъ свое вліяніе даже за ихъ предѣлы, на все человѣчество, приходящее постепенно къ сознанію своихъ общихъ культурныхъ задачъ. И развитіе права, что часто упускается, испытываетъ на себѣ рѣшительное вліяніе роста оборотныхъ учрежденій. Освободительное, нивелирующее и сближающее людей и народы дѣйствіе этихъ учрежденій вызываетъ къ жизни новые идеи, формы и институты какъ въ національномъ, такъ и въ международномъ правѣ, создавая тамъ и здѣсь такое значительное и выходящее за границы отдѣльныхъ государствъ единеніе въ правѣ, о какомъ въ прежнее время нельзя было и мечтать [1]).

Современная юриспруденція противополагаетъ оборотнымъ вещамъ, служащимъ предметомъ гражданскихъ правъ, слѣдующія категоріи внѣоборотныхъ вещей, не могущихъ служить, въ ея представленіи, предметомъ этихъ правъ. Это—1) „общія вещи“ (res omnium communes), неспособныя по своей природѣ быть предметомъ юридическаго господства; таковы—свободный воздухъ, открытое море, текучія воды, морской грунтъ, берега моря и т. д.; 2) „публичныя вещи“ (res publicae quae in usu publico sunt), неспособныя служить предметомъ отношеній гражданскаго права по волѣ общественной власти, предоставляющей ихъ общественному пользованію; таковы, напр., публичныя дороги, такіе же мосты, площади, улицы, парки, рѣки, музеи, библіотеки и т. д.; 3) безхозяйныя вещи (res nullius), не состоящія ни въ чьей собственности или потому, что онѣ вообще неспособны къ собственности, или потому, что онѣ не попали еще въ оборотъ, не будучи открыты или заняты; таковы—луна, звѣзды, „общія вещи“, полюсы, не пойманные звѣри и рыбы и т. п.; 4) вещи, способныя стоять въ гражданскомъ оборотѣ, но исключаемыя изъ него или ограничиваемыя въ немъ по нравственнымъ, политическимъ, полицейскимъ и т. п. мотивамъ; таковы, напр., человѣческій трупъ, яды, опасные снаряды, запрещенныя книги, дичь и рыба въ запретное для охоты и рыбной ловли время, лошади на военной службѣ.

[1]) См. по настоящему вопросу: Em. Sax, Die Verkehrsmittel in Volks-und Staatwissenschaft, Wien, 1878—79, и van der Borght, Das Verkehrswesen, Leipz., 1894, равно какъ и соотвѣтствующія статьи тѣхъ же авторовъ, перваго — въ Schönberg's Handbuch der politischen Oekonomie, 4-е изд., т. I, стр. 551 и слѣд., второго—въ Elster's Wörterbuch der Volkswirthschaft, т. II, стр. 772—777.

и т. д. [1]). Римское право присоединяло сюда еще такъ наз. 5) res divini juris, вещи божественнаго права, служащія потребностямъ религіи и связанныхъ съ ней обрядовъ. Эти вещи считались собственностью боговъ и недоступными сначала ни для какихъ человѣческихъ правомочій; но уже позднѣйшее римское право допускало въ нѣкоторыхъ случаяхъ ихъ залогъ и отчужденіе, а европейскія законодательства признаютъ въ нихъ ограниченную религіозными цѣлями собственность не только церкви и различныхъ религіозныхъ учрежденій, но и частную собственность, напр., на домовую часовню, мѣсто въ церкви, на кладбищѣ и т. д. [2]).

Остановимся нѣсколько минутъ на двухъ важнѣйшихъ видахъ этихъ такъ наз. „внѣоборотныхъ вещей".

1) „Общія вещи" суть достоянія всѣхъ и каждаго, и основаніе ихъ неспособности къ собственности лежитъ не столько въ природѣ — которая только затрудняетъ, но не исключаетъ возможности юридическаго господства надъ ними (никто не отрицаетъ собственности на другіе газы, кромѣ воздуха, и другія жидкости, кромѣ текучей воды, хотя фактическая трудность господства во всѣхъ этихъ случаяхъ можетъ быть равная),—сколько въ томъ, что онѣ составляютъ для всѣхъ необходимое условіе существованія и находятся въ природѣ въ такой массѣ, которая дѣлаетъ ихъ „свободными благами" и лишаетъ мѣновой цѣнности. Поэтому же „общія вещи" могутъ быть признаны и безхозяйными по своему назначенію а не потому, что онѣ не открыты или не заняты, хотя эта „безхозяйность" не исключаетъ ни господства надъ извѣстнымъ пространствомъ, въ предѣлахъ котораго совершается движеніе воздуха или воды, ни собственности на заключенные въ опредѣленные хранилища и резервуары воздухъ и воду [3]). Во всякомъ случаѣ, основное качество этихъ вещей, которымъ опредѣляется и ихъ особое юридическое положеніе, заключается въ томъ, что онѣ состоятъ въ свободномъ пользованіи всѣхъ и каждаго, и этимъ качествомъ настолько сближаются съ „публичными вещами", предоставленными тому же общему пользованію распоряженіями общественной власти, что въ римскомъ правѣ тѣ и другія вещи подводились подъ одну категорію res publicae и подчинялись, въ общемъ, однѣмъ и тѣмъ же нормамъ. Но какъ въ римскомъ, такъ и въ современномъ правѣ эта категорія вещей имѣетъ нѣсколько значеній, которыя необходимо различать.

2) Публичными вещами, или res publicae, называютъ не только вещи, непосредственно предоставленныя общественному пользованію, но и вещи, состоящія въ собственности государства и другихъ публично-правовыхъ организацій, какъ, напр., муниципій, или городовъ, равно какъ

---

[1]) Huber, Syst., III, стр. 11—17.
[2]) Unger, стр. 367—369. Regelsberger, стр. 409—413.
[3]) Hölder, стр. 140.

и вещи, исключенныя изъ отношеній частной собственности независимо отъ общественнаго пользованія. Во всѣхъ случаяхъ эти вещи служатъ общественнымъ цѣлямъ и этимъ признакомъ отличаются отъ вещей, удовлетворяющихъ частнымъ цѣлямъ управомоченныхъ въ нихъ лицъ; но онѣ служатъ этимъ общественнымъ цѣлямъ въ различныхъ формахъ, которыми опредѣляются различія и въ ихъ юридическомъ положеніи.

а) Вещи, состоящія въ собственности государства, служатъ общественнымъ цѣлямъ только тѣми доходами, которые онѣ даютъ государству для покрытія его расходовъ. Сюда должны быть отнесены: государственные лѣса, земли, рудники, принадлежащія государству наличныя деньги, процентныя бумаги и т. д. Римляне называли эти вещи res quae in patrimonio populi vel fisci sunt; новые народы называютъ ихъ государственнымъ или „финансовымъ“ имуществомъ. Онѣ не только состоятъ въ собственности государства, но способны и къ отчужденію, и къ удовлетворенію претензій кредиторовъ, подчиняясь съ небольшими ограниченіями тѣмъ же нормамъ, что̀ и вещи, состоящія въ частной собственности.

б) Публичныя вещи, служащія непосредственно общественнымъ цѣлямъ, различнымъ отъ общественнаго пользованія, называютъ „административнымъ имуществомъ“. Онѣ заключаютъ въ своемъ составѣ крѣпости, казармы, военные матеріалы, тюрьмы, зданія для различныхъ вѣдомствъ государственнаго управленія, общественныхъ школъ и т. д. Эти вещи также не исключаютъ ни государственной собственности, ни правъ третьихъ лицъ, насколько эти послѣднія не препятствуютъ осуществленію ихъ общественной функціи. Не допуская, напр., погашающей давности или прекращенія права въ силу незанесенія въ ипотечныя книги, этотъ видъ публичныхъ вещей допускаетъ во многихъ случаяхъ сервитуты. Сомнѣнія возбуждаютъ тѣ промышленныя предпріятія, которыя, подобно водоснабженію, газовому и электрическому освѣщенію и т. д., ведутся государствомъ или инымъ политическимъ союзомъ—несмотря на то, что они не входятъ въ текущія задачи государственнаго управленія и могутъ быть ведены также частными лицами. Поставленный задолженностью многихъ городскихъ и сельскихъ общинъ вопросъ, считать-ли такія предпріятія публичными или подлежащими продажѣ за долги общины—долженъ рѣшаться въ зависимости отъ характера этихъ предпріятій: если они служатъ необходимымъ потребностямъ, удовлетвореніе которыхъ не можетъ быть предоставлено частной иниціативѣ, то ликвидація этихъ предпріятій не должна допускаться, и отвѣтственность за ихъ долги слѣдуетъ ограничивать размѣромъ чистаго дохода; во всѣхъ другихъ случаяхъ эти предпріятія должны трактоваться наравнѣ съ частными [1]).

в) Отличны отъ обоихъ предшествующихъ видовъ тѣ публичныя вещи,

[1]) Regelsberger, стр. 417—418. Biermann, Bürgerl. Recht, I, стр. 381—382.

которыя служатъ непосредственно общественному пользованію, не состоя ни въ чьей собственности и не допуская примѣненія къ себѣ ни одного изъ институтовъ, дѣйствующихъ при индивидуальномъ обладаніи, если только эти институты оказываются въ противорѣчіи съ общественнымъ пользованіемъ. Признакомъ общественнаго пользованія публичныя вещи этого вида сходятся только съ „общими вещами“, вмѣстѣ съ которыми онѣ и образуютъ институтъ общественнаго пользованія, но расходятся со всѣми другими группами экстракоммерціальныхъ вещей, которыя, если и не состоятъ въ составѣ имущества, то только временно, и по соображеніямъ, не имѣющимъ ничего общаго ни съ общественнымъ пользованіемъ, ни съ коллективнымъ обладаніемъ. Возьмемъ, напр., безхозяйныя вещи, когда эта безхозяйность не природная, какъ при „общихъ вещахъ“, а обусловлена либо случайностью (напр., упавшее въ море кольцо), либо тѣмъ, что данная вещь не поступила еще ни въ чью собственность, или брошена своимъ собственникомъ (derelictio). Такія „безхозяйныя вещи“ не составляютъ предмета общественнаго пользованія уже потому, что ими не пользуется— до поступленія ихъ въ частное обладаніе или по прекращеніи на нихъ этого обладанія— не только все общество, но и никто. Сверхъ того, и исключеніе этихъ вещей изъ имущества можно считать только относительнымъ, такъ какъ отсутствіе мѣновой цѣнности и личнаго обладанія есть для нихъ тоже случайное обстоятельство, устраняемое занятіемъ ихъ первымъ оккупантомъ, въ лицѣ котораго онѣ переходятъ изъ внѣ-оборотнаго въ оборотное состояніе и дѣлаются предметомъ индивидуальнаго обладанія. Предметы общественнаго пользованія характеризируются, напротивъ, своей постоянной неспособностью (продолжающейся, по крайней мѣрѣ, до ея отмѣны компетентной властью) стоять въ личномъ обладаніи, и эта неспособность составляетъ ихъ существенный признакъ, а не случайное обстоятельство. Точно такъ же и вещи, исключенныя закономъ изъ обращенія по нравственнымъ, политическимъ и соціальнымъ соображеніямъ, исключаются тѣми же соображеніями и изъ общественнаго пользованія.

Такимъ образомъ, понятіе оборотоспособности вещи въ высокой степени относительно, и его необходимо различать отъ понятія правоспособности вещи, принимая этотъ терминъ, конечно, въ его пассивномъ значеніи. Недостатокъ оборотоспособности означаетъ неспособность только къ торговому, а не гражданскому обороту, а недостатокъ правоспособности исключаетъ всѣ гражданскія права. Оборотоспособность заключаетъ въ себѣ правоспособность, но не наоборотъ, такъ какъ вещи могутъ быть правоспособны и, въ то же время, исключены или ограничены въ своемъ оборотѣ. Если это исключеніе изъ оборота вытекаетъ изъ природныхъ свойствъ вещи, то праву остается только признать его. Но если оно связывается съ цѣлью, которой должны служить тѣ или другія вещи, то всѣ представленія о цѣли субъективны и мѣняются въ

условіяхъ мѣста и времени. То же можно сказать и о правоспособности вещи, опредѣляемой ея цѣлью, и относящіяся сюда юридическія нормы допускаютъ не одинъ оттѣнокъ. Вещи, исключенныя изъ обращенія по нравственнымъ, полицейскимъ и т. п. мотивамъ, не въ той же мѣрѣ неправоспособны, какъ вещи, недоступныя для обладанія по своимъ природнымъ свойствамъ, и предметы общественнаго пользованія исключаютъ не всѣ, а только тѣ сдѣлки, которыя несовмѣстимы съ ихъ назначеніемъ. Мѣра ограниченія какъ право-, такъ и оборотоспособности различается по различію вещей и связываемыхъ съ ними цѣлей. Но всегда она устанавливается закономъ, а не частной волей, которая не можетъ лишить ни одну вещь ея способности быть предметомъ собственности и переходить изъ рукъ въ руки. Частная воля связываетъ лишь участвующихъ въ данномъ юридическомъ отношеніи, а не постороннихъ ему третьихъ—лицъ, производя, другими словами, одни обязательственныя, но не вещныя послѣдствія.

Наше гражданское законодательство въ своихъ общихъ постановленіяхъ о различнаго рода имуществахъ не упоминаетъ объ оборотныхъ и внѣ-оборотныхъ вещахъ, но особыя нормы о тѣхъ и другихъ „имуществахъ“ несомнѣнно имѣются въ нашемъ Сводѣ законовъ и разбросаны по его отдѣльнымъ томамъ. Мы не будемъ говорить о вещахъ, предоставленныхъ общественному пользованію, такъ какъ онѣ составятъ предметъ особаго изложенія въ системѣ вещныхъ правъ, и укажемъ здѣсь примѣрно лишь на нѣсколько категорій вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота спеціальными опредѣленіями нашихъ законовъ. Сюда могутъ быть отнесены: фальшивая монета и поддѣльные кредитные билеты, подлежащіе конфискаціи и истребленію (ст. 562 и 575 т. XV), слѣдующія той же судьбѣ питья съ вредными примѣсями и испорченные съѣстные припасы (ст. 115 Уст. о нак., налаг. мир. судьями), запрещенные къ привозу иностранные товары и запрещенныя цензурой книги (ст. 749 и 1020 т. XV), неклейменныя или невѣрныя мѣры (ст. 1177 тамъ же) и т. д. Можно указать также на вещи, исключаемыя изъ гражданскаго оборота не безусловно, а только для извѣстнаго круга лицъ, операцій или цѣлей. Сюда принадлежатъ: освященныя иконы и частицы мощей, не могущія оставаться во владѣніи нехристіанъ (ст. 1188—1190 X т. I ч.); земли малороссійскихъ казаковъ, могущія обращаться только въ кругу лицъ, принадлежащихъ этому сословію; родовыя имѣнія, ограниченныя въ своей оборотоспособности тяготѣющими на нихъ правами выкупа родственниковъ продавцевъ такихъ имѣній; яды и другія сильно дѣйствующія вещества могутъ быть продаваемы только при извѣстныхъ условіяхъ; вещи, подлежащія оплатѣ таможенными, акцизными и т. п. сборами, неспособны къ обращенію до взноса слѣдуемыхъ за нихъ пошлинъ и т. д. Но всѣ подобныя ограниченія оборотоспособности вещей не могутъ служить основаніемъ для ихъ противоположенія самой обо-

ротоспособности, такъ какъ эти ограниченія представляются не послѣдствіемъ природныхъ свойствъ или назначенія вещей, а послѣдствіемъ либо ограниченной правоспособности извѣстныхъ категорій лицъ, либо особыхъ государственныхъ и общественныхъ соображеній, устраненіе которыхъ возвращаетъ затронутымъ ими вещамъ ихъ полную оборотоспособность [1]).

4. Вещи простыя и составныя, совокупности вещей и правъ.

А. Простыя вещи, или вещи-индивиды (singulae res), суть тѣлесные или безтѣлесные предметы, физически или духовно связанные въ своихъ частяхъ и трактуемые правомъ, какъ единые и замкнутые въ себѣ объекты права. Части такихъ вещей-индивидовъ не существуютъ, какъ самостоятельныя вещи, такъ какъ онѣ обезразличиваются въ составѣ цѣлой вещи, представляющей собою единство.

Природа вещи служитъ основаніемъ этого единства только отчасти. Въ гораздо бо́льшей степени единство вещи опредѣляется цѣлью, которая вкладывается въ нее воззрѣніями гражданскаго оборота. Земельные участки составляютъ часть единой земной поверхности, не принимаемой, однако, за вещь въ юридическомъ смыслѣ; эти участки разграничиваются и дѣлаются вещами только дѣйствіемъ человѣческой воли. Точно такъ же и многія движимости, какъ, напр., жидкости и газы, получаютъ значеніе вещей не ранѣе, чѣмъ ихъ заключаютъ въ извѣстные сосуды, а другія движимости, какъ, напр., песокъ, сѣно, мука, волосы, шерсть и т. д., становятся вещами только тогда, когда онѣ берутся въ извѣстной массѣ.

Природныя единства составляютъ только живыя существа, тогда какъ единство другихъ вещей опредѣляется человѣческой волей и воззрѣніями гражданскаго оборота. Поэтому вещи-индивиды и не представляютъ для права такой неразложимости, какъ живые индивиды. Онѣ могутъ не только дѣлиться и превращаться этимъ путемъ изъ одной вещи во множество вещей, или соединяться съ другими вещами и входить въ нихъ новыми составными частями. Вещи-индивиды представляютъ также различныя степени единства и въ связанномъ состояніи своихъ частей. Въ этихъ частяхъ оказываются возможными, какъ мы увидимъ это ниже, и особыя юридическія отношенія, отличныя отъ юридическихъ отношеній въ цѣлой вещи. Но, въ общемъ, единство частей характеризуетъ понятіе простой вещи и также характеризуетъ, хотя это не всегда замѣчается, и понятіе безтѣлесной вещи. Напр., художественное произведеніе, какъ объектъ авторскаго права, есть инди-

[1]) Анненковъ, стр. 366—368.

видуализированное правомъ единство, ингредіенты котораго суть не вещи, а составныя части вещи, точно такъ же, какъ и права по обязательствамъ, если они индивидуализированы, представляютъ собой единство, не нарушаемое и признаннымъ за нимъ во многихъ случаяхъ свойствомъ дѣлимости [1]).

Б) Составныя вещи (universitates rerum coherentium) суть такія вещи, которыхъ части, хотя и связаны между собой физически, могутъ быть различены другъ отъ друга, и, по отдѣленіи отъ цѣлаго, составить предметъ особаго права. Примѣрами могутъ служить домъ, корабль, часы, кольцо съ драгоцѣнными камнями и т. д., состоящіе изъ частей, которыя перестаютъ быть вещами только на время связи съ цѣлымъ, но не теряютъ своихъ качествъ вещей и снова дѣлаются таковыми, отдѣляясь отъ цѣлаго.

Такія составныя вещи выступаютъ, какъ физически-связанное цѣлое, и представляютъ собой единство, а не простую сумму частей. Онѣ сходятся, въ сущности, съ вещами-индивидами и не могутъ быть строго разграничены отъ послѣднихъ. Различіе между ними получаетъ юридическое значеніе только тогда, когда положительное право связываетъ съ той и другой категоріей вещей различное нормированіе ихъ составныхъ частей [2]).

В) Совокупности вещей (universitates facti, или rerum distantium) даютъ намъ единство физически не связанныхъ между собой вещей, изъ которыхъ ни одна не играетъ роли главной вещи въ отношеніи къ другимъ, и каждая сохраняетъ значеніе самостоятельной вещи. Таковы, напр., стадо, библіотека, картинная галлерея, лавка съ товаромъ и т. д. Реальнаго единства, какъ въ двухъ предшествующихъ случаяхъ, здѣсь нѣтъ, такъ какъ при совокупностяхъ вещей мы имѣемъ дѣло не съ одной вещью, а съ суммой многихъ вещей, разъединенныхъ другъ отъ друга, ограниченныхъ въ пространствѣ, обладающихъ самостоятельной цѣнностью и представляющихъ уже поэтому самостоятельныя вещи. Но есть идеальное единство, созданное нашимъ представленіемъ о цѣли, которой служатъ всѣ объединенныя въ одну совокупность вещи. Стадо въ 100 овецъ разсматривается въ гражданскомъ оборотѣ, какъ нѣчто иное, чѣмъ 100 овецъ, пріобрѣтаемыхъ въ розницу на рынкѣ, и это стадо считается сохраняющимъ свое тождество и въ томъ случаѣ, если изъ него выпадаетъ одна или нѣсколько овецъ. Право не можетъ не сообразаться съ этимъ взглядомъ гражданскаго оборота на совокупности вещей и признаетъ за ними извѣстное единство—по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда это соотвѣтствуетъ содержанію заключаемыхъ о нихъ сдѣлокъ. Отсюда не слѣдуетъ, однако, ни того, чтобы совокуп-

---

[1]) Gierke, Deutsch. Privr., I, стр. 274. Regelsberger, стр. 257—258.
[2]) Gierke, ibid. Дернбургъ, Пандекты, I, стр. 185—186.

ности вещей были сами вещами, ни того, чтобы въ нихъ были возможны собственность, владѣніе и другія вещныя права. Совокупности вещей, какъ мы уже указывали на это, суть представленія объ единствѣ, а не самыя единства, и уже поэтому вещныя права возможны не въ нихъ, а только въ составляющихъ ихъ тѣлесныхъ вещахъ. Поэтому, если въ совокупность вещей попадаетъ чужая вещь, напр., чужая книга въ мою библіотеку, то собственность на эту вещь не затрогивается присоединеніемъ ея къ совокупности вещей [1]).

Ни римское право, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ стоящихъ изолированно писателей, ни новыя законодательства, если не считать австрійскаго уложенія и нѣсколькихъ другихъ кодексовъ, слѣдующихъ признанному теперь ошибочнымъ толкованію римскаго права, не признаютъ въ совокупностяхъ вещей ни особой собственности, ни особаго владѣнія: то и другое право мыслится лишь въ отдѣльныхъ вещахъ, принадлежащихъ къ этимъ совокупностямъ. Примѣненіе въ римскомъ правѣ вещнаго иска, единственно между всѣми такими совокупностями вещей, къ стаду (gregis vindicatio), какъ одному цѣлому, не представляетъ отступленія отъ указываемаго принципа, такъ какъ этотъ искъ не носилъ универсальнаго характера и былъ въ дѣйствительности не единой виндикаціей, а суммой виндикацій на каждаго изъ входившихъ въ стадо животныхъ [2]). Съ другой стороны, вещный искъ въ данномъ примѣненіи находилъ свое объясненіе и въ оборотномъ воззрѣніи на стадо, какъ на хозяйственное и само себя восполняющее единство.

Но, если не въ видѣ общей нормы, то въ силу опредѣленій частной воли, предметомъ юридическаго отношенія могутъ быть не только единичныя вещи, но и ихъ совокупности въ указанный сдѣлкой моментъ времени, и понятіе universitas rerum distantium получаетъ въ этомъ случаѣ значеніе, соотвѣтствующее понятію universitas personarum, или юридическаго лица. Какъ это послѣднее означаетъ въ своемъ основномъ примѣненіи неизмѣнность субъекта права, несмотря на возможныя перемѣны въ составѣ входящихъ въ него физическихъ лицъ, такъ и при совокупности вещей договаривающіяся стороны могутъ желать неизмѣнности въ объектѣ права, т.-е. исключенія вліянія на возникающее между ними юридическое отношеніе всѣхъ перемѣнъ въ составѣ вещей, входящихъ въ ту или другую ихъ совокупность.

Такимъ образомъ, понятіе совокупности вещей, не допуская примѣненія къ себѣ общихъ и всегда одинаковыхъ нормъ, носитъ характеръ относительности и условленности юридическаго эффекта волей сторонъ. Одинъ и тотъ же комплексъ вещей можетъ представлять въ

---

[1]) Unger, Syst. I, стр. 475—486. Regelsberger, стр. 370—374. Crome, Syst., I, стр. 274.

[2]) Unger, стр. 484. Hölder, стр. 137.

извѣстномъ направленіи universitas, какъ единство, а въ другомъ—не представлять такой universitas. Напр, лавка, какъ цѣлое, не можетъ быть украдена, такъ какъ кражѣ подлежатъ лишь отдѣльныя вещи, составляющія лавку, но она можетъ быть продана или заложена, въ смыслѣ цѣлаго, если таково намѣреніе сторонъ, вступающихъ по этому предмету въ отношеніе купли-продажи или залога.

Отъ этихъ представленій, принадлежащихъ какъ римскому, такъ и большинству новыхъ законодательствъ (прусскій Landr., I, 2, § 32, 36—39; баварскій кодексъ II, 5, § 6; сакс., § 63; Code civil., art. 616, 1800 и др.), уклоняется въ извѣстной мѣрѣ новое германское уложеніе, котораго мотивы категорически заявляютъ, что „совокупности вещей не могутъ быть предметомъ правъ“ [1]). Заявленіе это связано логически съ принятымъ въ этомъ уложеніи опредѣленіемъ вещи, которымъ, съ одной стороны, не допускается мысль о безтѣлесной вещи, а съ другой—понятіе объекта вещнаго права отождествляется съ понятіемъ тѣлесной вещи. Отсюда вытекаетъ само собой признаніе права не въ совокупности, но въ каждой изъ единичныхъ вещей, составляющихъ совокупность. Это предполагаетъ, въ свою очередь, самостоятельную цѣнность въ оборотѣ и такихъ единичныхъ вещей, каковы, напр., овца и книга, входящія въ стадо и библіотеку. Иначе, т.-е. если бы цѣнность съ точки зрѣнія оборота связывалась не съ единичной вещью, а съ ограниченнымъ въ пространствѣ множествомъ вещей, какъ мы видимъ это, напр., при совокупностяхъ зерна, жидкости и даже пчелъ въ пчелиномъ роѣ, то подобныя совокупности представляли бы и по нѣмецкому уложенію единую въ юридическомъ смыслѣ вещь.

Вообще разграниченіе простыхъ, составныхъ и совокупностей вещей совершается въ правѣ на почвѣ исторически развивающихся воззрѣній и отношеній. Что̀ есть простая или составная вещь, и что̀—совокупность вещей, это опредѣляется не столько впередъ установленными юридическими нормами, сколько воззрѣніями гражданскаго оборота.

Г) Совокупности правъ и обязанностей (universitates juris), принадлежащихъ данному лицу, сходятся съ совокупностями вещей въ томъ, что тѣ и другія суть не реальныя единства, не вещи въ юридическомъ смыслѣ этого слова, а только представленія объ ихъ единствѣ, вызванныя требованіями гражданскаго оборота. Есть, однако, и существенное различіе, лежащее не только въ объектѣ, которымъ служатъ въ одномъ случаѣ вещи, а въ другомъ—права и обязанности, но и въ томъ, что напряженность единства при совокупностяхъ правъ и обязанностей гораздо значительнѣе, чѣмъ при совокупностяхъ вещей. Это сближаетъ совокупности правъ и обязанностей съ простыми вещами и дѣлаетъ изъ нихъ, какъ бы, промежуточную ступень между послѣдними и сово-

[1]) Motive, III, стр. 23, 26 и слѣд.

купностями вещей. Единство обусловливается въ этомъ случаѣ удобствами пріуроченія всего цѣлаго правъ и обязанностей, сходящихся въ одномъ лицѣ, къ сферѣ обладанія этого лица, которое остается субъектомъ всѣхъ этихъ правъ и обязанностей, несмотря ни на какія перемѣны въ ихъ объектѣ: то, что вошло въ данное единство, остается при немъ, какъ тѣло при личности.

Главный случай такого единства представляетъ имущество въ юридическомъ смыслѣ, подъ которымъ понимаютъ не только совокупность всѣхъ правъ и обязанностей, принадлежащихъ тому или другому лицу, но и извѣстные комплексы правъ и обязанностей въ предѣлахъ этой совокупности, выдѣляемые изъ нея съ какой-либо спеціальной цѣлью, какъ это имѣетъ мѣсто, напр., при товарищескомъ имуществѣ, приданомъ, общемъ имуществѣ супруговъ, отдѣльномъ дѣтскомъ имуществѣ (peculium) и т. д. Это „особое имущество“ (Sondervermögen) состоитъ также изъ правъ и обязанностей, а не вещей, отличаясь этимъ отъ разобранныхъ выше категорій совокупностей, и сходясь съ ними въ идеѣ единства, а не суммы частей, которыя могутъ прибавляться или уменьшаться, не нарушая цѣлости и этого единства, разъ оно признано таковымъ объективнымъ правомъ. Это разграничиваетъ „особое имущество“ и отъ случайнаго объединенія въ какой-либо сдѣлкѣ цѣлаго ряда юридическихъ отношеній, составъ которыхъ опредѣляется толкованіемъ сдѣлки, а не нормами объективнаго права, устанавливающими различныя степени единства „особаго имущества“ независимо отъ опредѣленій частной воли. Поэтому не слѣдуетъ и преувеличивать это единство, примѣняя, по примѣру господствовавшей прежде теоріи, ко всѣмъ видамъ имущества одни и тѣ же положенія права. Самое распространенное изъ этихъ положеній гласило: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, и это означало, что все пріобрѣтаемое на средства цѣлаго присоединяется само собой къ этому цѣлому. Это положеніе, равно какъ и утвержденіе универсальнаго иска для всѣхъ видовъ имущества, объясняется перенесеніемъ теоріей нѣмецкаго „общаго права“ римскихъ нормъ о наслѣдственномъ имуществѣ на другія имущества, не имѣющія ничего общаго съ наслѣдствомъ. Неправильность такого обобщенія не составляетъ теперь предмета сомнѣнія, и оба приведенныхъ положенія отвергнуты на томъ простомъ основаніи, что различныя имущества объединяются различными цѣлями и уже поэтому не допускаютъ примѣненія къ себѣ однихъ и тѣхъ же положеній [1]).

Еще болѣе, чѣмъ отдѣльные виды имущества, надо различать имущество въ юридическомъ смыслѣ отъ имущества въ житейскомъ или экономическомъ смыслѣ. Первое, съ одной стороны, шире, съ другой—уже

---

[1]) Unger, стр. 487—488. Regelsberger, стр. 363 — 365. Crome, стр. 170—172, 275.

второго. Шире оно тѣмъ, что подъ имуществомъ въ юридическомъ смыслѣ разумѣется совокупность не однихъ правъ, но и обязанностей, такъ что въ этомъ понятіи имущества объединяется какъ то, чѣмъ человѣкъ въ дѣйствительности обладаетъ, такъ и то, что онъ долженъ другимъ,— объединяются плюсъ и минусъ юридическаго обладанія, его активъ и пассивъ. Это объединеніе въ одномъ понятіи всѣхъ юридическихъ отношеній лица по имуществу даетъ не пустую абстракцію, а чрезвычайно важную въ юриспруденціи категорію, которая требуетъ примѣненія къ совокупности правъ и обязанностей другихъ нормъ, чѣмъ къ отдѣльнымъ видамъ этихъ правъ и обязанностей, и оказываетъ большія услуги при опредѣленіи имущественной состоятельности и несостоятельности, отвѣтственности за долги, счетѣ наслѣдства и другихъ отношеніяхъ, съ которыми мы встрѣтимся въ спеціальной части гражданскаго права.

Такимъ образомъ, не подлежитъ сомнѣнію, что въ смыслѣ единства актива и пассива понятіе имущества въ юридическомъ смыслѣ шире этого понятія въ смыслѣ житейскомъ, всегда предполагающемъ въ имуществѣ нѣчто положительное, остающееся за вычетомъ его долговъ.

Съ другой стороны, юридическое понятіе имущества тѣснѣе житейскаго, а именно: подъ первымъ понимается совокупность не всѣхъ, а только тѣхъ правъ, которыя принадлежатъ данному лицу и обладаютъ качествомъ мѣновой цѣнности или переложимости на деньги. Иначе счетъ имущества, долженствующій представить его цѣнность для всѣхъ заинтересованныхъ лицъ, былъ бы неосуществимъ. Поэтому политическая экономія знаетъ, напр., народное и даже міровое имущество, но не знаетъ долгового, а право не знаетъ ни народнаго, ни мірового, но знаетъ долговое имущество. Поэтому же понятіе имущества въ юридическомъ смыслѣ должно быть тѣснѣе и понятія цѣнности. Имущество состоитъ, конечно, изъ цѣнностей, такъ какъ права, обладающія мѣновой цѣнностью, суть несомнѣнныя цѣнности. Но поставить между цѣнностями вообще и имуществомъ знакъ равенства нельзя. Существуютъ цѣнности, не имѣющія мѣнового значенія, и не могущія войти въ составъ юридическаго понятія имущества. Таковы, напр., права на реальное исполненіе дѣйствій, не имѣющихъ имущественнаго характера, права на денежное вознагражденіе за нарушеніе неимущественныхъ интересовъ, надежды на пріобрѣтеніе, напр., ожидаемаго наслѣдства, хотя дѣйствія, препятствующія осуществленію этихъ надеждъ, могутъ повести и къ обязанности вознагражденія за вредъ и убытки. Далѣе, въ разрядъ цѣнностей, не входящихъ въ составъ юридическаго понятія имущества, должны быть отнесены и различныя фактическія отношенія, не получившія защиты права, такъ какъ имущество въ юридическомъ смыслѣ слагается изъ правъ, а не изъ фактовъ. Сюда принадлежатъ, напр., не только вещи, находящіяся въ несанкціонированномъ правомъ обладаніи, напр., вещи краденыя и пріобрѣтенныя другими незаконными способами, но и такія

цѣнности, которыя пользуются защитой права и передаются по сдѣлкамъ объ отчужденіи другихъ правъ, напр., кліенты адвоката, врача и т. д. По тѣмъ же основаніямъ изъ юридическаго понятія имущества исключаются и другія фактическія отношенія, напр., различныя знанія и техническія свѣдѣнія, которыя имѣютъ съ точки зрѣнія экономистовъ большую цѣнность и причисляются ими справедливо къ имуществу въ экономическомъ смыслѣ, расходящемуся въ данномъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, съ имуществомъ въ смыслѣ юридическомъ. Наконецъ, существуетъ еще много другихъ благъ, имѣющихъ несомнѣнную цѣнность и пользующихся защитой права, но исключаемыхъ тѣмъ не менѣе изъ имущества—потому же, что они не обладаютъ рыночной цѣнностью, способной выражаться въ деньгахъ, и не могутъ фигурировать въ торговомъ оборотѣ, въ качествѣ предмета юридическихъ сдѣлокъ. Таковы, напр., малолѣтнія дѣти, подчиненныя родительской власти, супружескія отношенія, отношенія родства, должности, право голоса и т. д.

Изъ сказаннаго видно, что къ имуществу въ юридическомъ смыслѣ могутъ быть отнесены не всѣ, а лишь тѣ права и обязанности, которыя имѣютъ своимъ предметомъ тѣлесную или безтѣлесную вещь, способную служить хозяйственнымъ цѣлямъ человѣка и быть переложенной на деньги. Отсюда мы опять приходимъ къ уже отмѣченному нами положенію, что кругъ имущественныхъ правъ не покрываетъ всего круга правъ гражданскихъ. Съ одной стороны, не всѣ гражданскія права и обязанности имѣютъ имущественное значеніе; сошлемся, сверхъ приведенныхъ выше случаевъ защиты неимущественныхъ интересовъ въ гражданскомъ правѣ, на индивидуальныя права личности, личныя семейныя права и всѣ такъ назыв. соціальные, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, отдѣлы гражданскаго права. Съ другой стороны, и не всѣ имущественныя права и обязанности принадлежатъ гражданскому праву; вспомнимъ право бѣдности, налоговое обложеніе, платежъ денежнаго штрафа и т. д. Наконецъ, многія юридическія отношенія отличаются смѣшаннымъ характеромъ, соединяя въ себѣ имущественные элементы съ неимущественными. Иныя даже чисто имущественныя права заключаютъ въ себѣ или производятъ изъ себя и чисто личныя отношенія; при регулированіи которыхъ имущественная точка зрѣнія отступаетъ на задній планъ. Приведемъ, въ видѣ примѣровъ, обязанность взаимной вѣрности въ феодальныхъ отношеніяхъ, личную сторону договора найма и рабочаго договора, право голоса, принадлежащее члену акціонерной компаніи, который не можетъ ни продать его, ни подарить, ни заложить, и ограниченія имущественной стороны—путемъ, напр., запрещенія залога—такихъ правъ по обязательствамъ, которыя имѣютъ своимъ предметомъ доставленіе пропитанія (алименты), ренты и т. д. Точно также и неимущественныя отношенія содержатъ въ себѣ нерѣдко такіе имущественные элементы, которымъ право придаетъ самостоятельное значеніе и относитъ къ имуществу. Сюда принад-

лежатъ, напр., личныя права пользованія супруговъ въ ихъ взаимномъ имуществѣ и родителей—въ имуществѣ дѣтей, личныя права пользованія членовъ общины въ ея угодьяхъ, право бѣдности, сословныя, издательскія, патентныя права и т. д.

Такимъ образомъ, разграниченіе имущественнаго и неимущественнаго права постоянно колеблется и затрудняется разнообразіемъ отношеній, къ которымъ оно примѣняется. И не только различныя законодательства, но и нормы одного и того же законодательства проводятъ это разграниченіе неравномѣрно и далеко не послѣдовательно въ отдѣльныхъ своихъ частяхъ. Тѣмъ не менѣе, общимъ свойствомъ всѣхъ имущественныхъ правъ остается самостоятельная хозяйственная цѣнность ихъ объекта, и, притомъ, такая цѣнность, которая переложима на деньги. Поэтому, мѣновая цѣнность есть для имущественныхъ правъ, несмотря на ихъ разнообразіе, общій знаменатель, къ которому они всѣ подводятся, и безъ котораго нельзя обойтись ни при опредѣленіи общаго понятія имущества, ни при разграниченіи, съ одной стороны, понятій имущества въ юридическомъ и житейскомъ смыслѣ, и съ другой—понятій имущественныхъ, неимущественныхъ и промежуточныхъ между тѣми и другими правъ.

Новое нѣмецкое уложеніе трактуетъ совокупности правъ и обязанностей такъ же, какъ и совокупности вещей, не распространяя понятія вещи ни на тѣ, ни на другія совокупности, и отрицая, въ принципѣ, всякія о нихъ сдѣлки, отличныя отъ сдѣлокъ на составляющія ихъ вещи и права. Но въ отношеніи къ единству правъ и обязанностей оно не выдерживаетъ этой точки зрѣнія и само оперируетъ этимъ единствомъ, говоря, напр., о переходѣ наслѣдства, въ смыслѣ одного цѣлаго (§ 1922), о товарищескомъ имуществѣ (§ 718), объ общемъ имуществѣ супруговъ (§ 1438), объ отдѣльномъ имуществѣ жены, дѣтей, подопекаемаго (§ 1363, 1627, 1793) и т. д.

Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ вовсе особыхъ опредѣленій о простыхъ, составныхъ и совокупныхъ вещахъ; но что и ему не чужды эти понятія и, особенно, понятіе universitas juris, это видно въ отношеніи къ составу вещи изъ ст. 89 XI т. 2 ч. Уст. о Пром., а въ отношеніи къ universitas juris—изъ ст. 1104 X т. 1 ч. и ст. 553 XI т. 2 ч. Первый изъ приводимыхъ законовъ говоритъ о правѣ собственника фабрики, завода или мануфактуры отчуждать принадлежащія его заведенію земли, строенія и инструменты, всѣ въ совокупности или по частямъ, а второй и третій—указываютъ на наслѣдство и имущество несостоятельнаго должника, какъ на совокупность правъ и обязательствъ, остающуюся въ одномъ случаѣ послѣ умершаго, а въ другомъ—при производствѣ о несостоятельности.

5. Недвижимыя и движимыя вещи.

Дѣленіе вещей на движимости и недвижимости можетъ быть просто и запутанно. Оно просто, если въ основу его кладутся природныя свойства вещей, не создаваемыя правомъ, а только констатируемыя имъ и сопровождаемыя извѣстными юридическими послѣдствіями. Одно изъ такихъ природныхъ свойствъ вещей есть способность или неспособность ихъ къ перемѣщенію. Въ первомъ случаѣ мы получаемъ движимыя вещи, или движимости, во второмъ—недвижимыя вещи, или недвижимости. Движимостью будетъ то, что можетъ быть перенесено безъ ущерба для своего существа изъ одного мѣста въ другое; недвижимостью—земля и все, что съ нею физически связано. Такъ различались по своимъ природнымъ свойствамъ движимости отъ недвижимостей въ римскомъ правѣ, и такое различіе, не выходившее за предѣлы тѣлесныхъ вещей, было ясно и не подавало повода къ спорамъ.

Это простое различіе запуталось, когда въ европейской юриспруденціи его распространили отъ тѣлесныхъ вещей на безтѣлесныя, и къ принципу, заимствованному изъ природы вещей, присоединили другіе принципы, не лишенные значенія, но трудно согласимые съ различіемъ движимостей и недвижимостей по ихъ природнымъ свойствамъ. Таковы, напр., опредѣленія французскаго (ст. 517) и многихъ другихъ новыхъ кодексовъ о недвижимостяхъ „по назначенію“ (par destination), превращающія движимости въ недвижимости для цѣлей, достиженіе которыхъ вовсе не требуетъ обращенія къ какимъ бы то ни было фикціямъ. Недвижимостями „по назначенію“ (ст. 524 Code civil) называютъ вещи, которыя, будучи по своей природѣ движимыми, разсматриваются, какъ недвижимыя только потому, что онѣ служатъ „принадлежностью“ того имѣнія, которое пострадало бы отъ признанія ихъ движимостями. Сюда принадлежатъ случаи раздѣла, принудительнаго исполненія, общности или раздѣльности супружескаго имущества и т. д., гдѣ имѣютъ въ виду избѣгнуть отдѣленія связанныхъ съ недвижимымъ имѣніемъ движимостей помимо воли собственника перваго и поэтому ставятъ эти движимости въ болѣе гарантированное юридическое положеніе недвижимостей. Но эта цѣль достигается уже тѣмъ, что „принадлежности“ слѣдуютъ, какъ мы увидимъ это ниже, судьбѣ главной вещи и не отдѣляются отъ нея помимо воли ея собственника. Какая же тогда надобность извращать природныя свойства вещей и обращаться къ фикціи недвижимости для движимостей [1])?

Объясненіе какъ приведеннаго, такъ и многихъ другихъ искусственныхъ опредѣленій европейскихъ законодательствъ, зачисляющихъ фиктивно

[1]) Planiol, ук. соч., стр. 697.

то движимости въ недвижимости, то недвижимости въ движимости, лежитъ въ томъ, что средневѣковое право не знало дѣленія вещей на движимости и недвижимости по ихъ природнымъ свойствамъ. Оно различало вещи, какъ мы это сейчасъ увидимъ, только по ихъ цѣнности и роли въ гражданскомъ оборотѣ. Поэтому и неудивительно, что при рецепціи римскаго ученія о движимостяхъ и недвижимостяхъ въ него были внесены съ помощью фикцій положенія, стоявшія въ сторонѣ отъ этого ученія и принадлежавшія другому порядку идей.

Это объясняетъ и распространеніе различія между движимостями и недвижимостями на права, которыя, не существуя въ пространствѣ и не будучи имъ ограничены, не могутъ быть въ дѣйствительности ни движимыми, ни недвижимыми. Въ основаніи этого распространенія лежатъ не столько потребности права, сколько обыденныя представленія о томъ, что противоположеніе движимостей недвижимостямъ есть, какъ будто, исчерпывающее и обнимающее весь составъ имущества, особенно въ отношеніи къ наслѣдству. Когда юристъ имѣетъ дѣло съ завѣщательнымъ распоряженіемъ, договоромъ или закономъ, гдѣ все имущество распредѣляется по категоріямъ движимостей и недвижимостей, то онъ не можетъ довольствоваться признаніемъ этихъ категорій нелогичными: ему необходимо пріурочить ихъ къ данному случаю, не выходя изъ предѣловъ своего положительнаго права.

Практика „общаго права“ Германіи выработала въ этомъ отношеніи слѣдующее правило: всѣ права, имѣющія своимъ предметомъ недвижимость, напр., недвижимая собственность, такое же владѣніе, предіальные сервитуты, эмфитевзисъ, суперфицій, реальныя повинности (Realgerechtigkeit), десятины и даже обязательственныя притязанія на недвижимыя вещи, отождествляемыя въ обыденной жизни съ правами на самую вещь, причисляются къ недвижимостямъ. Всѣ другія права, связанныя съ движимыми и даже недвижимыми вещами, если только права послѣдняго рода являются дополненіемъ къ обязательству или средствомъ къ его обезпеченію, какъ, напр, ипотека, считаются движимостями. Подобнымъ же образомъ, хотя и не безъ нѣкоторыхъ существенныхъ видоизмѣненій въ подробностяхъ, относятся къ этому вопросу и новыя законодательства, включая въ ихъ число какъ французскій кодексъ (Code civil, ст. 526, 529), саксонскій (§ 59, 60), прусскій (I, 2, § 7—9), нѣмецкое уложеніе 1900 г. (§§ 952, 1549, 1551 и друг.), такъ и нашъ Сводъ законовъ гражданскихъ (ст. 390, 416, 418, 419 X т. I ч.).

Такимъ образомъ, противоположеніе движимыхъ и недвижимыхъ вещей стало въ европейскомъ правѣ шире этого противоположенія въ римскомъ правѣ, гдѣ оно не выходило за предѣлы своей логической допустимости и ограничивалось, какъ это уже было замѣчено, кругомъ тѣлесныхъ вещей. Кромѣ того, въ европейскомъ правѣ это противоположеніе стало и глубже. Въ римскомъ правѣ оно опредѣлялось только

физическими свойствами переносимости или непереносимости вещи и имѣло, въ общемъ, такъ мало значенія, что къ обоимъ членамъ этого противоположенія, т.-е. къ движимостямъ и недвижимостямъ, примѣнялись, за немногими исключеніями—касавшимися, главнымъ образомъ, дѣйствія давности, распоряженія приданымъ и нѣкоторыхъ ограниченій земельныхъ сервитутовъ и владѣльческихъ средствъ защиты—однѣ и тѣ же юридическія нормы. Напротивъ, въ средневѣковомъ и новомъ правѣ это противоположеніе опредѣляется уже не физическими свойствами вещей, а ихъ общественно-экономическими функціями, и сопровождается такими важными различіями, которыя проводятъ рѣзкую грань между институтами, имѣющими мѣсто не столько въ недвижимыхъ и движимыхъ имуществахъ, сколько въ имуществахъ, принимаемыхъ за недвижимыя или движимыя по ихъ общественнымъ функціямъ.

Различіе въ этомъ отношеніи между римскимъ и европейскимъ правомъ находитъ свое объясненіе въ томъ, что натуральное хозяйство и землевладѣніе играли въ средніе вѣка,—а послѣднее продолжаетъ играть и въ настоящее время,—несравненно болѣе важную роль, чѣмъ это было въ древнемъ Римѣ. На землѣ и всемъ томъ, что стояло въ связи съ ней, покоились семья, община, феодальная организація и весь вообще строй среднихъ вѣковъ. Поэтому земля и была главной средневѣковой цѣнностью и получила характеръ связанности, неподвижности или „недвижимости“ въ этомъ именно смыслѣ—со всѣми вытекающими отсюда послѣдствіями: недѣлимостью, неотчуждаемостью и т. д. Напротивъ, движимости, за немногими исключеніями, имѣли мало значенія: слабое развитіе промышленности и торговли, вмѣстѣ съ рѣдкостью звонкой монеты, лишали ихъ почти всякой цѣнности. Вотъ почему средневѣковая классификація имуществъ, исходившая, подобно древнѣйшему раздѣленію вещей въ римскомъ правѣ на res mancipi и res nec mancipi, изъ различія полезности вещей [1]), остановилась не на признакѣ переносимости вещи, выработанномъ позднѣйшей юридической техникой, а на признакѣ прочности и способности вещи служить постоянной опорой и источникомъ постояннаго дохода. Имущества, отличавшіяся этими качествами, ставились особо и назывались heritage, Erbe, т.-е. наслѣдственнымъ имуществомъ, составлявшимъ основу благосостоянія именно потому, что это имущество было наиболѣе цѣнное, прочное и постоянное. Всѣ остальныя имущества, отнесенныя впослѣдствіи къ движимостямъ, отличались ничтожной цѣнностью и преходящимъ существованіемъ. Отсюда и характеристика движимостей, какъ res vilis, и не совпадающее съ римскимъ распредѣленіе имуществъ. Недвижимости разбиваются на двѣ части: наиболѣе важныя, прочныя и доставляющія постоянный доходъ причисляются къ наслѣдственному имуществу, снабжаются крѣпкими гаран-

[1]) Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 2-e éd., стр. 242—243.

тіями въ защитѣ и регулируются особыми нормами—главнымъ образомъ, при наслѣдственномъ переходѣ; другія, менѣе важныя и не столь прочныя, какъ, напр., сельскія постройки, амбары, конюшни, неплодоносныя деревья и т. д., образуютъ среднюю между недвижимостями и движимостями категорію (chatels или catеux въ средневѣковомъ французскомъ правѣ) и приравниваются во многихъ отношеніяхъ—особенно, въ томъ же наслѣдственномъ переходѣ—къ движимостямъ. Съ другой стороны, и выступающія впослѣдствіи цѣнныя движимости, какъ, напр., ренты и пріобрѣтаемыя покупкой должности, причисляются къ недвижимостямъ и окружаются такими же гарантіями, какъ и эти послѣднія.

Напротивъ, къ малоцѣннымъ движимостямъ средневѣковое право относится пренебрежительно, и то же отношеніе къ нимъ мы можемъ констатировать, въ видѣ переживанія, и въ новыхъ законодательствахъ, несмотря на то, что движимое имущество составляетъ уже давно главную часть народнаго богатства и уже поэтому исключаетъ примѣненіе къ себѣ средневѣковой поговорки: res mobilis, res vilis. Напр., какъ во французскомъ, такъ и въ большинствѣ европейскихъ кодексовъ, мы встрѣчаемся еще съ законами, ограничивающими право распоряженія отца и мужа только въ недвижимомъ имуществѣ малолѣтняго и жены, тогда какъ ихъ движимое имущество, могущее быть гораздо значительнѣе недвижимаго, остается неограженнымъ отъ произвольныхъ распоряженій тѣхъ же лицъ. И если французскій законъ 1880 г. вводитъ нѣкоторыя поправки въ это положеніе дѣла, то различіе въ гарантіяхъ недвижимой и движимой собственности въ ущербъ этой послѣдней продолжаетъ до сихъ поръ отличать какъ французское, такъ и всѣ другія европейскія законодательства [1]).

Въ общемъ, можно сказать, что движимости стали теперь подъ дѣйствіе господствовавшаго въ римскомъ правѣ принципа свободы распоряженія и заняли положеніе, аналогичное тому, которое принадлежало имъ и въ Римѣ. Напротивъ, недвижимая собственность, несмотря на всю тенденцію новаго времени къ ея мобилизаціи, не перестаетъ сохранять свое привилегированное положеніе между другими объектами физическаго обладанія, и самъ капиталъ ищетъ до сихъ поръ своего постояннаго утвержденія въ землевладѣніи. Вотъ почему средневѣковое противоположеніе между движимостью и недвижимостью не теряетъ своей силы, хотя и въ смягченной формѣ, до настоящаго времени.

Критерій, лежащій въ физическихъ свойствахъ тѣхъ и другихъ вещей, оказался неудовлетворительнымъ для среднихъ вѣковъ. Разрѣшая, напр., вопросъ: чѣмъ считать ренту, движимостью или недвижимостью, нельзя было руководствоваться соображеніями объ ея переносимости или непереносимости. Критерій для разрѣшенія подобныхъ вопросовъ брался,

[1]) Capitant, ук. соч., стр. 215—216.

какъ мы это видѣли, изъ функціи тѣхъ благъ, которыхъ принадлежность къ той или другой категоріи вещей требовала опредѣленія. Разъ было признано, что земля должна имѣть особое юридическое положеніе, характеризуемое, какъ право недвижимости, вслѣдствіе того, что она служила постояннымъ основаніемъ для существованія семьи, общины и т. д.,— отсюда слѣдовала сама собой квалификація юридической недвижимости и для всѣхъ благъ, которыя способны были служить той же общественной цѣли, исполнять ту же соціальную функцію, что̀ и земля. Недвижимостью стало, въ общемъ, все, что называется теперь постояннымъ или стоячимъ капиталомъ, а движимостью почитался оборотный капиталъ.

Правда, этотъ критерій не всегда выступалъ сознательно и часто перекрещивался съ римскимъ критеріемъ, который въ новыхъ законодательствахъ сталъ даже преобладающимъ. Но юридическое дѣленіе перестало вообще совпадать съ естественнымъ, и, то расширяя, то суживая римскій критерій, новыя законодательства стоятъ въ оцѣнкѣ различія между движимостями и недвижимостями скорѣе на средневѣковой германской, чѣмъ на римской точкѣ зрѣнія. Французскій кодексъ, напр., только и формулируетъ дѣленіе имуществъ, что̀ на движимыя и недвижимыя („Tous les biens sont meubles ou immeubles“, ст. 516 Code civil), и французскіе юристы, видя въ этомъ дѣленіи summa divisio rerum, отмѣчаютъ слѣдующія существенныя различія въ юридическомъ положеніи того и другого рода имуществъ по своему праву. а) Недвижимости подвергаются давности въ другихъ условіяхъ, чѣмъ движимости; пріобрѣтеніе собственности на недвижимости не обходится во многихъ случаяхъ безъ давности, тогда какъ пріобрѣтеніе собственности на движимости совершается, по общему правилу, моментально и безъ посредства какой бы то ни было давности. б) Владѣльческія средства защиты примѣняются только къ недвижимостямъ и не имѣютъ мѣста въ отношеніи къ движимостямъ. в) Отчужденіе недвижимостей происходитъ публично черезъ записку въ ипотечныя книги, тогда какъ отчужденіе движимостей не требуетъ, въ видѣ общаго правила, никакой публичности. г) Недвижимости, если онѣ находятся даже въ рукахъ иностранцевъ, стоятъ всегда подъ дѣйствіемъ французскихъ законовъ, чего нельзя сказать о движимостяхъ. д) Недвижимости, въ противоположность движимостямъ, способны къ ипотекѣ. е) Взысканіе съ недвижимаго имущества производится въ другомъ порядкѣ, чѣмъ съ движимаго. ж) Подсудность опредѣляется тамъ—по мѣсту нахожденія имущества, здѣсь—по мѣсту жительства отвѣтчика. з) Недвижимости не входятъ въ общее имущество супруговъ, тогда какъ движимости составляютъ это общее имущество и т. д. [1]).

Новое гражданское уложеніе Германіи удерживаетъ тоже важныя различія между правами въ недвижимостяхъ и движимостяхъ, обусловли-

[1]) Planiol, стр. 691—2.

ваемыя не только дѣйствіемъ ипотечной системы и различіемъ порядка взысканія въ тѣхъ и другихъ имуществахъ, но и особенностями имущественно-брачнаго права, договоровъ найма, аренды, права опеки и т. д. Нашъ Сводъ не даетъ общаго опредѣленія движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ, довольствуясь примѣрнымъ перечисленіемъ тѣхъ и другихъ: недвижимости—земля, всякія угодья, дома; движимости—мореходныя и рѣчныя суда, книги, рукописи, картины, скотъ и т. д. Но изъ ст. 401 (въ концѣ) и ст. 384 можно вывести и общій признакъ: связь съ землей — для недвижимостей, и отсутствіе этой связи или потеря ея, напр., хлѣбъ сжатый или въ зернѣ, лѣсъ срубленный и т. д.— для движимостей. Поэтому, хотя наша 384 ст. и говоритъ о недвижимыхъ имуществахъ „по закону“, но изъ дѣлаемаго какъ въ этой, такъ и въ другихъ статьяхъ нашего X т. перечисленія недвижимыхъ и движимыхъ имуществъ можно заключить, что это перечисленіе исходитъ изъ природныхъ свойствъ тѣхъ и другихъ имуществъ и совпадаетъ—по крайней мѣрѣ, въ отношеніи къ недвижимостямъ—съ представленіемъ французскаго кодекса (ст. 518) о недвижимостяхъ по ихъ „природѣ“ (immeubles par la nature) [1]). Но нашъ законъ относитъ къ движимымъ имуществамъ и наличные капиталы, и обязательства всякаго рода, хотя бы предметомъ ихъ была недвижимость (билеты кредитныхъ установленій), и права золотопромышленниковъ на золотые пріиски, и иски, вмѣстѣ съ тяжбами (ст. 402, 403). Этимъ постановленіямъ ставится справедливо въ упрекъ то, что они, во-1), упускаютъ изъ виду нѣкоторыя права, какъ, напр., аренду, причисляемую на этомъ основаніи сенатской практикой къ движимому имуществу, и, во-2), не различаютъ правъ по ихъ предмету, почему къ движимостямъ у насъ могли бы быть отнесены всѣ права [2]). Во всякомъ случаѣ, въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ прямого постановленія о примѣненіи различія между движимостями и недвижимостями къ безтѣлеснымъ вещамъ. Но что и нашъ Сводъ не ограничиваетъ этого различія однѣми тѣлесными вещами, а распространяетъ его на весь составъ имуществъ, это видно, во 1-хъ, изъ уже цитированныхъ нами ст. 416, 418 и 419, говорящихъ объ имуществахъ „наличныхъ и долговыхъ“ и разумѣющихъ подъ ними одинаково движимыя и недвижимыя имущества; во-2-хъ, слѣдуя при опредѣленіи тѣхъ и другихъ имуществъ методу перечисленія, и сознавая, очевидно, недостаточность этого метода, нашъ законодатель дополняетъ самъ въ цѣломъ рядѣ статей, которыя мы приведемъ нѣсколько ниже, недостаточность своего перечисленія и указываетъ на различныя „принадлежности“ движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ. Одна изъ этихъ статей (390), трактующая о принадлежностяхъ недвижимыхъ имуществъ, называетъ въ ихъ числѣ крѣпостные акты и

[1]) Дювернуа, стр. 626–627.

[2]) Васьковскій, Учебникъ гражд. права, I, стр. 79—80.

межевые планы, юридическое значеніе которыхъ заключается не въ нихъ самихъ, какъ тѣлесныхъ вещахъ, а въ свидѣтельствуемыхъ ими правахъ.

Различія, устанавливаемыя нашимъ законодательствомъ въ отношеніи къ праву на движимости и недвижимости, касаются, главнымъ образомъ, способовъ пріобрѣтенія, порядка наслѣдованія, содержанія ограниченій собственности въ томъ и другомъ имуществѣ, подсудности и т. д. Въ отношеніи къ способамъ пріобрѣтенія, недвижимости требуютъ крѣпостныхъ актовъ, засвидѣтельствованныхъ нотаріальнымъ порядкомъ; для движимостей довольно простой передачи или безформенной сдѣлки объ этой передачѣ (ст. 806 Уст. Торг. представляетъ единственное исключеніе: мореходныя суда въ первый разъ переходятъ по купчей крѣпости, а затѣмъ по особымъ надписямъ). Въ наслѣдственномъ правѣ при совмѣстномъ наслѣдованіи мужчинъ и женщинъ жена получаетъ $^1/_4$ движимости и $^1/_8$ недвижимости, сестра при братѣ—$^1/_8$ движимаго и $^1/_4$ недвижимаго имущества. Ограниченія земельной собственности въ ея содержаніи гораздо значительнѣе, чѣмъ ограниченія движимой собственности; напротивъ, ограниченія движимой собственности въ ея способахъ защиты несравненно значительнѣе, чѣмъ того же рода ограниченія въ недвижимой собственности. Съ подробностями и другими различіями права движимостей и недвижимостей мы ознакомимся ближе въ спеціальной части гражданскаго права.

6. Генерическія и индивидуально-опредѣленныя, замѣнимыя и незамѣнимыя, потребимыя и непотребимыя, тлѣнныя и нетлѣнныя вещи.

Первыя два противоположенія, касающіяся генерическихъ (genus) и индивидуально-опредѣленныхъ (species), замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ (res fungibiles и res non fungibiles) вещей, сходятся въ своемъ предметѣ, но расходятся въ способѣ его опредѣленія. Послѣднія два противоположенія, относящіяся къ потребимымъ и непотребимымъ, тлѣннымъ и нетлѣннымъ вещамъ, совпадаютъ другъ съ другомъ какъ въ предметѣ, такъ и въ способѣ его опредѣленія.

А) Категоріи генерическихъ и замѣнимыхъ вещей имѣютъ одинаково дѣло съ вещами въ ихъ родовыхъ свойствахъ, а категоріи индивидуально-опредѣленныхъ и незамѣнимыхъ вещей—съ вещами въ ихъ индивидуальныхъ свойствахъ. Тамъ мы беремъ тотъ или другой разрядъ вещей въ какомъ-либо изъ сходныхъ имъ всѣмъ качествѣ, такъ что всѣ различія ихъ другъ отъ друга оставляются безъ вниманія, и каждая изъ этихъ вещей признается воззрѣніями гражданскаго оборота способной замѣнять другую вещь того же разряда,—напр., извѣстнаго качества денежные знаки, строительные матеріалы, хлѣбъ, масло и т. д.

Здѣсь, напротивъ, мы имѣемъ дѣло съ вещами, разсматриваемыми со стороны тѣхъ качествъ, которыя различаютъ ихъ другъ отъ друга и дѣлаютъ неспособными къ замѣнѣ однѣхъ другими, — напр., внесенный въ ипотечныя книги земельный участокъ, домъ, данная скаковая лошадь и т. д. Различіе между генерическими и индивидуально-опредѣленными, съ одной стороны, и замѣнимыми и незамѣнимыми вещами, съ другой стороны — основано только на томъ, что указанная замѣнимость вещей можетъ опредѣляться либо субъективно т.-е. актами частной воли, либо объективно, т.-е. нормами права и воззрѣніями оборота. Въ первомъ случаѣ мы говоримъ о генерическихъ и индивидуально-опредѣленныхъ, во второмъ — о замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ вещахъ.

Утверждать, какъ это дѣлаютъ многіе, что частная воля можетъ сдѣлать всякую вещь замѣнимой, и наоборотъ, значитъ отдавать на произволъ индивидуальнаго усмотрѣнія всѣ нормы, касающіяся замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ вещей, и смѣшивать объективныя качества замѣнимости и незамѣнимости вещей съ указаніями индивидуальной воли только на предметъ исполненія данной юридической сдѣлки. Никакое опредѣленіе частной воли не можетъ превратить замѣнимую вещь въ незамѣнимую, и обратно, но ничто не препятствуетъ договаривающимся сторонамъ, въ ихъ сдѣлкахъ между собой, обозначать предметъ этихъ сдѣлокъ либо генерическими, либо индивидуальными признаками. Можно, напр., запродать 100 лошадей или 100 десятинъ земли, не указывая на индивидуальныя качества этихъ объектовъ, или отдать въ поклажу закрытый пакетъ съ деньгами. Но это не сдѣлаетъ ни выдѣляемыхъ лишь на данный случай замѣнимыхъ вещей индивидуальными, ни незамѣнимыхъ — генерическими, такъ какъ общія свойства замѣнимости и незамѣнимости устанавливаются оборотомъ, а не частной волей. Въ случаяхъ индивидуальнаго или генерическаго опредѣленія предмета сдѣлки дѣло идетъ не объ объективныхъ свойствахъ вещи, а объ абстракціи юридическаго отношенія, устанавливаемаго сторонами, иначе — о толкованіи юридической сдѣлки. Напротивъ, опредѣленіе замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ вещей по тѣмъ же ихъ индивидуальнымъ и родовымъ признакамъ есть вопросъ толкованія не столько сдѣлокъ, сколько воззрѣній оборота на хозяйственное значеніе тѣхъ или другихъ вещей. Однородные экземпляры такихъ объектовъ права, какъ, напр., деньги, хлѣбъ и т. д., не играютъ роли вещей-индивидовъ въ гражданскомъ оборотѣ и легко замѣняются другими, тогда какъ разные экземпляры такихъ вещей, какъ, напр., предметы искусства, цѣнятся въ своихъ индивидуальныхъ качествахъ и не допускаютъ замѣны другъ другомъ.

Такимъ образомъ, понятіе замѣнимости основано не на качествѣ, а на взаимномъ отношеніи однородныхъ вещей: замѣнимыя вещи отмѣчаются гражданскимъ оборотомъ только количественно, безъ вниманія къ ихъ качественнымъ различіямъ. И особенное значеніе между

ними денегъ объясняется тѣмъ, что эти послѣднія замѣняютъ не только другъ друга, но и всѣ другія вещи, насколько онѣ допускаютъ общую оцѣнку на деньги. Такое объективное, на основаніи оборотныхъ воззрѣній, опредѣленіе замѣнимыхъ вещей мы находимъ въ римскомъ правѣ, которое называло ихъ вещами, оцѣниваемыми въ оборотѣ съ точки зрѣнія счета, мѣры и вѣса (res, quae pondere, numero, mensura consistunt, l. 1 § 2 D. 44,7), и это же опредѣленіе перешло теперь въ буквальномъ переводѣ въ ст. 91 новаго нѣмецкаго уложенія.

Оба указанныя противоположенія вещей интересуютъ одно обязательственное, но не вещное право: это послѣднее возможно лишь въ индивидуально-опредѣленныхъ и незамѣнимыхъ вещахъ, тогда какъ генерическія и замѣнимыя вещи представляютъ собой не столько реальныя вещи, сколько цѣнности и абстракціи отъ существующихъ въ природѣ вещей-индивидовъ, имѣющія значеніе только въ отношеніяхъ обязательственнаго права. Здѣсь должникъ, обязательство котораго имѣетъ своимъ предметомъ генерическія или замѣнимыя вещи, исполняетъ это обязательство, если онъ доставляетъ кредитору любые экземпляры должнаго имъ рода вещей, и многіе институты обязательственнаго права, какъ, напр., заемъ, переводъ долга, проценты и т. д., прямо предполагаютъ генерическія или замѣнимыя вещи; другіе, какъ, напр., ссуда, поклажа, имѣютъ мѣсто только при незамѣнимыхъ вещахъ или представляютъ, по крайней мѣрѣ, большія различія, смотря по тому, въ какой изъ этихъ категорій вещей они находятъ себѣ примѣненіе. Понятія замѣнимости и незамѣнимости переносятъ иногда отъ вещей и на дѣйствія, причемъ замѣнимыми называютъ тѣ дѣйствія, которыя могутъ быть совершены и всякимъ третьимъ лицомъ.

Б) Противоположеніе потребимыхъ и непотребимыхъ вещей основано на свойствѣ потребимости или непотребимости, составляющемъ такое же юридическое, а не физическое свойство вещей, какъ и ихъ замѣнимость или незамѣнимость. Въ природѣ вообще нѣтъ непотребимыхъ или противостоящихъ дѣйствію времени вещей, и если въ правѣ принимается, тѣмъ не менѣе, особая категорія „потребимыхъ“ вещей, то въ нее зачисляются вещи, заключающія въ себѣ не столько возможность, сколько необходимость потребимости, такъ что всякій актъ пользованія этими вещами есть, въ то же время, и актъ ихъ потребленія или уничтоженія.

Правда, существуютъ вещи, которыми нельзя пользоваться и по ихъ природнымъ свойствамъ иначе, какъ подвергая ихъ уничтоженію: таковы, напр., съѣстные припасы, вино, табакъ и т. д. Но право принимаетъ за равно потребимыя вещи и деньги, хотя онѣ, если имѣть въ виду, особенно, звонкую монету, непотребимы въ естественномъ смыслѣ этого слова и наиболѣе противостоятъ порчѣ. Ими нельзя пользоваться иначе, какъ отдавая или отчуждая ихъ изъ своего имущества, и, поэтому,

рядомъ съ физическимъ потребленіемъ или уничтоженіемъ вещи при ея пользованіи, мы знаемъ еще юридическое потребленіе, состоящее въ отчужденіи. Въ этомъ случаѣ можно говорить объ относительной потребимости, такъ какъ предметъ отчужденія, переставая существовать для того, кто его отчуждаетъ, продолжаетъ жить въ лицѣ того, кому онъ отчуждается. И что потребимость вещи не всегда совпадаетъ съ ея природными свойствами, это легко удостовѣрить на слѣдующихъ примѣрахъ. Можно ссудить монеты для выставки ихъ у мѣнялы или фрукты для украшенія ими стола; монеты и фрукты будутъ въ этихъ случаяхъ непотребимыми вещами, такъ какъ они отданы въ ссуду не для потребленія, а для иного рода пользованія. Точно также я могу одолжить какую-нибудь книгу для прочтенія и требовать возвращенія мнѣ того же экземпляра книги, такъ какъ онъ можетъ имѣть для меня особенную цѣнность, и книга не уничтожается отъ того пользованія, которому она служитъ при чтеніи. Но книгопродавецъ, занимающій у другого книгопродавца заказанную ему книгу, можетъ вернуть своему коллегѣ любой экземпляръ того же изданія, такъ какъ для книгопродавцевъ всѣ экземпляры одного изданія имѣютъ равную цѣнность, и они занимаются однимъ книгопродавцомъ у другого не для чтенія, а для продажи, т.-е. потребленія въ юридическомъ смыслѣ. Слѣдов., одна и та же вещь можетъ быть какъ потребимой, такъ и непотребимой, смотря по цѣли, которой она служитъ, и мы можемъ утверждать, что понятіе потребимости не совпадаетъ съ физическимъ потребленіемъ или уничтоженіемъ вещи, обнимая собой какъ расходованіе ея, такъ и распоряженіе ею. Въ этомъ смыслѣ потребимыя вещи опредѣлялись еще въ римскомъ правѣ, какъ res, quae usu consumuntur vel minuntur (D. de usufr., 7,5) и продолжаютъ приблизительно такъ же опредѣляться и въ современныхъ законодательствахъ.

Французскіе юристы, комментируя ст. 587 своего кодекса, которая относитъ къ потребимымъ вещамъ не только зерно, напитки, но и деньги, подчеркиваютъ то свойство этихъ вещей, которое состоитъ, съ одной стороны, въ ихъ уничтоженіи путемъ пользованія, и, съ другой — въ невозможности повторенія актовъ распоряженія ими. Точно также и нѣмецкое уложеніе 1900 г. (§ 92) называетъ потребимыми такія движимыя вещи, которыхъ употребленіе, соотвѣтствующее ихъ назначенію, состоитъ въ томъ, чтобы быть потребленными или отчужденными. Поэтому, приравнивая, съ одной стороны, отчужденіе къ потребленію, оно исключаетъ, съ другой стороны, изъ числа потребимыхъ въ юридическомъ смыслѣ вещей платье, бѣлье, рабочіе инструменты и т. п. вещи, хозяйственное назначеніе которыхъ, несмотря на ихъ подверженность порчѣ, состоитъ въ томъ, что ими пользуются, а не въ томъ, что ихъ потребляютъ или расходуютъ [1]). Но если поль-

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines BGB, III, стр. 34.

зованіе и этими вещами сопровождается ихъ уничтоженіемъ, какъ мы наблюдаемъ это, напр., при пользованіи бумажными воротниками, рукавчиками и т. д., то толкованіе по цѣли закона должно приравнять и эти вещи къ потребимымъ [1]). Поэтому же, если нѣкоторыя изъ потребимыхъ вещей, какъ, напр., вино, масло, табакъ и т. д., сходятся съ замѣнимыми и генерическими вещами, то во многихъ случаяхъ эти категоріи вещей и расходятся. Правда, что, въ видѣ общаго правила, потребимыя вещи суть вмѣстѣ съ тѣмъ и замѣнимыя, и обратно, такъ что встрѣчающееся въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, какъ, напр., въ голландскомъ, испанскомъ и др., смѣшеніе тѣхъ и другихъ вещей не представляетъ большихъ практическихъ неудобствъ. Но что такое смѣшеніе неправильно, это можно видѣть въ тѣхъ случаяхъ, когда замѣнимыя вещи не подвергаются уничтоженію путемъ пользованія, а потребимыя теряютъ свойство замѣнимости. Случаи перваго рода даютъ намъ металлическіе товары, шрифты и т. п. вещи, которыя, не отличаясь въ своихъ отдѣльныхъ экземплярахъ, остаются въ то же время непотребимыми вещами, такъ какъ пользованіе ими не предполагаетъ уничтоженія. Тоже слѣдуетъ сказать о равноцѣнныхъ земельныхъ участкахъ на извѣстной территоріи, предоставляемыхъ обществами колонизаціи своимъ эмигрантамъ: эти участки будутъ замѣнимы, но не потребимы. Случаи второго рода мы имѣемъ, хотя бы, при исключительныхъ урожаяхъ винограда и вина на мѣстахъ, опустошенныхъ послѣ данныхъ ими урожаевъ филоксерой: вино этихъ урожаевъ будетъ незамѣнимо и, въ то же время, потребимо [2]). Рѣшающимъ критеріемъ здѣсь, какъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ, служатъ нормы объективнаго права и обычныя воззрѣнія гражданскаго оборота.

Практическое значеніе противоположенія между потребимыми и непотребимыми вещами выступаетъ особенно при институтахъ пользованія (usus-fructus) и имущественныхъ отношеніяхъ семейнаго права. Право пользованія на непотребимую вещь отдѣлимо отъ собственности на нее и можетъ принадлежать другому лицу, чѣмъ ея собственникъ, который въ правѣ требовать возвращенія этой вещи въ томъ же видѣ, въ какомъ она была предоставлена другому лицу. Напротивъ, право пользованія на потребимую вещь неотдѣлимо отъ собственности на нее, такъ какъ оно идетъ до уничтоженія вещи и само переходитъ въ собственность, не вызывая обязанности возвращенія этой вещи въ ея индивидуальномъ качествѣ. Невозможное здѣсь право пользованія въ томъ смыслѣ, въ какомъ оно примѣняется къ непотребимымъ вещамъ, замѣняется особой юридической комбинаціей, которая называется quasi-usufructus, и съ которой мы ознакомимся при изученіи вещнаго права. Въ семейномъ правѣ мужу и

---

[1]) Leonhard, Der Allgemeine Theil des BGB, стр. 176.

[2]) Planiol, ук. соч., стр. 684—686.

отцу, въ отношеніи къ находящемуся въ ихъ управленіи и пользованіи имуществу жены и дѣтей, предоставлено право потребленія и отчужденія всѣхъ состоящихъ въ этомъ имуществѣ потребимыхъ вещей.

В) Дѣленіе вещей на тлѣнныя и нетлѣнныя составляетъ особенность нашего законодательства, которое не упоминаетъ ни о генерическихъ и индивидуально-опредѣленныхъ, ни о замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ, ни о потребимыхъ и непотребимыхъ вещахъ, и не ставитъ никакого опредѣленія даже для выдѣляемыхъ имъ въ особыя категоріи тлѣнныхъ и нетлѣнныхъ вещей, довольствуясь однимъ перечисленіемъ входящихъ въ эти категоріи вещей. Ст. 405 X т. I ч. относитъ въ разрядъ вещей нетлѣнныхъ: золото, серебро, каменья, посуду, галантерейныя вещи; въ разрядъ тлѣнныхъ—жемчугъ, мѣховыя и другія платья, съѣстные и всякіе припасы, подверженные скорой порчѣ. Но что въ основаніе этого перечисленія нельзя класть, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ изъ нашихъ цивилистовъ, только способность или неспособность вещи къ порчѣ, это видно, съ одной стороны, изъ причисленія въ разрядъ тлѣнныхъ такихъ различныхъ по степени подверженности порчѣ вещей, какъ жемчугъ и съѣстные припасы; съ другой—изъ помѣщенія вещей, приблизительно по прочности своей почти одинаковыхъ, какъ, напр., галантерейныхъ товаровъ и платья, въ разныя категоріи. Если принять во вниманіе еще явное несоотвѣтствіе редакціи нашего закона съ содержаніемъ тѣхъ указовъ, которые послужили его источникомъ, и многочисленные слѣды вліянія на наше законодательство французскаго и другихъ европейскихъ кодексовъ, то изъ сказаннаго можно заключить, что противоположеніе тлѣнныхъ и нетлѣнныхъ вещей имѣетъ въ нашемъ законѣ тотъ же смыслъ, что и противоположеніе потребимыхъ и непотребимыхъ вещей въ европейскихъ законодательствахъ. Практическій интересъ этого противоположенія связывается въ нашемъ правѣ только съ отношеніями опеки и конкурса, въ которыхъ тлѣнныя имущества подлежатъ немедленной продажѣ (ст. 277 X т. I ч., ст. 522 Уст. Торг. и ст. 625 Уст. Гражд. Суд.) [1].

7. Вещи дѣлимыя и недѣлимыя, и составъ вещи.

А) Юридическое понятіе дѣлимости, какъ и юридическое понятіе потребимости вещей, не совпадаетъ съ ихъ физической дѣлимостью. Если физически дѣлимыми, равно какъ и физически потребимыми, могутъ быть признаны, внѣ атомистической гипотезы, всѣ существующія въ природѣ вещи, то юридически дѣлимы только тѣ изъ нихъ, которыя можно разложить на такія однородныя части, общая цѣнность которыхъ была бы не меньше цѣнности цѣлой вещи. Эти части должны сохранять и про-

[1] Анненковъ, ук. соч., стр. 278—280.

должать существо цѣлаго, не теряя ничего изъ своей пропорціональной въ отношеніи къ цѣлому цѣнности; и насколько подобное дѣленіе вещи невыполнимо, настолько вещь остается юридически недѣлимой („res quae sine damno dividi possunt", l. 30 D. 26, 2—по римскому праву; соотвѣтствующее опредѣленіе въ § 752 новаго германскаго кодекса).

Въ этомъ смыслѣ недѣлимы всѣ живыя существа и большинство индивидуально-опредѣленныхъ движимыхъ вещей, какъ, напр., конь, корабль, драгоцѣнные камни и т. д., но не доски, не слитки золота и иныхъ металловъ, и массы однородныхъ вещей, какъ, напр., песка, жидкостей, газовъ, и не матеріалы, изъ которыхъ строится, напр., домъ. Дѣлимы, по общему правилу, и земельные участки, отдѣльныя части которыхъ могутъ составить особое владѣніе (ст. 393 X т. I ч.) путемъ простого разграниченія или записи этихъ частей въ ипотечныя книги. И обратно: самостоятельные земельные участки могутъ быть объединены въ одинъ участокъ большого размѣра и сдѣланы составными частями слитаго изъ нихъ цѣлаго. Но дѣлимость земельныхъ участковъ, какъ и всѣхъ юридически-дѣлимыхъ вещей, не безгранична и останавливается у предѣла, за которымъ земельный участокъ при дальнѣйшемъ дробленіи утратилъ бы свое значеніе, какъ таковой, въ смыслѣ господствующихъ хозяйственныхъ представленій и отношеній. Дѣлимы и недѣлимы, наконецъ, права, смотря по тому, дѣлимъ или недѣлимъ ихъ предметъ. Поэтому къ дѣлимымъ обязательствамъ, въ частности, принадлежатъ денежныя; къ недѣлимымъ— договоры порученія, личнаго найма и т. д. Вещи, дѣлить которыя запрещено закономъ (заповѣдныя имѣнія, крестьянскія надѣльныя земли и др.), будутъ тоже недѣлимы въ юридическомъ смыслѣ, и сюда относятся опредѣленія нашего законодательства въ ст. 394 X т. I ч., ст. 474 и 476 т. VII Уст. Гор., ст. 927 т. IX и проч.

Приведеннымъ постановленіямъ нашего закона ставятъ справедливо въ упрекъ то, что они говорятъ о дѣлимости только недвижимыхъ имуществъ и, перечисляя нераздѣльныя недвижимости (ст. 394 X т. I ч.), опускаютъ въ своемъ перечисленіи такіе виды ихъ, какъ, напр., дома и различныя строенія, недѣлимость которыхъ не можетъ быть предметомъ сомнѣнія и по смыслу нашихъ законовъ. Кромѣ того, раздѣльность недвижимыхъ имуществъ опредѣляется такимъ признакомъ (способность быть предметомъ особаго владѣнія, ст. 393 X т. I ч.), на основаніи котораго всѣ имущества могли бы быть признаны раздѣльными, причемъ нераздѣльными называются и дворы, которые тутъ же разрѣшается дѣлить (прим. къ ст. 394) [1]). Наконецъ, въ нашихъ законахъ не указано и на два важнѣйшихъ послѣдствія различія раздѣльныхъ и нераздѣльныхъ иму-

[1]) Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права, I, стр. 45 — 49. Анненковъ, стр. 266 — 276. Змирловъ, О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ, стр. 90 и слѣд.

ществъ. Первое состоитъ въ томъ, что части, на которыя разбивается раздѣльное имущество, повторяютъ юридическую природу цѣлаго и не только получаютъ полную самостоятельность, слѣдуя каждая своей собственной судьбѣ, но могутъ быть предметомъ особыхъ правъ и до своего выдѣленія изъ цѣлаго, тогда какъ нераздѣльныя имущества, не допуская дробленія на части, не допускаютъ никакой самостоятельности и своихъ частей, слѣдующихъ во всемъ судьбѣ цѣлаго. Второе послѣдствіе состоитъ въ возможности для владѣльцевъ раздѣльнаго имущества обойти форму общей собственности, такъ какъ каждый изъ этихъ владѣльцевъ есть единоличный собственникъ своей части въ раздѣльномъ имуществѣ, тогда какъ при нераздѣльномъ имуществѣ общая собственность въ идеальныхъ доляхъ цѣнности этого имущества является единственной формой осуществленія права, принадлежащаго нѣсколькимъ участникамъ въ этомъ правѣ: они не могутъ выйти изъ этого отношенія иначе, какъ оцѣнивъ на деньги свои доли участія въ нераздѣльномъ имуществѣ и распредѣливъ между собой полученную по этой оцѣнкѣ сумму.

И главный интересъ понятія дѣлимости для права лежитъ не въ приведенныхъ выше положеніяхъ римскаго и европейскихъ законодательствъ, имѣющихъ дѣло только съ физической дѣлимостью и такъ или иначе ее ограничивающихъ. Опредѣляющая для права идея цѣли ведетъ, при недопущеніи въ указанныхъ выше условіяхъ дѣлимости въ физическомъ смыслѣ, къ признанію, такъ сказать, идеальной дѣлимости, представляющей собой не дѣленіе вещи на ея составныя части, а дѣленіе права на эту вещь въ доляхъ, принадлежащихъ въ этомъ правѣ нѣсколькимъ лицамъ. Это—продолженіе общности въ правѣ, доли котораго суть не что-либо тѣлесное, не физическія части вещи, остающейся нераздѣльной, а частичныя права въ этой вещи, получаемыя абстракціей отъ ея хозяйственной цѣнности. Пока этой хозяйственной цѣнностью пользуются въ ея цѣломъ, до тѣхъ поръ немыслимо установленіе отдѣльныхъ вещныхъ правъ въ физическихъ частяхъ этого цѣлаго: нельзя, напр., имѣть отдѣльныя права собственности въ передней и задней части лошади, или обладать отдѣльными правами собственности въ частяхъ имѣнія, выступающаго въ оборотѣ, какъ одно цѣлое. Но если въ томъ и другомъ случаѣ невозможны отдѣльныя права собственности въ физическихъ частяхъ одного и того же цѣлаго, то въ этомъ же цѣломъ возможна общая собственность двухъ или нѣсколькихъ лицъ по соразмѣрности долей участія каждаго изъ этихъ лицъ въ общемъ имъ правѣ. И большой интересъ понятія дѣлимости для юриста лежитъ именно въ такихъ случаяхъ, когда цѣлое продолжаетъ существовать, а части — все равно, физическія (partes pro diviso) или идеальныя (partes pro indiviso)— дѣлаются предметомъ особыхъ отъ цѣлаго юридическихъ отношеній. Для объясненія этого положенія дѣла необходимо опредѣлить точно понятіе составной части или состава вещи.

Б) Подъ составомъ вещи разумѣется все, что̀ не можетъ существовать безъ чего-либо другого, и что́, въ связи съ этимъ другимъ, образуетъ единство вещи, въ смыслѣ господствующихъ на это единство воззрѣній гражданскаго оборота. Каждая вещь слагается въ единство изъ такого состава, и все, что затрогиваетъ это единство, затрогиваетъ естественно и его составъ; на этомъ основана важность понятія состава вещи для права. Но нельзя утверждать, что всякая неотдѣленная отъ цѣлаго и принадлежащая къ его составу вещь—только потому, что она представляется составной частью цѣлаго,—должна необходимо и во всѣхъ отношеніяхъ раздѣлять судьбу этого послѣдняго, что въ ней невозможно имѣть права, не захватываемыя правомъ на цѣлую вещь. Правда, такой точки зрѣнія держалось римское право, строго проводившее принципъ соотвѣтствія единства вещи единству права, и до такой степени подчинявшее праву цѣлаго его части, что это исключало, если не обязательственныя, то всѣ вещныя права въ какихъ бы то ни было частяхъ цѣлаго.

Поэтому въ римскомъ правѣ нельзя было имѣть особыхъ вещныхъ правъ ни на неотдѣленные плоды вещи, ни на драгоцѣнный камень врозь отъ кольца, въ которое онъ вправленъ, ни на колеса врозь отъ экипажа, которому они служатъ составными частями; и даже наличное уже право прекращало свое существованіе, если его предметъ, напр., строительный матеріалъ, дѣлался составной частью другой вещи, напр., дома. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ допускался вещный искъ только по отдѣленіи составной части отъ цѣлаго, но собственникъ строительнаго матеріала не могъ требовать этого отдѣленія и долженъ былъ довольствоваться полученіемъ двойной стоимости своего матеріала (actio de tigno junctо in duplum). Принципъ этого рѣшенія усвоенъ, какъ мы это уже знаемъ, и новыми законодательствами, которыя видятъ какъ въ строительныхъ матеріалахъ, такъ и въ другихъ вещахъ, обезразличиваемыхъ въ составѣ цѣлаго, несамостоятельныя части этого цѣлаго, не могущія до своего отдѣленія отъ него служить предметомъ особыхъ вещныхъ правъ. Но они же рѣшительно отказываются разсматривать всѣ составныя части вещи, какъ такія, въ которыхъ не можетъ быть установлено отдѣльныхъ отъ цѣлаго вещныхъ правъ, и слѣдуютъ скорѣе принципамъ средневѣковаго права, допускавшимъ, въ соотвѣтствіи съ потребностями жизни, особыя вещныя права—по крайней мѣрѣ, на такія части вещи, которыя не исключали возможности обособленнаго господства надъ собой. И, хотя общимъ правиломъ, со времени рецепціи римскаго права въ Германіи, стало то, что въ составныхъ частяхъ вещи нельзя имѣть никакихъ особыхъ вещныхъ правъ, обычное право и партикулярныя законодательства пробили это правило множествомъ исключеній, допустивъ особое право собственности на зданія, даже крѣпко связанныя съ землей, принадлежащей другому собственнику, особую собственность и другія вещныя права на произведенія земли и прочіе плоды,

еще до отдѣленія ихъ отъ плодоприносящей вещи, и, наконецъ, особыя права собственности на отдѣльные этажи, комнаты и погреба въ одномъ и томъ же домѣ [1]).

Прусскій Landrecht [2]), вмѣстѣ съ австрійскимъ и многими другими европейскими кодексами, расходящимися другъ отъ друга по настоящему вопросу лишь въ незначительныхъ деталяхъ, отличаютъ составныя части, представляющія собой „субстанцію“ вещи, т.-е. части, безъ которыхъ цѣлое не можетъ существовать,—напр., стѣны и крышу въ домѣ, колеса и жернова на мельницѣ, деревья въ лѣсу и т. д.,—и составныя части, не представляющія собой такой „субстанціи“, т.-е. части, которыя могутъ быть отдѣлены другъ отъ друга безъ того, чтобы цѣлое и эти части разрушались или измѣнялись въ своемъ существѣ. Въ послѣднемъ случаѣ части вещи настолько цѣнны сами по себѣ, что могутъ служить предметомъ особыхъ правъ, и никакая юридическая логика не препятствуетъ установленію отдѣльныхъ правъ на такія составныя части и до отдѣленія ихъ другъ отъ друга. Въ первомъ случаѣ, когда отдѣленіе составныхъ частей отъ цѣлаго производитъ разрушеніе или существенное измѣненіе какъ цѣлаго, такъ и этихъ частей, то не логика, а соображенія цѣлесообразности не допускаютъ въ нихъ и особыхъ вещныхъ правъ. Признаніе такихъ правъ благопріятствовало бы здѣсь раздѣламъ, которыхъ послѣдствіемъ было бы обезцѣненіе или уменьшеніе цѣнности раздѣляемыхъ имуществъ.

Вотъ рѣшающая для практики точка зрѣнія, которая можетъ обойтись и безъ неопредѣленнаго понятія „субстанціи вещи“. Она принята на дѣлѣ и новымъ нѣмецкимъ уложеніемъ, напрасно только затемняющимъ ее неудачной терминологіей и еще болѣе неудачными иллюстраціями къ этой терминологіи. Это уложеніе выдѣляетъ въ особую категорію такъ наз. имъ „существенныя составныя части“ вещи (wesentliche Bestandtheile) и примѣняетъ къ нимъ римскій принципъ отрицанія особыхъ вещныхъ правъ съ еще бо́льшей строгостью, чѣмъ это дѣлали римскіе юристы. Опредѣляя „существенныя составныя части“, какъ „такія части, которыя не могутъ быть отдѣлены другъ отъ друга безъ того, чтобы одна изъ нихъ не была разрушена или измѣнена въ своемъ существѣ“ (§ 93), оно, хотя и стоитъ на необходимой здѣсь хозяйственной точкѣ зрѣнія, но оттѣняетъ ее, въ отличіе отъ прусскаго и другихъ законодательствъ, значеніемъ не составныхъ частей для цѣлаго, а цѣлаго для составныхъ частей, и иллюстрируетъ далѣе этотъ оттѣнокъ своей точки зрѣнія такими опредѣленіями, которыя рѣзко расходятся съ господствующими хозяйственными воззрѣніями на взаимное отношеніе между существенными и несущественными частями вещи. Нѣмецкое уложеніе считаетъ, напр.,

[1]) Gierke, Deutsch. Privr., II, стр. 40—42.

[2]) См. особенно § 221, 1, 9. Stobbe, Handb., II, стр. 283 и слѣд. Huber, Syst., III, стр. 240, IV, стр. 695 и слѣд.

поверхность земли, принадлежащую данному земельному участку, его несущественной частью, такъ какъ эта поверхность можетъ быть раздѣлена всегда на самостоятельные участки, и причисляетъ, въ то же время, къ „существеннымъ частямъ“ земельнаго участка его неотдѣленные плоды и непреходящаго типа постройки (§ 94), дѣлая и въ этомъ случаѣ поворотъ къ римскому праву противъ современныхъ воззрѣній, которыя едва-ли можно примирить съ признаніемъ какого-нибудь растенія на земельномъ участкѣ его „существенной частью“ и отказомъ въ такомъ признаніи его богатѣйшимъ полямъ, лугамъ и т. д. Тѣмъ не менѣе, и нѣмецкое уложеніе признаетъ вполнѣ особыя вещныя права въ несущественныхъ частяхъ вещи, которыя, хотя и не опредѣляются прямо закономъ, но могутъ быть опредѣлены на его же основаніи à contrario, какъ такія составныя части, которыхъ отдѣленіе не разрушаетъ и не измѣняетъ существа ни цѣлой вещи, ни ея частей. Сюда можно отнести бесѣдки, заборы, части однородныхъ жидкостей и твердыхъ массъ, кольцо и оправленный въ него камень, экипажъ и его колеса, книгу и ея переплетъ, бочку и содержащееся въ ней вино и т. д. Въ случаяхъ сомнѣнія пріобрѣтеніе вещи и распоряженіе ею касаются и этихъ частей, не требуя въ отношеніи къ нимъ особаго доказательства ни собственности, ни права распоряженія. Но такъ какъ въ этихъ частяхъ возможны и отдѣльныя отъ цѣлаго вещныя права, то эти послѣднія не прекращаютъ своего существованія противъ воли управомоченнаго лица и въ томъ случаѣ, когда самостоятельная до того вещь дѣлается несамостоятельной частью другой вещи.

Такимъ образомъ, не неопредѣленное понятіе „субстанціи вещи“ и не еще болѣе сбивчивыя опредѣленія нѣмецкаго уложенія о „существенныхъ частяхъ“ вещи, а одна лишь оцѣниваемая гражданскимъ оборотомъ способность или неспособность составныхъ частей вещи служить выраженіемъ самостоятельной цѣнности — можетъ дать и критерій для признанія или непризнанія въ нихъ особыхъ вещныхъ правъ. Во всякомъ случаѣ, при относительности понятій „самостоятельнаго“ и „несамостоятельнаго“, „существеннаго“ и „несущественнаго“, казуистика этихъ понятій представляетъ затрудненія и должна быть предоставлена такту и свободной оцѣнкѣ судьи. Здѣсь почти все будетъ вопросомъ факта, и то, что въ одномъ мѣстѣ принимается за самостоятельную вещь, можетъ быть въ другомъ мѣстѣ несамостоятельной частью вещи, и обратно. Дернбургъ въ своемъ курсѣ имперскаго гражданскаго права свидѣтельствуетъ, что въ прирейнскихъ провинціяхъ печь не считается существенной частью дома, такъ какъ каждый квартирантъ вноситъ ее, вмѣстѣ съ остальной движимостью, въ свою квартиру и точно также выноситъ изъ нея, тогда какъ въ другихъ мѣстностяхъ Германіи, и это можетъ быть особенно примѣнено къ нашему климату, квартира безъ печи была бы скорѣе сараемъ, чѣмъ жилымъ

помѣщеніемъ. Равнымъ образомъ и ванна, принимаемая за существенную часть хорошихъ квартиръ въ большихъ городахъ, представляется роскошью для менѣе избалованныхъ комфортомъ нанимателей квартиръ въ маленькихъ городахъ, и не можетъ играть въ нихъ роли существенной части дома.

Идеальныя доли въ вещи, остающейся нераздѣльной, отличаются отъ ея составныхъ частей своей безтѣлесностью и представляются, какъ это было уже замѣчено, не вещами, а абстракціями цѣнности участія двухъ или многихъ лицъ въ общемъ имъ правѣ. Эти идеальныя доли могутъ состоять, въ свою очередь, изъ меньшихъ долей, которыя обнимаются, въ видѣ общаго правила, правомъ на всю долю, въ ея цѣломъ, но допускаютъ установленіе въ себѣ и особыхъ правъ,—только не вещныхъ, такъ какъ эти послѣднія предполагаютъ тѣлесный объектъ [1]).

Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ особыхъ опредѣленій о составѣ вещи, и по этому вопросу намъ приходится сослаться только на приведенныя выше постановленія о составныхъ вещахъ и совокупностяхъ вещей, равно какъ и на опредѣленія о главныхъ вещахъ и ихъ принадлежностяхъ, къ которымъ мы теперь и переходимъ.

8. Главная вещь и принадлежность.

Если нѣсколько самостоятельныхъ вещей складываются, въ виду какой-нибудь хозяйственной цѣли, въ единство, то главной вещью называютъ ту, которая существуетъ сама по себѣ и составляетъ непосредственный предметъ юридическаго отношенія, устанавливаемаго въ совокупности данныхъ вещей, тогда какъ принадлежностью будетъ та вещь, которая служитъ лишь въ помощь главной вещи и дополняетъ ее, вступая въ то же юридическое отношеніе не непосредственно, а въ силу своей связи съ главной вещью. Отсюда видно, что отношеніе между главной вещью и ея принадлежностью есть видъ объединенія существующихъ самостоятельно вещей, который отличается самостоятельностью своихъ единицъ отъ состава вещи, поглощающаго эти единицы, и подчиненіемъ одной вещи другой отъ разсмотрѣнныхъ выше видовъ объединенія также самостоятельныхъ вещей, изъ которыхъ, однако, ни одна не подчинена другой, и всѣ одинаково самостоятельны (это — такъ назыв. совокупности вещей [2]).

Идея настоящаго различія въ вещахъ лежитъ въ томъ, что одна вещь, присоединяясь къ другой, служитъ хозяйственной цѣли этой послѣдней и увеличиваетъ ея цѣнность. Право содѣйствуетъ экономической,

---

[1]) Regelsberger, стр. 385—392. Gierke, тамъ же, стр. 47 — 48. Crome, стр. 277—283. Eck, стр. 100—107. Dernburg, тамъ же, стр. 16 – 21.

[2]) См. выше, стр. 588—591.

какъ и всякой иной культурѣ общества, и не можетъ поэтому не признать и не регулировать и этотъ видъ объединенія вещей, подымающій экономическую культуру и имѣющій объективное основаніе. Это значитъ, что отношеніе между главной вещью и ея принадлежностью не вызывается исключительно субъективнымъ усмотрѣніемъ, а опредѣляется цѣлью права, которая не противится и здѣсь распоряженіямъ частной воли, но если такихъ распоряженій не сдѣлано, то выражается въ объективныхъ нормахъ или предписаніи суду руководствоваться и въ этомъ вопросѣ воззрѣніями гражданскаго оборота. Поэтому понятія главной вещи и принадлежности, наравнѣ съ понятіями совокупности и состава вещей, не только субъективны, но и подчинены опредѣленіямъ объективнаго права и воззрѣніямъ гражданскаго оборота [1]).

Понятія главной вещи и принадлежности предполагаютъ связанность вещей, вытекающую изъ фактическаго служенія однѣхъ изъ нихъ другимъ, и имѣютъ уже поэтому, рядомъ съ субъективнымъ, и объективное основаніе. Въ теоріи и практикѣ „общаго права“ Германіи господствовалъ другой взглядъ, по которому одна вещь могла быть произвольно сдѣлана принадлежностью другой и безъ фактической связи съ этой послѣдней. Принадлежности раздѣлялись на „законныя“, (презумптивныя) и „произвольныя“, и объективныя качества вещи явно смѣшивались съ субъективными опредѣленіями ея назначенія путемъ юридическихъ сдѣлокъ. Сдѣланныя при продажѣ, залогѣ или завѣщаніи указанія на подчиненіе однѣхъ вещей другимъ, въ смыслѣ слѣдованія тѣхъ и другихъ одной и той же судьбѣ, не даютъ первымъ качества принадлежностей послѣднихъ — по крайней мѣрѣ, за предѣлами данной сдѣлки. Иначе нормы, созданныя для принадлежностей, были бы примѣнены къ отношеніямъ, на которыя онѣ не разсчитаны. Эти нормы служатъ теперь не только пособіемъ къ толкованію юридическихъ и, особенно, обязательственныхъ сдѣлокъ, какъ это было въ римскомъ правѣ, но опредѣляютъ и взаимную связь вещей, другъ друга пополняющихъ и разрѣшающихъ въ своей связи тѣ хозяйственныя задачи, которыя принимаются объективнымъ правомъ подъ свою защиту [2]).

Поэтому главная вещь и ея принадлежности составляютъ какъ бы одно цѣлое, и такъ какъ носителемъ этого цѣлаго является главная вещь, то общность ея хозяйственной цѣли съ таковой же ея принадлежностей выражается обыкновенно такимъ положеніемъ: принадлежности слѣдуютъ за главной вещью (accessorium sequitur principale). Но въ отличіе отъ состава вещи, гдѣ подчиненіе части цѣлому таково, что одно не мыслится безъ другого, и все, что касается цѣлаго, обнимаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и его части, принадлежности сохраняютъ значеніе самостоятель-

[1]) Kohler, Lehrbuch des B. R., I, стр. 474; его же, Pertinenzen въ Iahrb. f. Dogm., 1888, B. XXVI, стр. 3 и слѣд.

[2]) Gierke, II, стр. 75. Regelsberger, стр. 389.

ныхъ вещей, и правило о слѣдованіи ихъ судьбѣ главной вещи терпитъ многочисленныя ограниченія. Принадлежность можетъ имѣть иного собственника, чѣмъ главная вещь, и быть предметомъ залога или сервитута независимо отъ главной вещи — такъ же, какъ и главная вещь можетъ быть предметомъ залога и сервитута независимо отъ своей принадлежности. Различно можетъ быть и теченіе давности для главной вещи и ея принадлежностей. И если юридическія отношенія, имѣющія мѣсто въ главной вещи, распространяются, по общему правилу, и на ея принадлежности, то права въ этихъ послѣднихъ третьихъ лицъ остаются неприкосновенными.

Служебное отношеніе принадлежности къ главной вещи выражается не въ томъ, что первая дѣлаетъ возможнымъ пользованіе второй — такое служебное отношеніе характеризуетъ составныя части вещи,—а въ томъ, что принадлежность только увеличиваетъ полезность главной вещи, и это увеличеніе можетъ касаться даже не матеріальной, а одной нравственной или эстетической стороны пользованія ею. Если двѣ вещи служатъ общей цѣли безъ того, чтобы какая-либо изъ нихъ принималась въ гражданскомъ оборотѣ за главную вещь, то о принадлежности не можетъ быть рѣчи: таковы, напр., пара сапогъ, вилка и ножъ, шахматная доска и шахматныя фигуры и т. д. Съ другой стороны, не требуется и такого отношенія между главной вещью и принадлежностью, при которомъ первая могла бы обходиться безъ второй; напр., пивовареніе не обходится безъ бочекъ, составляющихъ его принадлежности, и фабрика—безъ машинъ, такъ же принимаемыхъ часто за принадлежности фабрики [1]). Поэтому принадлежность можетъ быть не только связана физически, но и разъединена съ главной вещью: таково, напр., положеніе лодки при поземельномъ участкѣ, двойныхъ рамъ при окнахъ, ключей при замкѣ и т. д., и такъ какъ окна и замки суть составныя части дома, то двойныя рамы и ключи будутъ принадлежностями и этого послѣдняго. Недостатокъ физической связи замѣняется здѣсь осуществленіемъ хозяйственнаго единства, которое должно быть постояннымъ, а не преходящимъ, и такое именно служеніе одной вещи цѣлямъ другой, внѣ отношенія составной части къ цѣлому, имѣетъ рѣшающее значеніе для понятія принадлежности. Вотъ почему принадлежность и опредѣляютъ, обыкновенно, какъ вещь, которая, не будучи составной частью другой, стоитъ къ ней въ постоянномъ служебномъ отношеніи (§ 97 нѣмецкаго уложенія).

Такимъ образомъ, понятіе принадлежности характеризуется, съ одной стороны, положительнымъ моментомъ, которымъ оно сходится съ понятіемъ состава вещи: принадлежность, вмѣстѣ съ главной вещью, должна составлять въ обыденномъ смыслѣ одну вещь; съ другой стороны, въ немъ есть и отрицательный моментъ, которымъ принадлежность отличается отъ составной

[1]) Regelsberger, стр. 388.

части вещи: принадлежность должна быть связана съ другой вещью такъ, чтобы ни она сама, ни эта другая вещь не теряла и безъ нея необходимыхъ признаковъ самостоятельной вещи. Иллюстрируя сказанное примѣромъ, мы можемъ взять отношеніе между домомъ и садомъ: садъ украшаетъ домъ, стоитъ къ нему въ служебномъ отношеніи и составляетъ съ нимъ, какъ будто, одно цѣлое; но домъ можетъ существовать и безъ сада, какъ и садъ безъ дома, а потому садъ и будетъ принадлежностью дома. Точно также и футляръ для перстня или очковъ не будетъ составной частью ни перстня, ни очковъ, какъ и громоотводъ, и удобреніе не будутъ составными частями ни дома, ни поземельнаго участка. Все это—принадлежности, которыя смѣшивались прежде съ составными частями вещи только потому, что въ этихъ послѣднихъ допускались такія же самостоятельныя права, какъ и въ принадлежностяхъ; и разъ тѣ и другія раздѣляли судьбу цѣлаго, когда это не противорѣчило установленнымъ въ нихъ особымъ отъ цѣлаго правамъ, то смѣшеніе было вполнѣ понятно и не имѣло практической важности. Поэтому не только теорія „общаго права“, но и многія новыя законодательства, какъ, напр., прусское, австрійское и др. (къ нимъ присоединилось, какъ мы увидимъ, и наше законодательство), называютъ принадлежности частями вещи и, въ лучшемъ случаѣ, отличаютъ ихъ, какъ добавочныя или несущественныя части, отъ главныхъ или существенныхъ частей [1]).

Но въ современномъ правѣ юридическое положеніе составныхъ частей вещи и ея принадлежностей различно, и разграниченіе того и другого понятія необходимо. Оно невыполнимо по признаку физической связи въ составѣ вещи и отсутствія этой связи въ отношеніи принадлежности къ главной вещи: мы знаемъ составныя части, могущія вести самостоятельное существованіе, и принадлежности, физически связанныя съ главной вещью. Принадлежности соприкасаются, въ своемъ хозяйственномъ значеніи, такъ близко съ составными частями вещи, что пограничная линія между тѣми и другими можетъ быть проведена лишь въ самомъ общемъ смыслѣ. И, напр., Регельсбергеръ не находитъ возможнымъ установить ее иначе, какъ считая составомъ вещи все то, что необходимо съ точки зрѣнія гражданскаго оборота для ея существованія, а принадлежностью—всѣ другія приложенія къ ней, насколько они входятъ въ то же единство вещи. Кирпичи, лѣстница, двери, окна и т. д. суть составныя части, такъ какъ безъ нихъ не можетъ существовать дома; напротивъ, двойныя рамы, ставни, жалюзи, громоотводъ и т. д., сообщаютъ ему только извѣстное совершенство и будутъ поэтому его принадлежностями [2]). Во всякомъ случаѣ, разграниченіе составныхъ частей вещи отъ ея принадлежностей есть въ значительной мѣрѣ вопросъ факта, и для того,

---

[1]) Unger, стр. 437—440.
[2]) Ibid., стр. 391—392.

чтобы узнать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, что̀ считать и чего нѐ считать принадлежностью данной вещи, необходимо изслѣдовать связь этой вещи съ той, объ юридической квалификаціи которой ведется споръ. Само собой разумѣется, что качество принадлежности обусловлено господствующими въ данномъ мѣстѣ и въ данное время воззрѣніями гражданскаго оборота, обусловленными, въ свою очередь, климатомъ, уровнемъ народнаго благосостоянія, развитіемъ ремеслъ, торговли и т. д. Поэтому неудивительно, что и содержаніе понятія принадлежности постоянно колеблется не только отъ одного народа къ другому, но и отъ различныхъ состояній права у одного и того же народа, и что современныя воззрѣнія на принадлежности расходятся съ рѣшеніями римскихъ юристовъ. Мы придаемъ больше значеніе той хозяйственной цѣли, которой̀ служитъ вещь, и считаемъ, напр., вопреки римскому праву, принадлежностями земельнаго участка состоящіе при немъ скотъ, запасы удобренія, сѣна и другихъ продуктовъ, насколько все это относится къ хозяйству на данномъ участкѣ, и точно также считаемъ принадлежностями фабрикъ имѣющіяся при нихъ бочки, посуду и машины, насколько эти послѣднія не представляются ихъ составными частями. Важное различіе въ этомъ отношеніи между римскимъ и современнымъ правомъ состоитъ въ томъ, что римскій оборотъ былъ много ограниченнѣе современнаго и разсматривалъ, какъ принадлежности, только небольшое число малоцѣнныхъ вещей, служившихъ въ помощь пользованію другими, болѣе цѣнными вещами, въ качествѣ ихъ „quasi-partes“, т.-е. „какъ бы составныхъ частей“. Значительно расширенный оборотъ нашего времени принимаетъ за принадлежности несравненно бо̀льшее число вещей и, при квалификаціи ихъ, какъ принадлежностей, обращаетъ такъ мало вниманія на моментъ цѣнности, что принадлежности многихъ вещей, какъ, напр., поземельныхъ участковъ, фабрикъ и т. д., могутъ имѣть теперь гораздо болѣе цѣнности, чѣмъ тѣ вещи, которыхъ онѣ являются принадлежностями.

Особенно широко было представленіе о принадлежностяхъ въ средніе вѣка, когда всякій оттѣнокъ имущественныхъ отношеній, особенно̀ по землевладѣнію, имѣлъ опредѣляющее значеніе какъ для общественнаго положенія, такъ и для правоспособности каждаго [1]) Принадлежностью называлось тогда все, что такъ или иначе принадлежало какой-нибудь вещи: сюда входили поэтому и ея составныя части. Это представленіе перешло отчасти и въ нашъ разговорный языкъ, не имѣющій, однако, юридическаго значенія, такъ какъ мы связываемъ юридическія послѣдствія только съ болѣе тѣснымъ и опредѣленнымъ понятіемъ принадлежности. Не то было въ средніе вѣка, когда, вмѣсто опредѣленнаго понятія принадлежности, мы встрѣчаемъ только перечисленіе вещей, переходящихъ по разнымъ сдѣлкамъ изъ рукъ въ руки, вмѣстѣ съ главной вещью, слу-

[1]) Gierke, ibid., стр. 71. Heusler, Inst., I, § 72.

жащей предметомъ этихъ сдѣлокъ. Это перечисленіе обнимаетъ при передачѣ зданій все, что съ ними крѣпко связано („was erd-mauer-niet-und nagelfest ist"), а при передачѣ земельныхъ участковъ—не только ихъ хозяйственный инвентарь изъ скота, сельско-хозяйственныхъ запасовъ и орудій, но и принадлежащихъ къ нимъ же рабовъ, крѣпостныхъ, равно какъ вотчинныя повинности и всѣ второстепенныя земли, состоящія при данномъ имѣніи: его лѣса, пастбища, воды и т. д. [1]). Изъ такихъ перечисленій возникаютъ впослѣдствіи юридическія презумпціи, соединяющія переходъ по различнымъ сдѣлкамъ этихъ принадлежностей и безъ того, чтобы онѣ въ нихъ перечислялись, и особое значеніе получаетъ положеніе, по которому всякая движимость, присоединяемая къ недвижимости, дѣлается этимъ самымъ недвижимостью, попадающей и въ ипотечныя книги [2]). На этомъ именно основаніи французскій кодексъ (art. 517), вмѣстѣ со множествомъ другихъ законодательствъ, ставитъ на ряду съ недвижимостями по ихъ „природѣ" (immeubles par leur nature) и недвижимости какъ „по назначенію" (immeubles par leur destination), такъ и „по предмету", къ которому онѣ „прилагаются" (par l'objet auquel ils s'appliquent). Ст. 524 и 525 того же кодекса причисляютъ къ недвижимостямъ „по назначенію" не только рабочій скотъ, сѣмена и земледѣльческія орудія, но и голубей въ голубятнѣ, собакъ въ псарнѣ, рыбъ въ прудахъ, пчелъ въ ульяхъ и т. д., а ст. 526 относитъ къ недвижимостямъ „по предмету приложенія": узуфруктъ недвижимости, земельные сервитуты и иски, которыми защищается недвижимость [3]). Новое нѣмецкое уложеніе тоже освящаетъ чуждый римскому праву принципъ, по силѣ котораго принадлежности слѣдуютъ судьбѣ главной вещи въ отношеніяхъ не только обязательственнаго, но и вещнаго права. Въ то же время оно даетъ, съ одной стороны, болѣе точное опредѣленіе понятія принадлежности, основанное на указанныхъ выше признакахъ этого понятія, и съ другой—ограничиваетъ это понятіе, въ противоположность большинству европейскихъ законодательствъ, однѣми движимыми вещами и не распространяетъ его на права (§ 97). Въ этомъ отношеніи, какъ и во многихъ другихъ, нѣмецкое уложеніе стоитъ ближе къ римской, чѣмъ германской точкѣ зрѣнія, которая сосредоточивалась на принадлежностяхъ недвижимыхъ имуществъ и трактовала

---

[1]) Такую типическую формулу перехода принадлежностей вмѣстѣ съ главной вещью даетъ примѣрно слѣдующій Цюрихскій документъ 820 г.: „Haec omnia vero donaverunt cum mancipiis, aedificiis, terris, agris, pratis, pascuis, silvis, in montibus et vallibus, aquis aquarumque decursibus, cultis et incultis, questis et inquirendis, cum ingressibus et exitibus et omnibus ad illa praedia et loca pertinentibus". Huber, System und Geschichte des schweizerrichen Rechts, IV, стр. 689.

[2]) Stobbe, Handb., стр. 620—623.

[3]) Huber, ук. соч., III, стр. 28—29.

ихъ движимыя принадлежности, какъ недвижимости, тогда какъ римское право, если и допускало примѣненіе этого отношенія къ недвижимостямъ, то не подводило подъ него ни хозяйственнаго инвентаря, ни вотчинныхъ повинностей [1]).

Что касается нашего законодательства, то оно не даетъ понятія и довольствуется перечисленіемъ принадлежностей различныхъ видовъ недвижимыхъ имуществъ: населенныхъ имѣній (ст. 386 X т. I ч.), просто недвижимыхъ имуществъ (ст. 387), фабрикъ и заводовъ (ст. 388), домовъ (ст. 389), заповѣдныхъ наслѣдственныхъ имѣній (ст. 391) и т. д. Сопоставляя эти законы,—которые называютъ между принадлежностями недвижимыхъ имѣній: рѣки, озера, пруды, болота, мосты, плотины, мельницы и даже церкви, а между принадлежностями домовъ: „части оныхъ...“, неотдѣлимыя отъ зданія безъ поврежденія послѣдняго,—сопоставляя эти законы съ тѣсно связанными съ ними положеніями о „существѣ и пространствѣ права полной собственности на землю“ (ст. 424—430 X т. I ч.), которыя относятъ къ принадлежностямъ и „всѣ произведенія земли на поверхности ея, все, что заключается въ нѣдрахъ ея, воды, въ предѣлахъ ея находящіяся“ (ст. 424), и „всѣ плоды, доходы, прибыли, приращенія и выгоды, и все то, что трудомъ и искусствомъ его (владѣльца) произведено въ томъ имуществѣ“ (ст. 425), и, наконецъ, намывы рѣкъ, вновь образующіеся въ нихъ острова, обнажающееся русло рѣки, сокрытыя въ землѣ сокровища (ст. 426—430) и т. д.,—легко прійти къ слѣдующему заключенію. Нашъ Сводъ не выдѣляетъ понятія принадлежности въ самостоятельное понятіе гражданскаго права и смѣшиваетъ въ немъ различные элементы публичнаго и гражданскаго права: территорію и частное землевладѣніе, составъ и принадлежности вещи, обладаніе и пріобрѣтеніе, плодоприносящія вещи и ихъ плоды. Все это сливается въ одно безразличное цѣлое, возникшее изъ разновременныхъ указовъ, изданныхъ въ интересахъ привилегированныхъ сословій, и изъ различныхъ межевыхъ инструкцій, топографическія задачи которыхъ заступили мѣсто разработки и расчлененія понятій гражданскаго права. Несмѣтное содержаніе явленій, перечисленныхъ въ приведенныхъ сейчасъ статьяхъ нашего X т., представляетъ собой не вещь, не недвижимость, а „цѣлую землю ханаанскую, въ которой есть все: настоящая палестина“ [2]). Замѣтимъ еще, что перечисленіе принадлежностей въ нашемъ законѣ, какъ и всякое перечисленіе, не можетъ быть исчерпывающимъ. Кромѣ того, оно не свободно и отъ противорѣчій (ср., напр., ст. 386 и 389), и наша сенатская практика, опираясь на общіе признаки перечисленныхъ принадлежностей, относитъ къ нимъ не только вещи, указанныя въ законѣ, но и всѣ тѣ, которыя стоятъ въ

---

[1]) Dernburg, ibid., III, стр. 22—27. Kuhlenbeck, ук. соч., I, стр. 278—279. Eck, ук. соч., I, стр. 107—109. Crome, ibid., стр. 281—284.

[2]) Дювернуа, стр. 636.

тѣсной механической, органической, юридической или хозяйственной связи съ главной вещью (рѣш. 1884 г. № 75).

Слѣдованіе принадлежности юридической судьбѣ главной вещи можно считать установленнымъ и для нашего права ст. 424, 399 п. 4, 620, 622 и слѣд. X. т. I ч. Первая изъ этихъ статей говоритъ, что „по праву полной собственности на землю, владѣлецъ ея имѣетъ право на всѣ произведенія на поверхности находящіяся и на все, что заключается въ нѣдрахъ ея... словомъ, на всѣ ея принадлежности". Вторая—объявляетъ родовымъ имуществомъ дома и зданія, построенныя на родовой землѣ, а послѣднія—обязываютъ незаконнаго владѣльца чужого имущества къ выдачѣ его собственнику со всѣми принадлежностями, приращеніями и доходами. См. еще ст. 1110 Уст. гражд. судопр. О принадлежностяхъ движимыхъ вещей нашъ законъ вовсе не упоминаетъ, если оставить въ сторонѣ ст. 431 X т. I ч., касающуюся понятія плода, а не принадлежности. Наконецъ, подобно противоположенію между движимостями и недвижимостями, понятіе принадлежности распространено нашимъ закономъ отъ тѣлесныхъ и на безтѣлесныя вещи (ст. 390 X т. I ч.).

9. Плоды.

Отъ состава и принадлежности вещи нужно строго отличать ея плоды. Это названіе заимствовано изъ латинскаго обозначенія соотвѣтствующаго ему понятія словомъ fructus. Самое же понятіе плода отвѣчаетъ потребности различать вещи по способу пользованія ими и согласовать съ этимъ различіемъ то или иное содержаніе права.

Вещамъ, которыми мы пользуемся непосредственно или путемъ потребленія, противополагаются вещи, которыя сохраняютъ свою цѣлость въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени, захватывающаго иногда нѣсколько поколѣній, и которыя служатъ намъ не столько сами по себѣ, сколько своей продуктивной силой или производными отъ нея выгодами. Эти вещи, которыя называютъ плодоприносящими, даютъ постоянный, т.-е. правильно возвращающійся доходъ, не терпя замѣтнаго ущерба въ своемъ существѣ, и это обстоятельство дѣлаетъ возможнымъ передачу пользованія ими отъ одного лица другому. Извлекаемый этимъ путемъ постоянный доходъ называютъ плодомъ, понятіе котораго обнимаетъ поэтому всѣ тѣ случаи, когда мы имѣемъ пользованіе постояннымъ доходомъ вещи безъ ущерба для ея существа. И этому понятію принадлежитъ несомнѣнно общее значеніе, такъ какъ имъ опредѣляется вопросъ, на какія вещи, производныя отъ другой, имѣетъ право лицо, пользующееся въ данный моментъ этой другой вещью. Извлеченіе изъ нея новыхъ вещей составляетъ цѣль пользованія этой вещью, и насколько ея плоды суть новыя вещи, предназначенныя по своемъ отдѣленіи отъ нея

къ самостоятельному существованію, настолько они отличаются отъ ея составныхъ частей. Эти послѣднія могутъ получить такую же самостоятельность, но могутъ и не получить ее, не предполагая и не заключая такой самостоятельности въ своемъ понятіи. Отсюда и другое важное различіе плодовъ отъ состава вещи: юридическія отношенія въ цѣлой вещи всегда распространяются на ея части и продолжаются въ нихъ, тогда какъ плоды обнимаются этими юридическими отношеніями только до своего отдѣленія отъ плодоприносящей вещи. Послѣ этого отдѣленія они подвергаются лишь извѣстному вліянію тѣхъ же юридическихъ отношеній, но не опредѣляются ими и могутъ слѣдовать своей собственной судьбѣ, отличной отъ судьбы плодоприносящей вещи [1]). Въ этомъ смыслѣ плоды стоятъ ближе къ принадлежностямъ вещи, различаясь, однако, и отъ нихъ, съ одной стороны, своей постоянной связью съ плодоприносящей вещью, вовсе не необходимой для понятія принадлежности, и съ другой—своимъ такъ же чуждымъ этому послѣднему качествомъ составной части плодоприносящей вещи до отдѣленія отъ нея.

Важнѣйшій вопросъ въ ученіи о плодахъ есть вопросъ о томъ, какія вещи считать плодами, и какія—нѣтъ. Господствующее въ прежней юриспруденціи мнѣніе, удерживаемое еще многими законодательствами и, особенно, французскимъ, различаетъ „естественные плоды отъ „гражданскихъ“ и понимаетъ подъ первыми только органическія произведенія плодоприносящей вещи (Code civ., art. 583). Сюда подойдетъ, напр., приплодъ домашнихъ животныхъ, ихъ молоко, шерсть и т. д. Но можно-ли считать и навозъ этихъ животныхъ ихъ органическимъ произведеніемъ? И будутъ-ли пшеница, картофель, фруктовыя деревья, лѣсъ и т. д., продуктами земли? Пшеница выходитъ изъ сѣмянъ, и вся органическая жизнь требуетъ для своего роста не только земли, но также воды, воздуха, солнца. Поэтому все, что растетъ на землѣ, не есть ея исключительный продуктъ, но это—ея плодъ. Еще менѣе можно называть органическими произведеніями земли добываемые въ ней торфъ, глину, песокъ, камни и т. д., хотя все это—ея плоды, представляющіе собой такой же постоянный доходъ, какъ и сельско-хозяйственные продукты.

Такимъ образомъ, плодъ въ юридическомъ смыслѣ есть не то, что плодъ въ естественномъ смыслѣ, и квалификація перваго изъ этихъ понятій признакомъ органической связи съ плодоприносящей вещью [2]) не можетъ быть правильна уже потому, что юридическое понятіе плода опирается не на біологическіе, а на хозяйственные факты. Въ хозяйственной же жизни различаютъ капиталъ и приносимый имъ постоянный доходъ.

---

[1]) Windscheid-Kipp, I, стр. 175. Hölder, стр. 15—78.

[2]) Защитѣ этого опредѣленія и представленія о плодѣ, какъ части плодоприносящей вещи, посвящено сочиненіе Göppert'a, Ueber die organischen Erzeugnisse, 1869.

Капиталъ служитъ основой производства и не составляетъ по своей цѣли предмета потребленія. Напротивъ, доходъ предназначенъ къ тому, чтобы доставлять средства для удовлетворенія текущихъ потребностей жизни и идетъ преимущественно на потребленіе. Этотъ постоянно возвращающійся доходъ и составляетъ содержаніе юридическаго понятія плода, отличнаго въ этомъ отношеніи отъ дохода, доставляемаго физическимъ трудомъ и различными видами духовной дѣятельности, не представляющими собой имущества и имѣющими дѣло съ вещью, какъ сырымъ матеріаломъ, а не какъ производящимъ факторомъ новыхъ вещей [1]).

На хозяйственную основу понятія плода указываетъ и распространенія этого понятія отъ тѣлесныхъ вещей на права, плоды которыхъ называютъ „гражданскими“ или „юридическими“ (fructus civiles) и опредѣляютъ, какъ постоянный доходъ, приносимый вещью черезъ посредство какого-либо юридическаго отношенія или юридической сдѣлки, напр., владѣнія, отношенія между родителями и дѣтьми, договоровъ найма, аренды, займа и т. д. Арендная плата и $^0/_0$ отъ займа считаются плодами устанавливаемыхъ арендным и заемным договорами правъ, которыя принимаются, въ свою очередь, за плодоприносящія вещи. Очевидно, здѣсь дѣло не въ физическомъ извлеченіи одной вещи изъ другой, а только въ аналогичномъ такому извлеченію процессѣ, принадлежащемъ хозяйственной жизни. Какъ тѣлесныя вещи служатъ цѣлямъ своихъ управомоченныхъ и тѣмъ, что, сохраняя, въ общемъ свою цѣлость, онѣ доставляютъ имъ извѣстные тѣлесные плоды, такъ и безтѣлесныя права служатъ хозяйственнымъ цѣлямъ своихъ субъектовъ тѣмъ, что, оставаясь неизмѣнными, и они въ извѣстныхъ условіяхъ даютъ опредѣленный доходъ, идущій на удовлетвореніе текущихъ потребностей. И хозяйственная точка зрѣнія на плоды послѣдняго рода оттѣняется особенно тѣмъ, что къ нимъ относятъ не всякій доходъ, а лишь тотъ, который соотвѣтствуетъ назначенію лежащаго въ его основаніи права, такъ что $^0/_0$ по займу, превышающіе принятую въ данномъ мѣстѣ норму $^0/_0$, или рубка лѣса за тѣмъ предѣломъ, который установленъ правилами лѣсного хозяйства, не будутъ плодами ни займа, ни пользованія лѣсомъ. Эта точка зрѣнія переносится и на тѣлесные плоды, которыми считаютъ не все, что извлекается изъ вещи, а лишь то, что составляетъ ея постоянный и правильно возвращающійся доходъ: таковымъ будетъ, напр., жатва посѣяннаго зерна или рубка лѣса по участкамъ въ условіяхъ правильнаго лѣсного хозяйства, но не случайныя выгоды отъ сваленнаго на землю бурей дерева въ лѣсу. Поэтому же и такія составныя части земельнаго участка, какъ его каменный уголь, торфъ, глина, песокъ и т. д., дѣлаются плодами только тогда, когда разработка

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, III, стр. 32—36.

этихъ продуктовъ соотвѣтствуетъ ихъ назначенію въ данномъ хозяйствѣ [1]).

Но если естественные и гражданскіе плоды сходятся въ томъ, что они одинаково предполагаютъ продуктивное имущество и правильно поступающій отъ него доходъ, въ соотвѣтствіи съ хозяйственнымъ назначеніемъ этого имущества, то за этимъ сходствомъ выступаютъ и существенныя различія. Во-1), гражданскіе плоды, въ отличіе отъ естественныхъ, даются не плодоприносящей вещью, а устанавливаемымъ въ ней юридическимъ отношеніемъ, и они сами представляютъ собой не вещь, а требованіе вещи: наемная плата не извлекается изъ отданной внаймы вещи, а только заступаетъ пользованіе ею. Во-2), гражданскіе плоды съ самаго начала самостоятельны и квалифицируются, какъ плоды, только потому, что они состоятъ въ извѣстномъ юридическомъ отношеніи, тогда какъ естественные плоды представляются сначала только составными частями плодоприносящей вещи и получаютъ самостоятельность не ранѣе, какъ по отдѣленіи отъ этой послѣдней. Поэтому къ естественнымъ плодамъ и примѣняются нормы, разсчитанныя не только на плоды, но и на составныя части вещи. Къ гражданскимъ плодамъ нормы о составѣ вещи не имѣютъ никакого отношенія [2]). Наконецъ, въ-3), большинство европейскихъ законодательствъ, и, въ ихъ числѣ, французскій и слѣдующіе за нимъ кодексы, различаютъ естественные и гражданскіе плоды болѣе всего въ отношеніи къ способамъ ихъ пріобрѣтенія при такъ наз. узуфруктѣ, т.-е. вещномъ правѣ пользованія какой-либо вещью, отдѣленномъ отъ собственности на нее. Естественные плоды пріобрѣтаются такъ наз. перцепціей, или овладѣніемъ, т.-е. они дѣлаются собственностью управомоченнаго на нихъ лица (узуфруктуарія) съ того момента, въ который этотъ послѣдній собираетъ ихъ лично, или черезъ своихъ людей (Code civ., art. 604). Напротивъ, гражданскіе плоды пріобрѣтаются изо дня въ день (jour par jour), т.-е. путемъ раздѣленія годового дохода на 365 или 366 равныхъ частей и предоставленія узуфруктуарію только такого числа этихъ частей, которое соотвѣтствуетъ продолжительности его права пользованія; остальныя части дохода поступаютъ къ собственнику. Но такое распредѣленіе дохода между узуфруктуаріемъ и собственникомъ происходитъ только въ годы открытія и прекращенія узуфрукта, тогда какъ доходы промежуточныхъ лѣтъ поступаютъ къ узуфруктуарію полностью (art. 586).

Стоитъ еще отмѣтить, что точка зрѣнія постояннаго дохода съ вещи или права, какъ опредѣляющая для понятія плода, проводится съ особенной силой именно французской юриспруденціей, несмотря на приведенное выше законодательное опредѣленіе естественныхъ плодовъ, какъ

---

[1]) Crome, ibid., стр. 305—306.

[2]) Windscheid-Kipp, стр. 718—719. Regelsberger, стр. 396.

органическихъ продуктовъ плодоприносящей вещи. Продукты вещи, не представляющіе свойства періодичности, не даютъ понятія дохода въ экономическомъ смыслѣ: они не даютъ и понятія плода въ юридическомъ смыслѣ. Поэтому плодами не считаются ни оставшіеся послѣ разрушеннаго дома матеріалы, ни деревья, идущія на срубъ не въ очередь при правильномъ лѣсномъ хозяйствѣ, ни камни изъ каменоломни, открытой послѣ установленія узуфрукта на содержащее ее имѣніе, ни кладъ, найденный въ землѣ собственника. Все это — не постоянный доходъ, а потому и не плодъ [1]).

Нѣмецкая юриспруденція имѣетъ возможность опереть чисто хозяйственную точку зрѣнія на плоды и на законодательныя опредѣленія. Прусскій Landrecht (§ 220 I, 9) называетъ плодами всѣ виды пользованія, лежащіе въ естественномъ порядкѣ вещей, а новое уложеніе сливаетъ органическую точку зрѣнія съ хозяйственной и приходитъ къ очень широкому понятію плода. Въ него включены: во-1), органическіе продукты вещи, даже безъ отношенія къ своему хозяйственному назначенію; во-2), всѣ другіе (неорганическіе) продукты, получаемые изъ вещи согласно ея назначенію, и даже съ поврежденіемъ ея существа; въ-3), плоды права, обнимающаго и естественные плоды его предмета; и, въ-4), гражданскіе плоды, доставляемые вещью или правомъ въ силу какой-нибудь юридической сдѣлки (§ 99) [2]). Это слишкомъ широкое понятіе плода смягчается спеціальными постановленіями на случаи, когда кто-либо иной, чѣмъ собственникъ вещи, пользуется ея плодами, или обязанность къ возврату плодовъ основана не на юридическимъ отношеніи: въ этихъ случаяхъ плоды возвращаются въ видѣ одного чистаго дохода, т.-е. за вычетомъ издержекъ производства и другихъ расходовъ (§ 103, 581, 993 и др.), такъ что нѣмецкое уложеніе принимаетъ во многихъ случаяхъ понятіе плода и въ тѣсномъ смыслѣ чистаго дохода [3]).

Вопросъ о распредѣленіи плодовъ между различными и въ различное время управомоченными на нихъ лицами — нѣмецкое уложеніе разрѣшаетъ, въ общемъ, по образцу римскаго и слѣдующаго этому послѣднему французскаго права въ приведенной выше ст. 586 Code civ. Этотъ вопросъ представляетъ особую важность въ виду того, что большинство плодовъ возникаетъ, какъ мы это уже видѣли, періодически и, притомъ, въ различные сроки: пшеница зрѣетъ лѣтомъ, виноградъ осенью, лѣсъ при правильномъ лѣсномъ хозяйствѣ даетъ плоды черезъ еще болѣе значительные промежутки времени, наемная и арендная плата поступаетъ то за годъ, то за полгода и т. д. Такъ же стоитъ дѣло и съ расходами по хозяйству, налогами и т. п. За кѣмъ признать право на плоды и обязанность нести расходы, если происходитъ смѣна управомоченныхъ на эти плоды или

[1]) Planiol, стр. 895—6. Baudry-Lacantinerie, I, стр. 830—855.
[2]) Endemann, Lehrbuch des B R., I, стр. 240—241. Eck, ibid., стр. 110—115.
[3]) Crome, ibid., стр. 306—308.

обязанныхъ къ этимъ расходамъ лицъ въ тотъ періодъ времени, когда эти плоды должны поступить въ хозяйство, и эти расходы быть оплачены? Напр., собственникъ продаетъ имѣніе, состоящее въ арендномъ содержаніи. Купля-продажа по римскому праву и нѣкоторымъ европейскимъ законодательствамъ уничтожаетъ арендный договоръ (Kauf bricht Miethe), и между новымъ собственникомъ и старымъ арендаторомъ возникаетъ споръ о принадлежности плодовъ и оплатѣ расходовъ за данный хозяйственный періодъ. Такіе же споры могутъ возникать при окончаніи найма, добросовѣстнаго владѣнія и т. д.

Средневѣковое германское право рѣшало подымающіеся здѣсь споры въ пользу лицъ, затрачивающихъ свой трудъ на извлеченіе плодовъ, и слѣдовало поговоркѣ: кто посѣетъ, тотъ и пожнетъ (Wer säet, der mäht) [1]). Прусскій Landrecht стоитъ на той же точкѣ зрѣнія, предписывая дѣлить плоды послѣдняго года между собственникомъ и узуфруктуаріемъ въ зависимости отъ времени, въ теченіе котораго каждый изъ нихъ имѣлъ право на пользованіе плодами, и расходовъ, которыхъ стоило ихъ извлеченіе (I, 7, § 189, 197 и др.). Это рѣшеніе кажется справедливымъ, но представляетъ большія практическія неудобства. Оно предполагаетъ существованіе для всѣхъ плодовъ одного нормальнаго хозяйственнаго года, въ предѣлахъ котораго они могутъ быть распредѣлены между нѣсколькими имѣющими на нихъ право лицами, смотря по времени своего возникновенія. Но однообразное установленіе для всѣхъ плодовъ такого года невозможно уже потому, что различные плоды созрѣваютъ въ различныя времена года, и соображенія объ обезпеченности права требуютъ болѣе внѣшняго и вѣрнаго критерія, чѣмъ тотъ, который дается продолжительностью права безотносительно къ его предмету. Вотъ почему новое нѣмецкое уложеніе и возвращается къ римскому принципу, по которому плоды принадлежатъ тому, кто имѣетъ на нихъ право въ тотъ моментъ, когда они отдѣляются отъ плодоприносящей вещи. Все рѣшается моментомъ отдѣленія плодовъ отъ производящей ихъ вещи. Отдѣленные плоды остаются за управомоченнымъ въ этотъ моментъ лицомъ; неотдѣленные плоды идутъ къ новому владѣльцу.

Объ этомъ правилѣ можно сказать, что оно имѣетъ удобство легкости примѣненія, но и неудобство случайности. Право на плоды въ теченіе 3-хъ мѣсяцевъ можетъ доставить несравненно болѣе выгодъ, чѣмъ то же право въ теченіе остальныхъ 9-ти мѣсяцевъ. Кромѣ того, здѣсь владѣлецъ плодоприносящей вещи особенно заинтересованъ въ преждевременномъ отдѣленіи плодовъ отъ производящей ихъ вещи, и это не можетъ не вредить народному хозяйству. Поэтому нѣмецкое уложеніе, подобно французскому кодексу, и отступаетъ отъ римскаго принципа—по крайней мѣрѣ, въ отношеніи къ „гражданскимъ плодамъ“,—устанавливая ихъ распредѣленіе тоже

[1]) Sachsenspiegel, III, 76 § 4. Ср. саксонское гражданское уложеніе, § 76.

въ соотвѣтствіи съ временемъ, въ теченіе котораго они составляютъ право того или другого изъ послѣдовательно управомоченныхъ въ нихъ лицъ (§ 101). Наконецъ, шаблонность римскаго принципа смягчается и здѣсь спеціальными постановленіями о вознагражденіи ранѣе управомоченныхъ въ пользованіи плодами лицъ за произведенныя ими издержки, насколько эти послѣднія соотвѣтствуютъ правильному хозяйству, и въ предѣлахъ цѣнности дѣйствительно пріобрѣтенныхъ плодовъ (§ 592, 998, 1055 и др.). Тѣмъ же правиламъ слѣдуетъ и распредѣленіе долговъ и другихъ тягостей, лежащихъ на хозяйствѣ (§ 103) [1]).

Изъ сказаннаго можно заключить, что въ понятіи плода есть какъ субъективный, такъ и объективный моментъ. Первый лежитъ въ пользованіи доходомъ плодоприносящей вещи и въ зависимости этого пользованія отъ того юридическаго отношенія, въ которомъ стоитъ пользующееся имъ лицо. Одна и та же вещь можетъ быть при одномъ юридическомъ отношеніи плодоприносящей вещью, а при другомъ— плодомъ. Фруктовыя деревья будутъ плодомъ поземельнаго участка для его собственника и плодоприносящей вещью для того, кто получитъ ихъ въ свое пользованіе. И если первый можетъ обратить эти деревья и на топливо, то второй ограниченъ пользованіемъ одними фруктами, не имѣя права ни на срубъ этихъ деревьевъ, ни на какой-либо иной родъ пользованія ими. Въ этомъ смыслѣ понятіе плоды субъективно и относительно [2]). Но въ немъ есть несомнѣнно и объективная сторона, такъ какъ извлеченіе изъ одной вещи другой, которая получаетъ самостоятельность, переставая быть составной частью первой и не дѣлаясь eo ipso предметомъ особаго права, требуетъ соотвѣтственной регламентаціи. Эта регламентація, хотя и относится къ временному состоянію, не можетъ обойтись безъ объективнаго понятія плода, подобно тому, какъ и состояніе малолѣтняго или главной вещи и ея принадлежности, несмотря на свой

---

[1]) Crome, ibid., стр. 309—311. Endemann, ibid., стр. 241—242.

[2]) Эта давно замѣченная сторона понятія плода хорошо разработана,—и эта разработка вызываетъ общее признаніе,—въ сочиненіи Петражицкаго, Die Lehre vom Einkommen, суммированномъ въ его же работѣ на русскомъ, языкѣ, Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы. Но то, что въ этихъ сочиненіяхъ ново, а именно—совершенное устраненіе изъ понятія плода его объективнаго момента—не выдерживаетъ научной критики. Противоположеніе капитала и дохода или, по римской терминологіи, субстанціи вещи и ея плода—есть объективный фактъ хозяйственной жизни, съ которымъ право связываетъ извѣстныя юридическія послѣдствія, хотя и обусловленныя субъективными моментами, но независимыя въ своемъ юридическомъ бытіи. См. рѣшающія возраженія Кипна противъ взгляда Петражицкаго: Windscheid-Kipp, Pand. стр. 717—718, прим. 12. Тамъ же—возраженія и противъ слѣдующаго изъ того же взгляда отрицанія научнаго значенія за различіемъ между естественными и гражданскими плодами. Въ этомъ вопросѣ Петражицкій имѣетъ противъ себя не только всю юриспруденцію и всѣ передовыя законодательства, но и приведенныя въ нашемъ текстѣ теоретическія соображенія.

такъ же временный характеръ, не можетъ обойтись безъ соотвѣтствующихъ этимъ состояніямъ нормъ объективнаго права.

Обращаясь теперь къ нашему праву, мы спросимъ, чѣмъ оно считаетъ плоды: частью плодоприносящей вещи или новой вещью? Называя плоды принадлежностью, наши законы выдерживаютъ принятое ими въ основу и уже отмѣченное нами понятіе „существа и пространства правъ на имущество“. Этому пространству они подчиняютъ безразлично и плоды вещи, и сокрытыя въ землѣ минералы, и обнажившееся русло рѣки, и вновь образующіеся острова (ст. 424—428). Все это входитъ въ „пространство правъ“ и посему принадлежитъ хозяину земли или иной плодоприносящей вещи. Это — по вѣрному замѣчанію Дювернуа — чисто статическая точка зрѣнія въ примѣненіи къ обладанію вещами. Но эта точка зрѣнія оказывается недостаточной даже для нашего Свода, и какъ только онъ переходитъ отъ нея на точку зрѣнія развитія труда, производства, иначе — на точку динамическую, плодъ дѣлается тотчасъ новой вещью, которой судьба опредѣляется иначе, чѣмъ судьба части или принадлежности вещи.

„Обезразличеніе состава, принадлежности, плода — читаемъ мы у Дювернуа — свойственно неразвитому обмѣну, эпохѣ застоя, неподвижности. Въ исторіи нашего права эта точка зрѣнія обращена къ прошлому. Гдѣ рѣчь только о пространствѣ — тамъ господствуетъ недвижимость. Съ эпохи Петра начинается другая фаза развитія и другая точка зрѣнія на правообразованіе. И обѣ точки зрѣнія ясны въ составѣ Свода. За вопросами пространства идутъ, медленно преуспѣвая, задачи производства. Съ этимъ вмѣстѣ наступаютъ новыя условія и новая точка зрѣнія на плоды и доходы, гдѣ пространство правъ собственности не рѣшаетъ вопроса, а встрѣчается съ вопросомъ труда, производства, движенія“ [1]). Первая точка зрѣнія выступаетъ въ отдѣлѣ „о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущество“ (ст. 420—431). Но уже въ старомъ Сводѣ, рядомъ съ положеніемъ, что принадлежности земли суть произведенія на ея поверхности обрѣтающіяся, сокровенные въ нѣдрахъ его металлы и т. д. (ст. 387), мы читаемъ признаніе, что хлѣбъ сжатый и смолоченный перестаетъ быть составомъ или принадлежностью недвижимости. Это — особая вещь и, притомъ, движимая (ст. 401).

Точка зрѣнія на плодъ, какъ на вещь отдѣльную, которой судьба не связана необходимо съ плодоприносящей вещью, развивается съ дальнѣйшимъ движеніемъ нашего права. Она оттѣсняетъ старую точку зрѣнія состава, принадлежности, пространства, и дѣлается торжествующей, знаменуя собой эманципацію движимостей. Установленіе ея совпадаетъ съ изданіемъ Свода 1857 г. (X т. I ч., ст. 609 и слѣд.), куда введенъ законъ 21 марта 1851 г., вызвавшій этотъ поворотъ въ нашемъ правѣ и разсматривающій плоды уже не какъ принадлежности, а какъ

[1]) Дювернуа, стр. 642.

постоянныя хозяйственныя выгоды, даваемыя производительнымъ употребленіемъ вещи въ гражданскомъ обмѣнѣ. Поэтому, въ качествѣ плодовъ, мы находимъ здѣсь доходы имуществъ, въ смыслѣ непосредственно поступающихъ къ хозяину продуктовъ хозяйства и сдаваемыхъ имъ за деньги отдѣльныхъ доходныхъ статей для непосредственной эксплоатаціи ихъ 3-ми лицами. Отъ поступленій всякаго рода безъ вычета тратъ на экономическую эксплоатацію (валовой доходъ) законъ отличаетъ понятіе чистаго дохода, т.-е. всего того, что остается въ рукахъ хозяина за вычетомъ расходовъ (ст. 620, 623, 630). При этомъ въ составѣ закона легко различить плоды, еще связанные съ вещью, отъ тѣхъ, которые уже отдѣлены отъ нея. Первые не составляютъ самостоятельныхъ вещей, это—такъ наз. fructus pendentes, висячіе плоды, по отношенію къ которымъ возможны юридическія сдѣлки только въ смыслѣ вещей, имѣющихъ возникнуть въ будущемъ (res futurae). Послѣдніе суть, напротивъ, самостоятельныя вещи, которыми можно распорядиться и въ настоящемъ. Разъ полученные, они подлежатъ возврату собственнику только отъ недобросовѣстнаго владѣльца чужого имущества, тогда какъ добросовѣстный владѣлецъ освобожденъ отъ этой обязанности до дня объявленія ему въ установленномъ порядкѣ объ открытіи спора противъ его владѣнія или—по крайней мѣрѣ, до того времени, когда неправость его владѣнія станетъ ему достовѣрно извѣстной (ст. 626 и рѣш. 92/96). Кромѣ того, нашъ законъ, по примѣру римскаго и европейскихъ законодательствъ, различаетъ теперь отъ неотдѣленныхъ и тѣ плоды, которые имѣли поступить, но не поступили по небрежности владѣльца: онъ обязываетъ недобросовѣстнаго владѣльца къ возврату и этихъ плодовъ (ст. 624). Вообще же все ученіе о плодахъ, какъ о полученномъ доходѣ, пріурочено въ нашемъ законодательствѣ со времени закона 1851 г. къ вопросу объ отвѣтственности незаконнаго владѣльца чужимъ имуществомъ передъ собственникомъ или инымъ законнымъ владѣльцемъ этого имущества. Оно подлежитъ возврату, вмѣстѣ съ вознагражденіемъ за убытки (ст. 609), одинаково при добросовѣстномъ и недобросовѣстномъ владѣніи, но съ различными въ томъ и другомъ случаѣ послѣдствіями въ отношеніи къ отвѣтственности за доходы. Это различіе, съ которымъ мы ознакомимся ближе въ ученіяхъ вещнаго права, послужило occasio legis, т.-е. законодательнымъ поводомъ, къ разграниченію плодовъ вещи отъ ея состава и принадлежностей и въ нашемъ правѣ, взявшемъ себѣ за образецъ въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, французскій кодексъ.

Изложеніе другихъ, болѣе частныхъ раз-личій вещей, какъ, напр., различіе между родовыми и благопріобрѣтенными имуществами, мы также отлагаемъ до изученія вещнаго права, и переходимъ теперь къ послѣднему отдѣлу общей части, имѣющему своимъ главнымъ предметомъ ученіе объ юридическихъ фактахъ.

V.

Возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній.

1. Юридическіе факты.

Настоящій отдѣлъ общей части системы гражданскаго права служитъ, съ одной стороны, дополненіемъ къ ученію о субъективномъ правѣ, и съ другой—заключеніемъ этой части системы, имѣющимъ цѣлью изобразить всѣ элементы юридическаго отношенія въ ихъ совокупности и состояніи движенія. Въ предшествующихъ отдѣлахъ системы эти элементы изучались въ состояніи покоя, аналитически, т.-е. врозь другъ отъ друга, тогда какъ здѣсь мы будемъ имѣть дѣло съ юридическими отношеніями въ ихъ процессѣ развитія и цѣломъ составѣ. Въ этомъ состояніи они приближаются болѣе всего къ явленіямъ дѣйствительности, такъ какъ всѣ права возникаютъ, измѣняются и прекращаются: это — элементъ движенія въ правѣ (das Werden der Rechts), и ни одно право не существуетъ безъ того, чтобы его основные моменты—лицо, вещь и защита—не объединялись въ одно цѣлое.

Не надо только упускать изъ виду, что, говоря о возникновеніи, измѣненіи и прекращеніи правъ, мы употребляемъ образный языкъ. Права—не реально существующія вещи, которыя могли бы возникать, измѣняться и разрушаться. Это — только представленія или абстракціи, которыя имѣютъ, правда, не одно субъективное значеніе,—такъ какъ они связываются съ реально существующими блами и опредѣляются объективными признаками, — но о примѣненіи къ нимъ въ объективномъ смыслѣ такихъ понятій, какъ возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе, не можетъ быть рѣчи. Правъ, какъ самостоятельныхъ вещей, не существуетъ, но существуютъ люди, имѣющіе права, какъ не существуетъ ни добродѣтелей, ни пороковъ, ни болѣзней, но существуютъ добродѣ-

тельные, порочные и больные люди [1]). Поэтому, когда говорятъ, что права возникаютъ, измѣняются и прекращаются, то хотятъ сказать только то, что наступаютъ тѣ реальныя событія или факты, съ которыми объективный правопорядокъ соединяетъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ представленія о возникновеніи, измѣненіи и прекращеніи правъ. Но эти факты и связываемыя съ ними юридическія послѣдствія стоятъ не въ отношеніи причинности другъ къ другу: надъ этими фактами подымаются нормы и вся совокупность окружающей среды. И если все право нельзя сводить, какъ мы это уже показывали [2]), на нормы, то и связаннымъ съ ними фактамъ нельзя придавать иного значенія, какъ одного лишь изъ условій устанавливаемыхъ нормами юридическихъ послѣдствій.

Факты, служащіе предположеніемъ каждаго права, называютъ обыкновенно юридическими, въ отличіе отъ тѣхъ, съ которыми не связывается никакихъ юридическихъ послѣдствій. И такъ какъ всѣ права связываются съ фактами, къ которымъ должны быть отнесены въ этомъ смыслѣ и дѣйствующія юридическія нормы, если ими обусловливается наступленіе тѣхъ или другихъ юридическихъ послѣдствій [3]), то изъ этихъ фактовъ только и дѣлаются заключенія о возникновеніи, измѣненіи и прекращеніи правъ. Поэтому и судебные споры сводятся почти цѣликомъ къ обсужденію юридическихъ фактовъ, которые становятся предметомъ и объясненій сторонъ въ процессѣ, и представляемыхъ ими доказательствъ, и принимаемой ими присяги, и другихъ процессуальныхъ дѣйствій.

Совокупность такихъ фактовъ, насколько ихъ наличностью вызываются извѣстныя юридическія послѣдствія, называютъ составомъ даннаго юридическаго отношенія, и хотя отъ него различаютъ обыкновенно и единичные юридическіе факты, если они производятъ тотъ или другой юридическій эффектъ, то различіе это нельзя считать правильнымъ уже потому, что юридическія послѣдствія связываются всегда не съ однимъ, а съ цѣлымъ рядомъ фактовъ, которые сопровождаютъ другъ друга или должны встрѣтиться для того, чтобы разсчитанный юридическій эффектъ былъ произведенъ. Напр., для договора необходимы, по крайней мѣрѣ, два волеизъявленія, вмѣстѣ со множествомъ условій для ихъ дѣйствительности; для завѣщанія — совершеніе завѣщательнаго акта, смерть завѣщателя и вступленіе въ наслѣдство. И даже такой простой фактъ, какъ уничтоженіе вещи, влечетъ за собой юридическія послѣдствія только тогда, когда уничтожаемая вещь не безхозяйна, а заключеніе брака требуетъ участія не только брачущихся, но и священника или должностного лица по дѣламъ гражданскаго состоянія, не говоря о способности къ вступленію въ бракъ, отсутствіи препятствій къ его заключенію и т. д. [4]).

[1]) Schlossmann, Der Vertrag, 1876, стр. 246—8.
[2]) См. выше, стр. 378—9.
[3]) Biermann, Bürgerl. Recht, I, стр. 113.
[4]) Biermann, тамъ же. Regelsberger, стр. 436.

Всѣ эти факты, полагающіе основаніе праву, могутъ встрѣтиться въ одинъ и тотъ же моментъ времени: съ этого момента исчисляются тогда и связываемыя съ ними юридическія послѣдствія. Но эти факты могутъ быть и раздѣлены во времени, и въ этихъ случаяхъ вопросъ о моментѣ возникновенія юридическихъ послѣдствій представляетъ нѣкоторыя сомнѣнія. По общему правилу, полнота разсчитаннаго юридическаго эффекта достигается по наступленіи всѣхъ фактовъ, съ которыми объективный правопорядокъ соединяетъ этотъ юридическій эффектъ. Ничто не кажется болѣе логически необходимымъ, но на дѣлѣ приведенное правило подвергается значительнымъ ограниченіямъ. Прежде всего, нерѣдки случаи, когда одновременное наступленіе многихъ фактовъ невозможно, напр., при послѣдовательномъ вступленіи въ наслѣдство нѣсколькихъ лицъ. Точно также приходится различать факты, обусловливающіе возникновеніе права, отъ фактовъ, вліяющихъ только на его осуществленіе, напр., сроки, при которыхъ право кредитора возникаетъ въ моментъ заключенія договора, но осуществленіе этого права откладывается до наступленія установленнаго срока. Затѣмъ, и условныя сдѣлки производятъ всѣ свои юридическія послѣдствія не ранѣе наступленія условія, подъ которымъ онѣ заключены; но извѣстныя юридическія послѣдствія, о которыхъ мы будемъ говорить послѣ, возникаютъ уже при заключеніи такихъ сдѣлокъ вслѣдствіе возбуждаемой ими надежды на полученіе по наступленіи условія всего ожидаемаго отъ нихъ юридическаго эффекта. То же слѣдуетъ сказать и о завѣщательныхъ распоряженіяхъ, которыя вступаютъ въ силу только по смерти завѣщателя, но и при жизни его вызываютъ извѣстныя юридическія послѣдствія. Равнымъ образомъ, если возникновеніе права ставится въ зависимость отъ нѣсколькихъ правозарождающихъ фактовъ, наступающихъ въ разное время, то юридическія послѣдствія связываются часто съ наступленіемъ уже одного изъ этихъ фактовъ—на случай, если бы и другіе наступили въ свое время.

На основаніи указанныхъ случаевъ можно формулировать другое правило, которое, не отрицая перваго, допускаетъ возникновеніе, если не всего, то части предположеннаго юридическаго эффекта и при разновременномъ наступленіи обусловливающихъ его юридическихъ фактовъ. Говорить объ этомъ мы будемъ еще впослѣдствіи и ограничимся здѣсь указаніемъ на необходимость признанія рядомъ съ одновременнымъ и послѣдовательнаго возникновенія, измѣненія и прекращенія юридическихъ отношеній [1]).

Изъ сказаннаго уже видно, что юридическіе факты, вмѣстѣ съ производимыми ими юридическими послѣдствіями, составляютъ самое существо юридическаго отношенія и субъективнаго права. Исключительнымъ созданіемъ объективнаго права являются лишь юридическія послѣдствія

[1]) Regelsberger, тамъ же, стр. 438.

фактовъ, а не самые факты, существующіе помимо объективнаго права. И если отдѣльныя лица, пользуясь этими фактами, доставляютъ объективному праву матеріалъ и основаніе для тѣхъ послѣдствій, которыя оно связываетъ съ ними, то творцомъ этихъ послѣдствій оказываются все-таки не они, а объективное право. Поэтому, когда говорятъ, что юридическіе факты производятъ, измѣняютъ и прекращаютъ юридическія отношенія, то выражаются неточно даже на образномъ языкѣ: творящая юридическія послѣдствія сила лежитъ не въ фактахъ, а въ опредѣленіяхъ объективнаго права.

Это объясняетъ и такъ наз. „обратное дѣйствіе“ нѣкоторыхъ юридическихъ фактовъ, состоящее въ томъ, что, вопреки общему правилу, по которому послѣдствія фактовъ обнаруживаются только послѣ ихъ наступленія, положительное право устанавливаетъ иногда эти послѣдствія и для времени, предшествующаго ихъ наступленію. На первый взглядъ это кажется противорѣчіемъ законамъ логики, не допускающимъ слѣдствія безъ причины, но въ дѣйствительности мы имѣемъ здѣсь дѣло съ явленіемъ, параллельнымъ „обратному дѣйствію“ законовъ, и должны признать, что положительное право можетъ предписать относиться къ послѣдствіямъ извѣстныхъ фактовъ такъ, какъ бы эти послѣдствія возникли ранѣе соотвѣтствующихъ имъ фактовъ. Не надо только подставлять подъ это предписаніе ни фикціи наступленія данныхъ юридическихъ фактовъ въ моментъ, предшествующій ихъ дѣйствительному наступленію, ни такого мистическаго представленія, какъ будто послѣдствія этихъ фактовъ возникли уже въ прошломъ, но оставались скрытыми отъ нашихъ глазъ до наступленія событій, открывшихъ намъ ихъ тайну [1]).

Важнѣйшее раздѣленіе юридическихъ фактовъ есть раздѣленіе ихъ на юридическіе факты въ тѣсномъ смыслѣ (юридическія событія) и юридическія дѣйствія, подраздѣляемыя, въ свою очередь, на дозволенныя юридическія дѣйствія, или юридическія сдѣлки, и недозволенныя юридическія дѣйствія, или деликты.

Юридическіе факты въ тѣсномъ смыслѣ, или юридическія событія, отличаютъ отъ юридическихъ дѣйствій тѣмъ, что въ первыхъ видятъ чисто объективные факты, стоящіе независимо отъ человѣческой воли, а въ послѣднихъ—продукты этой воли. Въ видѣ примѣровъ юридическихъ фактовъ въ тѣсномъ смыслѣ можно привести: рожденіе, смерть, теченіе времени, болѣзнь, пожаръ, землетрясеніе, измѣненіе русла рѣки, сосѣдство земельныхъ участковъ, отдѣленіе плодовъ и частей вещи отъ ея состава и т. д. И уже эти примѣры показываютъ, что моментъ воли можетъ быть не чуждъ и юридическимъ событіямъ, отличительный признакъ которыхъ слѣдуетъ видѣть не въ томъ, что они стоятъ внѣ всякой связи съ человѣческой волей,

[1]) Regelsberger, тамъ же, стр. 439.

а въ томъ, что эта послѣдняя не имѣетъ для нихъ юридическаго значенія. Юридическія послѣдствія, производимыя, напр., отдѣленіемъ плода отъ плодоприносящей вещи, остаются тѣми же, все равно, какъ бы ни совершилось это отдѣленіе: силой ли вѣтра, волей собственника, или преступленіемъ третьяго лица.

Гораздо важнѣе для права юридическія дѣйствія, такъ какъ всѣ права служатъ защитѣ интересовъ, которыми озабочены, прежде всего, ихъ непосредственные носители. Поэтому уже главнымъ основаніемъ для устанавливаемыхъ объективнымъ правомъ юридическихъ послѣдствій служитъ волеизъявленіе человѣка, или его дѣйствіе. Сюда принадлежитъ, несмотря на кажущееся противорѣчіе, и такъ наз. бездѣйствіе, или воздержаніе отъ дѣйствія, которое называютъ также отрицательнымъ дѣйствіемъ, насколько оно оказывается выраженіемъ воли, направленной на извѣстный юридическій эффектъ. Юридическія дѣйствія подраздѣляются, какъ это было уже сказано, на юридическія сдѣлки и деликты. Первыя суть защищенныя объективнымъ правомъ волеизъявленія, направленныя на установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическихъ отношеній. Послѣдніе — запрещенныя правомъ дѣйствія, влекущія за собою наказаніе или обязанность къ возмѣщенію убытковъ, или то и другое вмѣстѣ.

Какъ юридическія сдѣлки, такъ и деликты представляются продуктами воли, но тогда какъ въ юридическихъ сдѣлкахъ воля ихъ участниковъ совпадаетъ въ большинствѣ случаевъ съ вызываемыми и составляющими ихъ цѣль юридическими послѣдствіями, деликты, въ своихъ юридическихъ послѣдствіяхъ, идутъ въ разрѣзъ съ волей того, кто ихъ совершаетъ: этотъ послѣдній не желаетъ этихъ послѣдствій и склоненъ, напротивъ, въ видѣ общаго правила, уклониться отъ нихъ. Тѣмъ не менѣе, мы не можемъ признать правильнымъ взглядъ, который видитъ различіе между юридической сдѣлкой и деликтомъ въ томъ, что тамъ юридическія послѣдствія лежатъ въ намѣреніи сторонъ, а здѣсь — противорѣчатъ ему [1]). Это можетъ быть вѣрно въ отдѣльныхъ случаяхъ, но не составляетъ отличительнаго признака ни юридической сдѣлки, ни деликта. Юридическія сдѣлки могутъ быть заключены, какъ мы увидимъ это ниже, и безъ того, чтобы участники ихъ сознавали всѣ производимыя ими юридическія послѣдствія, такъ же, какъ и деликты могутъ быть совершены съ тѣмъ, чтобы вызвать именно связанныя съ ними юридическія послѣдствія, т.-е. наказаніе и вознагражденіе убытковъ. Поэтому различіе между юридическими сдѣлками и деликтами можно видѣть только въ томъ или другомъ отношеніи къ нимъ объективнаго правопорядка; юридическія сдѣлки стоятъ въ соотвѣтствіи съ этимъ правопорядкомъ, защищающимъ своими юридическими послѣдствіями заключенныя въ нихъ волеизъявленія; напротивъ, деликты противорѣчатъ

[1]) Дернбургъ, Пандекты, I, стр. 215.

данному правопорядку и нарушаютъ его, такъ что производимыя ими юридическія послѣдствія представляются не защитой, а борьбой и реакціей противъ вызывающихъ эти послѣдствія дѣйствій [1]).

Существуетъ еще рядъ юридическихъ дѣйствій, которыя, не будучи ни юридическими сдѣлками, ни деликтами, оказываютъ вліяніе на возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній. Сюда принадлежатъ: овладѣніе безхозяйной вещью (occupatio), соединеніе или смѣшеніе нѣсколькихъ вещей (confusio и commixtio), переработка одной вещи въ другую (specificatio), неуполномоченное веденіе чужихъ дѣлъ (negotiorum gestio), такія распоряженія государственной власти, какъ экспропріація или конфискація, запросы кредитора должнику, и обратно, избраніе мѣстожительства, осуществленіе различнаго рода диспензацій и т. д. Разсмотрѣніе всѣхъ этихъ дѣйствій относится къ спеціальной части гражданскаго права, и если отличіе ихъ отъ деликтовъ ясно само собой, то проведеніе границы между ними и юридическими сдѣлками затруднительно и различается по различнымъ законодательствамъ. Въ общемъ, можно сказать лишь то, что указанныя дѣйствія не необходимо преслѣдуютъ цѣль юридическаго регулированія и составляютъ предположеніе, но не основаніе вызываемыхъ ими юридическихъ послѣдствій. Эти послѣднія наступаютъ не потому, что на нихъ направлена цѣль этихъ дѣйствій, а потому, что они установлены объективнымъ правомъ [2]).

Переходя теперь къ обзору отдѣльныхъ юридическихъ фактовъ, имѣющихъ наиболѣе общее значеніе, мы остановимся, прежде всего, на различіи, вытекающемъ изъ отношенія ихъ либо къ возникновенію, либо къ измѣненію, либо къ прекращенію юридическихъ отношеній.

Изъ числа такъ наз. юридическихъ событій мы разсмотримъ только теченіе времени, какъ существеннѣйшій факторъ возникновенія и прекращенія всѣхъ юридическихъ отношеній, а изъ числа юридическихъ дѣйствій — однѣ юридическія сдѣлки, какъ важнѣйшій изъ всѣхъ юридическихъ фактовъ. Другую категорію юридическихъ дѣйствій, образуемую деликтами, мы переносимъ въ ученіе объ обязательственномъ правѣ, гдѣ деликты, вызывая рядомъ съ наказаніемъ только обязательственное отношеніе, будутъ болѣе на мѣстѣ, чѣмъ въ общей части гражданскаго права.

---

[1]) Bernhöft, Das bürgerliche Recht, стр. 395, у Birkmeyer'a, Encyclopädie der Rechtswissenchaft, 1904.

[2]) Biermann, ук. соч., стр. 114—115. Кипп видитъ отличіе приведенныхъ въ текстѣ юридическихъ дѣйствій отъ юридическихъ сдѣлокъ въ томъ, что послѣднія представляются только волеизъявленіями, тогда какъ первыя присоединяютъ къ нимъ и элементъ реальнаго дѣйствія, безъ котораго они не производятъ юридическихъ послѣдствій. Windscheid-Kipp, Pand., I, стр. 308, прим. a.

2. Возникновеніе или пріобрѣтеніе правъ.

Возникновеніемъ или пріобрѣтеніемъ права считаютъ установленіе его связи съ даннымъ лицомъ, и основаніе этого пріобрѣтенія находятъ не только въ юридическихъ дѣйствіяхъ пріобрѣтателя права или третьяго лица, но и въ объективныхъ фактахъ, не представляющихъ собой никакого дѣйствія. Первый случай мы имѣемъ при юридической сдѣлкѣ, напр., куплѣ-продажѣ; второй — въ отношеніяхъ представительства или послѣдствіяхъ деликтовъ; третій — при теченіи времени, отдѣленіи плодовъ, смѣшеніи вещей и т. д. Совокупность фактовъ, на которыхъ основано пріобрѣтеніе права, называютъ основаніемъ пріобрѣтенія (causa) или его титуломъ, причемъ часто различаютъ факты, служащіе основаніемъ для иска, отъ фактовъ, составляющихъ самое пріобрѣтеніе. Тогда первую категорію фактовъ называютъ спеціально основаніемъ, или титуломъ пріобрѣтенія (causa), а вторую—самимъ пріобрѣтеніемъ (modus acqirendi). Къ первой категоріи фактовъ относятъ, напр., завѣщаніе, давность, куплю-продажу, дареніе и т. д.; ко второй—традицію, или передачу вещи, совершаемую на основаніи завѣщанія, купли-продажи, даренія; запись въ ипотечныя книги и т. д. Если пріобрѣтеніе права не обусловлено дѣйствіемъ того, кто входитъ въ обладаніе этимъ правомъ, то говорятъ о пріобрѣтеніи ipso jure, т.-е. въ силу закона, или молчаливомъ пріобрѣтеніи (tacite).

Всѣ приведенныя положенія, кромѣ перваго, имѣютъ терминологическое значеніе, и противъ нихъ можно не спорить. Но невозможно признать, чтобы всякое возникающее право было въ то же время и пріобрѣтаемымъ, и всякая потеря права—вмѣстѣ съ тѣмъ и его прекращеніемъ. Такое отождествленіе пріобрѣтенія и возникновенія правъ принято со времени Пухты большинствомъ нѣмецкихъ пандектистовъ, но оно неправильно, и вотъ почему. Пріобрѣтеніе права при переходѣ его отъ одного лица на другое не есть возникновеніе этого права въ лицѣ его пріобрѣтателя: оно остается тѣмъ же, чѣмъ было въ лицѣ передатчика, и не измѣняетъ, въ общемъ, своего содержанія. Точно также и потерю этого права даннымъ лицомъ нельзя считать его прекращеніемъ: оно продолжаетъ съ тѣмъ же содержаніемъ свое существованіе въ другомъ лицѣ. Сверхъ того мы знаемъ, что существуютъ права, данныя самымъ понятіемъ личности, возникающія и прекращающіяся вмѣстѣ съ этой личностью, и не подлежащія уже поэтому ни пріобрѣтенію, ни потерѣ. Говорить, что эти права пріобрѣтаются рожденіемъ и теряются смертью, значитъ злоупотреблять установленными формами языка.

Тѣмъ не менѣе, мы должны признать, что большая часть гражданскихъ правъ можетъ быть пріобрѣтена и утрачена, и въ отношеніи къ этимъ отчуждаемымъ правамъ пріобрѣтеніе права будетъ и его возникнове-

ніемъ, но только для даннаго лица. И такое возникновеніе права можетъ стоять или независимо отъ предшествующаго ему юридическаго состоянія и права другого лица, или основываться на правѣ предшественника. Въ первомъ случаѣ мы говоримъ о первоначальномъ или первообразномъ (acqisitio originaria), во второмъ—о производномъ или деривативномъ (acqisitio derivativa) пріобрѣтеніи. Это—первое и важнѣйшее раздѣленіе способовъ пріобрѣтенія правъ.

А) Первообразное пріобрѣтеніе имѣетъ достаточное основаніе въ своемъ собственномъ составѣ и не нуждается въ доказательствѣ своего родословнаго древа; оно не зависитъ отъ правъ предшественниковъ и основано непосредственно на объективномъ правопорядкѣ. Сюда принадлежатъ: овладѣніе безхозяйной вещью (occupatio), переработка вещи (specificatio), давностное владѣніе (usucapio), присоединеніе одной вещи къ другой (accessio)—въ отношеніяхъ вещнаго права; извѣстныя юридическія сдѣлки и деликты—въ устанавливаемыхъ ими впервые отношеніяхъ обязательственнаго права.

Уже эти случаи первообразнаго пріобрѣтенія показываютъ, что для него существенно не возникновеніе новаго права, какъ это принимается нѣкоторыми юристами, а только независимость возникающаго права отъ предшествующаго, такъ что мы можемъ говорить о первообразныхъ способахъ пріобрѣтенія и тогда, когда какое-либо право прекращается въ одномъ лицѣ, и однородное право возникаетъ въ другомъ—безъ того, чтобы возникающее право стояло въ зависимости отъ прекращающагося. Таково, напр., пріобрѣтеніе собственности по давностному владѣнію, совершающееся независимо отъ того же права прежняго собственника, или вступленіе въ наслѣдство дальняго родственника послѣ отказа отъ него болѣе близкаго родственника, причемъ первый осуществляетъ не наслѣдственное право второго, а свое собственное наслѣдственное право и вступаетъ непосредственно въ права наслѣдодателя.

Замѣтимъ еще, что всѣ субъективныя права восходятъ, въ конечномъ анализѣ, къ первообразнымъ способамъ пріобрѣтенія, и если бы дѣло шло о настоящемъ доказательствѣ этихъ правъ, не облегченномъ принятыми во всѣхъ законодательствахъ положительными правилами о доказательствахъ тѣхъ или другихъ юридическихъ фактовъ, то доказательство это не могло бы быть приведено иначе, какъ установленіемъ пріобрѣтенія каждаго права, въ какой бы это ни было отдаленный моментъ его возникновенія, именно первообразнымъ, а не какимъ-либо инымъ способомъ пріобрѣтенія.

Противоположность первообразнымъ способамъ пріобрѣтенія составляютъ производные способы, имѣющіе мѣсто при всѣхъ отчуждаемыхъ правахъ и образующіе въ своей совокупности то, что называютъ, съ одной стороны, переходомъ или перенесеніемъ правъ, а съ другой—преемствомъ въ правѣ (successio). Говоря о переходѣ правъ,

стоятъ на точкѣ зрѣнія того, кто до момента этого перехода былъ ихъ обладателемъ (auctor juris), а говоря о преемствѣ, становятся на точку зрѣнія ихъ пріобрѣтателя (successor), присоединяя сюда и тотъ случай, когда преемство происходитъ не только въ правахъ, но и въ обязанностяхъ или долгахъ.

Сущность преемства состоитъ въ томъ, что преемникъ вступаетъ въ права и обязанности своего предшественника, которыми и опредѣляется его юридическое положеніе. Наслѣдникъ производитъ свое право отъ наслѣдодателя, залогопріниматель — отъ залогодателя, пользователь (узуфруктуарій) — отъ собственника или его преемника, и т. д. И практически-важное различіе всѣхъ производныхъ способовъ пріобрѣтенія отъ первообразныхъ лежитъ въ томъ, что производное право, въ видѣ общаго правила, вовсе не возникаетъ, если право предшественника недѣйствительно, а въ случаѣ его дѣйствительности — возникаетъ не въ бо̀льшемъ объемѣ, чѣмъ это послѣднее, и на производное право переходятъ всѣ преимущества, ограниченія и недостатки того же права предшественника. Кромѣ того, при преемствѣ нельзя ссылаться въ доказательство своего права непосредственно на объективный правопорядокъ и основывать только на немъ, какъ при первообразныхъ способахъ, свое пріобрѣтеніе. Ссылка на объективное право можетъ быть здѣсь лишь посредственная, соображенная съ правомъ предшественника на предметъ пріобрѣтенія. Отъ права предшественника новое пріобрѣтеніе только и заимствуетъ свое содержаніе и свою силу. Отсюда и правило, которое римскіе юристы выражали слѣдующими словами: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet (l. 54 D. 50,17), т.-е. никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ онъ самъ имѣетъ. Это правило кажется логически-необходимымъ, такъ какъ, разъ мы говоримъ, что производные способы пріобрѣтенія правъ суть такіе, при которыхъ А заимствуетъ свое право у Б, отсюда слѣдуетъ само собой, что А не можетъ получить отъ Б такого права, котораго нѣтъ у самого Б, и, если какое-либо право въ лицѣ Б ограничено или оспоримо, то оно можетъ перейти къ А не иначе, какъ со своими ограниченіями и своей оспоримостью.

Несмотря, однако, на свою логическую непогрѣшимость, приведенное правило терпѣло нѣкоторыя исключенія уже въ римскомъ правѣ и терпитъ еще больше исключеній въ современномъ правѣ. Римское исключеніе, повторенное съ небольшими видоизмѣненіями въ нѣкоторыхъ новыхъ законодательствахъ, напр., прусскомъ, уполномочивало фискъ, императора и его супругу переносить на другихъ собственность въ вещахъ, которыя не принадлежали имъ самимъ на правѣ собственности. Но это исключеніе едва-ли можно считать таковымъ въ виду того, что въ указываемыхъ имъ условіяхъ происходитъ не столько перенесеніе, сколько созданіе права властью, присвоенной себѣ фискомъ и императоромъ. И во всякомъ случаѣ это

исключеніе несовмѣстимо съ конституціоннымъ строемъ современныхъ государствъ, не допускающимъ такового привилегированнаго положенія государства и монарха въ отношеніяхъ гражданскаго права.

Но если современныя законодательства и не знаютъ подобнаго вмѣшательства государства и монарха въ права частныхъ лицъ, то они признаютъ въ очень широкихъ размѣрахъ передачу не принадлежащихъ передатчику правъ ихъ добросовѣстному пріобрѣтателю. Сюда принадлежитъ чрезвычайно распространенное теперь положеніе, по которому тотъ, кто производитъ добросовѣстно свое право отъ неуправомоченнаго на него лица, считается во многихъ случаяхъ пріобрѣтшимъ то именно право, которое было предметомъ его сдѣлки съ передатчикомъ, и котораго не было у этого послѣдняго. Такимъ образомъ, вопреки указанному правилу, право добросовѣстнаго пріобрѣтателя оказывается значительно измѣненнымъ и расширеннымъ сравнительно съ правомъ его предшественника. Но и этотъ случай можно не считать исключеніемъ, такъ какъ многіе юристы видятъ и тутъ не производное, а первообразное пріобрѣтеніе, облеченное только въ форму производнаго. Настоящій мотивъ пріобрѣтенія лежитъ здѣсь въ доброй совѣсти пріобрѣтателя, возводимой объективнымъ правомъ въ основаніе пріобрѣтенія, а не въ актѣ передачи, требуемомъ только для доказательства добросовѣстнаго пріобрѣтенія. Аналогію этому случаю мы имѣемъ и въ пріобрѣтеніи собственности на плоды со стороны добросовѣстнаго владѣльца.

Настоящія исключенія изъ указаннаго правила представляютъ тѣ юридическія отношенія, въ которыхъ передача права предоставлена самимъ закономъ не только тѣмъ, кому это право принадлежитъ, но и тѣмъ, кому оно не принадлежитъ, и кто тѣмъ не менѣе управомочивается на его передачу. Сюда принадлежатъ, напр., нормы, дозволяющія въ извѣстныхъ случаяхъ мужу располагать имуществомъ жены, опекуну—имуществомъ подопекаемаго, залоговому кредитору—отчуждать заложенныя ему движимости должника и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ пріобрѣтеніе права происходитъ такъ, какъ бы оно было производнымъ отъ собственности, и если взгляды юристовъ на конструкцію какъ этихъ, такъ и другихъ исключеній изъ римскаго принципа расходятся, то никто не оспариваетъ ни ихъ правомѣрности, ни соотвѣтствія современнымъ требованіямъ жизни.

Различаютъ слѣдующіе виды преемства:

а) Преемство полное и ограниченное. Въ первомъ случаѣ (successio translativa) преемникъ получаетъ то самое право, которымъ обладаетъ его предшественникъ. Это мы видимъ, напр., при передачѣ собственности и обязательствъ, когда содержаніе права остается тѣмъ же и совершается только смѣна его субъекта. Юридическое отношеніе опредѣленнаго содержанія переносится, какъ идеальный объектъ права,

отъ одного лица на другое, но сохраняетъ по существу свое тождество [1]). Во второмъ случаѣ (successio constitutiva) новое право болѣе ограниченно, чѣмъ старое, хотя и происходитъ отъ него. Примѣры подобнаго преемства даетъ намъ установленіе собственникомъ залога или отдѣльнаго отъ его собственности права пользованія въ другомъ лицѣ: до установленія того и другого права собственникъ не обладалъ ни однимъ изъ нихъ, какъ особымъ правомъ, почему право залога или пользованія здѣсь не переносится, а какъ бы создается. Но оно обусловлено правомъ предшественника, производно отъ него, и потому мы имѣемъ и здѣсь производный способъ пріобрѣтенія съ содержаніемъ первообразнаго, или первообразный способъ пріобрѣтенія въ одеждѣ производнаго.

б) Болѣе существенно различіе между универсальнымъ, или общимъ, и сингулярнымъ, или частнымъ преемствомъ. Первое есть

---

[1]) Такое представленіе о транслативномъ преемствѣ, отождествляющее новое право съ прежнимъ, вызываетъ возраженія, которыя указываютъ, главнымъ образомъ, на существенное значеніе субъекта для всякаго права, не могущаго уже поэтому сохранить свое тождество при смѣнѣ субъекта (Kuntze, Die Obligation und Singularsuccession, 1886, § 15—20. Nenner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, стр. 116—121. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II, стр. 94 и слѣд.). Но въ основаніи этихъ возраженій лежитъ, по вѣрному замѣчанію Регельсбергера, или petitio principii, или смѣшеніе субъекта права съ индивидуальностью этого субъекта. Все дѣло въ соотвѣтствіи или несоотвѣтствіи приведеннаго въ текстѣ представленія о преемствѣ съ явленіями дѣйствительной жизни. Если при транслативномъ преемствѣ мы наблюдаемъ, что право преемника однородно съ правомъ его предшественника, что оно идетъ на тотъ же предметъ и то же дѣйствіе, сопровождается тѣми же преимуществами и тѣми же ограниченіями, и, наконецъ, основывается на томъ же составѣ правозарождающихъ фактовъ, что́ и право предшественника, то представленіе о тождествѣ того и другого права напрашивается само собой, и возраженія противъ этого тождества теряютъ практическое значеніе—тѣмъ болѣе, что все предложенное вмѣсто представленія о тождествѣ права, напр., тождество въ одной лишь „матеріи права“ (Identität des Rechtsstoffs) или „субстанціи права“, грѣшитъ чрезвычайной неопредѣленностью и не выдерживаетъ критики (Regelsberger, стр. 442—4. Ср. Windscheid-Kipp, стр. 299—301, пр. 6).

О тождествѣ правъ различныхъ субъектовъ нельзя было бы говорить только тогда, если бы права были реальными вещами. Но такъ какъ права существуютъ лишь настолько, насколько они дѣйствуютъ, то и права различныхъ субъектовъ могутъ быть тождественны, если они покрываются въ своемъ дѣйствіи или разсматриваются объективнымъ правопорядкомъ, какъ покрывающіеся въ этомъ дѣйствіи. Виндшейдъ говорилъ о тождествѣ въ „субстанціи права“, но мы не знаемъ, въ чемъ состоитъ эта субстанція, и думаемъ, что не она служитъ основаніемъ для продолженія дѣйствія переданнаго права въ его прежнемъ содержаніи, а что, напротивъ, продолженіе этого дѣйствія служитъ основаніемъ для утвержденія тождества этого права съ правомъ предшественника. Замѣтимъ, наконецъ, что большинство противниковъ тождества того и другого права допускаютъ, въ общемъ, продолженіе дѣйствія прежняго права и этимъ самымъ показываютъ, что они ведутъ только словесный споръ съ защитниками этого тождества.

преемство во всемъ имуществѣ, второе — преемство въ отдѣльныхъ частяхъ имущества. Тамъ одно лицо вступаетъ единымъ актомъ во всѣ права и обязаности другого лица; здѣсь оно пріобрѣтаетъ только отдѣльныя права и обязанности своего предшественника, и каждое изъ этихъ пріобрѣтеній требуетъ особаго акта.

При универсальномъ преемствѣ всѣ права и обязанности мыслятся какъ единство, какъ имущество въ юридическомъ смыслѣ, и переносятся отъ одного лица на другое цѣликомъ, т.-е. во всей совокупности своего юридическаго актива и пассива, другими словами—вмѣстѣ съ долгами, и даже въ томъ случаѣ, когда эти послѣдніе не подлежатъ переходу безъ согласія кредитора. Практическимъ послѣдствіемъ такого единства какъ въ актѣ, такъ и въ предметѣ пріобрѣтенія является то, что оно, съ одной стороны, дѣлаетъ ненужнымъ особое пріобрѣтеніе отдѣльныхъ частей имущества, а съ другой—не исключаетъ универсальнаго преемства и при долевомъ вступленіи въ права и обязанности по этому имуществу. Универсальный преемникъ—не только тотъ, кто одинъ пріобрѣтаетъ все имущество другого, но и тотъ, кто пріобрѣтаетъ все это имущество въ долѣ съ другими (pro parte indiviso).

Главный случай универсальнаго преемства есть наслѣдованіе, и многія европейскія законодательства, какъ, напр., французское, и ограничиваютъ имъ это преемство, устанавливая для всѣхъ отношеній „между живыми“ только сингулярное преемство. Это—одно изъ отличій современнаго права отъ римскаго, признававшаго универсальное преемство и во многихъ другихъ случаяхъ, напр., при вступленіи римскаго гражданина въ рабство или подъ власть другого римскаго гражданина (arrogatio), при заключеніи брака съ установленіемъ власти мужа надъ женой (conventio in manum), при несостоятельности должника (venditio bonorum) и т. д. [1]). Германскому праву извѣстно, какъ мы на это уже указывали [2]), въ предѣлахъ общаго понятія имущества, и выдѣляемое изъ него для какой-нибудь цѣли „особое имущество“ (Sondervermögen), напр., родовое, ленное, фидеикомиссы и т. д. Это имущество тоже разсматривается до сихъ поръ, какъ единство, и къ нему примѣняются положенія объ универсальномъ преемствѣ. Что касается новаго нѣмецкаго уложенія, то оно сближается и въ настоящемъ вопросѣ съ римскимъ правомъ, допуская универсальное преемство не только въ наслѣдственномъ правѣ (§ 1922), но, съ извѣстными ограниченіями, и при переходѣ въ казну имущества юридическихъ лицъ (§ 46, 88), и при общности имущества супруговъ (§ 1432), и при выходѣ членовъ товарищества изъ его состава (§ 738), и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ. Общей чертой этихъ дополнительныхъ случаевъ универсальнаго преемства въ нѣмецкомъ уложеніи служитъ сово-

---

[1]) Planiol, стр. 814. Дернбургъ, Пандекты, I, стр. 219—220.

[2]) См. выше, стр. 592.

купный переходъ отъ одного лица на другое только правъ, составляющихъ данное имущество, тогда какъ переходъ его долговъ регулируется въ различныхъ случаяхъ различно. Поэтому мы и можемъ сказать, что первичнымъ моментомъ универсальнаго преемства по нѣмецкому уложенію является пріобрѣтеніе единымъ актомъ только всѣхъ правъ предшественника, тогда какъ вступленіе въ его долги есть вторичный моментъ этого преемства, могущій въ отдѣльныхъ случаяхъ и отсутствовать [1]).

Но общимъ правиломъ какъ для этого уложенія, такъ и для большинства европейскихъ законодательствъ остается сингулярное преемство во всѣхъ случаяхъ, когда универсальное преемство не указано прямо въ законѣ. И это даже тогда, когда дѣло идетъ о переходѣ всего имущества путемъ продажи, даренія, установленія приданаго и т. д. Во всѣхъ не оговоренныхъ закономъ случаяхъ сдѣлокъ „между живыми“ переходъ имущества совершается не иначе, какъ передачей отдѣльныхъ составляющихъ его частей, такъ что земельные участки и соединенныя съ ними права передаются соотвѣтственной отмѣткой въ ипотечныхъ книгахъ, простыя обязательства—договоромъ цессіи, формальныя обязательства—въ предписанныхъ для нихъ закономъ формахъ и т. д. [2]).

Сингулярное преемство обнимаетъ собой, какъ мы сказали, всѣ случаи, когда одно лицо вступаетъ въ отдѣльныя права и обязанности другого лица, и каждое изъ этихъ правъ, равно какъ и каждая обязанность, переносится и пріобрѣтается по особому юридическому акту. Это преемство есть господствующее въ гражданскомъ оборотѣ, и къ нему слѣдуетъ отнести прижизненныя сдѣлки (inter vivos), направленныя на перенесеніе отдѣльныхъ правъ, каковы, напр., традиція вещныхъ и цессія обязательственныхъ правъ, запись въ ипотечныя книги, принятіе чужаго долга и т. д., и завѣщательные отказы среди сдѣлокъ на случай смерти (mortis causa).

Такимъ образомъ, сингулярное преемство характеризуется тѣмъ, что оно касается одного или нѣсколькихъ предметовъ, или правъ и обязанностей, разсматриваемыхъ индивидуально и независимо отъ своего числа. Каждый изъ этихъ предметовъ пріобрѣтается особо, и пріобрѣтатель не отвѣчаетъ за долги своего предшественника: эти долги, если не говорить о тѣхъ, которые обезпечены залогомъ и другими вещными правами, открывающими путь вещному иску, лежатъ на всемъ имуществѣ, а не на какой-либо части этого имущества. Поэтому-же отвѣтственность за долги и имѣетъ мѣсто только при универсальномъ преемствѣ въ цѣломъ или идеальной доли цѣлаго имущества, но не при сингулярномъ преемствѣ отдѣльныхъ частей этого имущества, переходящихъ, по общему правилу,

[1]) Dernburg, Bürgerl. R., I. стр. 317.
[2]) Dernburg, тамъ же. Planiol, тамъ же.

изъ рукъ въ руки безъ всякихъ долговъ [1]). При этомъ не требуется непремѣнно и производнаго способа пріобрѣтенія: пріобрѣтеніе какого-нибудь права отъ неуправомоченнаго на его перенесеніе лица есть сингулярное преемство, такъ какъ единичное право переходитъ и здѣсь изъ одного имущества въ другое, но не изъ имущества неуправомоченнаго, а изъ имущества управомоченнаго на него лица [2]).

Въ виду того, что гражданскія права, по общему правилу, находятся въ свободномъ распоряженіи своихъ субъектовъ, о нихъ говорятъ, какъ о правахъ переносимыхъ. Исключеніе представляютъ права, связанныя по самому своему существу и предмету съ даннымъ лицомъ, какъ, напр., право на имя, право членства въ нѣкоторыхъ союзахъ, права на преимущественную покупку и выкупъ извѣстнаго рода имуществъ, исполненіе договора порученія, права, вытекающія изъ штрафныхъ исковъ, нѣкоторыя формы права пользованія, права мужа въ имуществѣ жены и т. д. Такая непереносимость права можетъ быть установлена и по особому соглашенію заинтересованныхъ лицъ между собой. Въ связи съ этимъ явленіемъ стоитъ и непередаваемость правъ по наслѣдству, составляющая въ имущественныхъ отношеніяхъ такой же исключительный фактъ, какъ и непереносимость правъ при жизни ихъ обладателей. Сюда можно отнести: пожизненныя ренты, участіе въ договорѣ товарищества, право отмѣны даренія и т. д.

Б) Различаютъ еще возмездные и безмездные способы пріобрѣтенія въ соотвѣтствіи съ такимъ же различіемъ юридическихъ сдѣлокъ. Въ первомъ случаѣ пріобрѣтатель даетъ или обѣщаетъ что-либо въ обмѣнъ того, что онъ получаетъ; во второмъ—онъ не дѣлаетъ ни того, ни другого, и совершаетъ пріобрѣтеніе безъ всякаго взаимнаго дѣйствія со своей стороны. Тамъ—возмездное основаніе пріобрѣтенія (causa onerosa), составляющее общее правило въ имущественномъ оборотѣ; здѣсь—безвозмездное основаніе пріобрѣтеніе (causa lucrativa), подчиняемое особымъ правиламъ. Въ обоихъ случаяхъ основаніемъ пріобрѣтенія служатъ, въ большинствѣ случаевъ, юридическія сдѣлки, которыя въ отношеніи къ безмезднымъ способамъ сводятся къ дарению и завѣщанію. Но какъ здѣсь, такъ и тамъ, возможны, кромѣ сдѣлокъ, и другія основанія пріобрѣтенія: напр., наслѣдованіе по закону, давностное владѣніе, пріобрѣтеніе собственности на кладъ, неуполномоченное веденіе чужихъ дѣлъ и т. д. Различіе между возмездными и безмездными способами пріобрѣтенія выражается въ формахъ отчужденія, условіяхъ право- и дѣеспособности участвующихъ при томъ и другомъ пріобрѣтеніи лицъ, объемѣ права распоряженія на предметъ отчужденія—и въ нѣкоторыхъ другихъ отношеніяхъ, о которыхъ можетъ идти рѣчь только въ спеціальной части гражданскаго права. Въ

[1]) Code civ., art. 2092 и 2093.

[2]) Biermann, въ ук. м.

отношеніи къ безмезднымъ способамъ пріобрѣтенія можно отмѣтить тенденцію къ поставленію пріобрѣтенія, напр., созданіемъ особыхъ основаній для его отмѣны, въ менѣе благопріятныя условія, чѣмъ тѣ, которыя установлены для возмездныхъ способовъ пріобрѣтенія.

В) Различіе способовъ пріобрѣтенія *на случай смерти*, или „отъ мертвыхъ“ (mortis causa), и „между живыми“ (inter vivos)—совпадаетъ, въ общемъ, при современномъ состояніи законодательствъ, съ разобраннымъ выше различіемъ универсальнаго и сингулярнаго преемства, и не требуетъ поэтому особыхъ разъясненій. Ограничимся замѣчаніемъ, что при сдѣлкахъ на случай смерти законнымъ условіемъ возникновенія правъ и обязанностей служитъ смерть лица, отъ котораго идутъ эти права и обязанности. Но безразлично, возникаютъ-ли эти права и обязанности уже въ лицѣ наслѣдодателя и отъ него переходятъ къ наслѣднику, или они возникаютъ впервыя въ лицѣ этого послѣдняго со смертью наслѣдодателя, напр., въ формѣ обязанности произвести его погребеніе, поставить ему памятникъ, выплатить извѣстную сумму денегъ и т. д. Всѣ другіе случаи пріобрѣтенія правъ и обязанностей относятся къ пріобрѣтеніямъ „между живыми“, хотя, употребляя это выраженіе, чаще всего имѣютъ въ виду только юридическія сдѣлки „между живыми“.

Въ нашемъ законодательствѣ не указано общихъ началъ для пріобрѣтенія правъ. Все, что мы знаемъ въ этомъ отношеніи о „способахъ пріобрѣтенія правъ на имущества“ по нашему закону, исчерпывается пятью весьма краткими статьями X т., въ его 2-й главѣ 3-го раздѣла 2-ой книги, и изъ этихъ статей общее значеніе для всѣхъ способовъ пріобрѣтенія можетъ быть приписано только ст. 699, сообщающей намъ, что „права на имущества пріобрѣтаются не иначе, какъ способами, въ законахъ опредѣленными“. Широко развитъ одинъ лишь вопросъ о „порядкѣ укрѣпленія правъ на имущества или объ актахъ вообще“, и онъ занималъ въ изданіяхъ X т. до 1887 г. ст. 707—933, выдѣленныя теперь въ особое приложеніе къ ст. 708—709 того же X т. для мѣстностей, гдѣ не введено Положеніе о нотаріальной части, съ которымъ мы ознакомимся нѣсколько ниже. Замѣтимъ здѣсь только то, что слово „укрѣпленіе“ употребляется нашимъ закономъ въ двоякомъ смыслѣ: во-1) законнаго основанія пріобрѣтенія (causa acquirendi) и во-2) внѣшняго акта, удостовѣряющаго это законное основаніе. Само собой разумѣется, что такая двойственность смысла, придаваемаго одному и тому же слову, не можетъ быть одобрена. Существенное значеніе для пріобрѣтенія права можно признать только за законностью его основанія или способа пріобрѣтенія, тогда какъ внѣшніе акты этого пріобрѣтенія различаются по различію правъ и не всегда имѣютъ для нихъ рѣшающее значеніе. Когда ст. 707 нашего X т. говоритъ, что „укрѣпленіе правъ на имущество производится 1) крѣпостными, нотаріальными, явочными или домашними актами; 2) передачей самого имущества или

вводомъ во владѣніе онымъ“,—она, очевидно, имѣетъ въ виду только акты, а не основанія пріобрѣтенія, и, притомъ, только возможные и далеко не всегда необходимые акты пріобрѣтенія. Иначе нельзя было бы понять, почему пріобрѣтеніе правъ во многихъ случаяхъ, какъ, напр., при деликтахъ и другихъ правонарушеніяхъ, обходится безъ всякихъ актовъ укрѣпленія, и почему два изъ указанныхъ въ ст. 707 способовъ укрѣпленія какъ разъ тѣхъ правъ, къ которымъ они имѣютъ спеціальное отношеніе, а именно—вводъ во владѣнія для собственности на недвижимости и передача вещи для движимостей—не играютъ рѣшающей роли и при пріобрѣтеніи этихъ правъ. Поэтому, оставляя въ сторонѣ форму актовъ, которая стоитъ часто въ непосредственной связи съ самимъ пріобрѣтеніемъ, и о которой намъ придется говорить особо въ ученіи о формальныхъ и безформенныхъ сдѣлкахъ,—мы можемъ теперь же сказать, что указываемые ст. 707 способы укрѣпленія представляются скорѣе способами доказательства, чѣмъ способами пріобрѣтенія различныхъ правъ, и что о нихъ умѣстнѣе говорить въ спеціальной части гражданскаго права, въ связи съ правами, которымъ они служатъ тѣмъ или другимъ укрѣпленіемъ.

Однако, и при всей недостаточности общихъ опредѣленій нашего Свода законовъ гражданскихъ, изъ смысла его частныхъ постановленій о пріобрѣтеніи отдѣльныхъ видовъ правъ можно заключить, что и ему не чуждо сознаніе изложенныхъ выше началъ пріобрѣтенія правъ. Такъ, напр., въ ст. 420 указывается, что пріобрѣтеніе права собственности имѣетъ мѣсто, когда кто-либо получитъ „власть владѣть, пользоваться и распоряжаться имуществомъ исключительно и независимо отъ лица посторонняго“, другими словами—когда это право связывается съ извѣстнымъ лицомъ, какъ его субъектомъ. Въ той же ст. 420 содержится также довольно ясно выраженное различіе пріобрѣтенія первообразнаго и производнаго. Въ начальныхъ словахъ статьи: „кто бывъ первымъ пріобрѣтателемъ имущества въ частную его принадлежность“, заключается указаніе на первообразное пріобрѣтеніе имущества, а въ послѣдующихъ словахъ: „или кому власть сія отъ перваго его пріобрѣтателя перешла непосредственно, или черезъ послѣдующія передачи и укрѣпленія“—можно усмотрѣть производное пріобрѣтеніе. Не подлежитъ сомнѣнію, что законъ нашъ отличаетъ и универсальное преемство отъ сингулярнаго. Такъ, наслѣдство по ст. 1104 опредѣляется, какъ совокупность имуществъ, правъ и обязательствъ, остающихся послѣ умершаго, и все это, на основаніи ст. 1258 и 1259, переходитъ къ наслѣдникамъ во всей своей совокупности, т.-е., какъ въ правахъ, такъ и обязанностяхъ. Что касается правила: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, то нашъ Сенатъ видитъ его выраженнымъ въ ст. 521, которая дозволяетъ собственнику имущества, находящагося во временномъ владѣніи другого, передавать право собственности на него,

не стѣсняя этимъ правъ отдѣльнаго владѣнія [1]). Примѣненіе этого же правила можно найти и въ ст. 1392, лишающей покупщика спорнаго имущества права на это имущество въ случаѣ отсужденія его отъ продавца, и это потому, что оно было спорно въ лицѣ передатчика. Исключенія изъ этого же правила даютъ намъ ст. 529, 534, 612—615 X т. 1 ч.

Въ нашемъ законѣ (примѣч. къ ст. 699) указаны и слѣдующіе способы пріобрѣтенія: „1) способы дарственные и безмездные, а именно: пожалованіе, выдѣлъ имущества дѣтямъ отъ родителей, даръ, духовное завѣщаніе; 2) наслѣдство; 3) способы обоюдные, каковы суть мѣна и купля; 4) договоры и обязательства.

3. Измѣненіе правъ.

Между возникновеніемъ и прекращеніемъ права лежитъ обширная область его дѣйствія. Это дѣйствіе опредѣляется слѣдующимъ общимъ правиломъ: разъ возникшее право дѣйствуетъ до тѣхъ поръ, пока не наступаютъ факты, прекращающіе его существованіе, и такъ какъ наступленіе ни одного юридическаго факта не принимается само собой, а должно быть доказано, то возникшее право продолжаетъ существовать, пока не доказано его прекращеніе. Но это существованіе права возможно или въ томъ видѣ, какъ оно возникло, или въ измѣненныхъ послѣдующими фактами формахъ, которыя допускаютъ, въ свою очередь, также двоякое представленіе. Измѣненія въ правѣ можно мыслить или такъ, какъ бы они заключали въ себѣ прекращеніе прежняго права въ связи съ возникновеніемъ новаго и однороднаго съ первымъ права, или такъ, какъ бы ими вовсе не затрогивалось существо и тождество стараго права съ новымъ. Первое изъ этихъ представленій характеризуетъ какъ мы на это уже указывали [2]), древне-римское право и удерживается даже въ Юстиніановомъ законодательствѣ, которое отрицаетъ, напр., сингулярное преемство въ обязательствахъ, но достигаетъ его практически-необходимой цѣли сложной юридической конструкціей, уничтожающей существующее обязательственное отношеніе и ставящей на его мѣсто новое. Современныя законодательства держатся, напротивъ, второго изъ указанныхъ представленій и признаютъ въ гораздо бо́льшемъ объемѣ, чѣмъ это дѣлало римское право, наряду съ прекращеніемъ одного и возникновеніемъ другого права, и такія измѣненія въ составѣ права, при которыхъ оно, измѣняясь лишь въ своихъ второстепенныхъ послѣдствіяхъ, сохраняетъ во всемъ существенномъ свое тождество.

---

[1]) Анненковъ, I, стр. 271—273.

[2]) См. выше, стр. 383—4.

Во многихъ случаяхъ практическое различіе между тѣмъ и другимъ видомъ измѣненія права будетъ ничтожно, такъ какъ должникъ останется одинаково обязаннымъ къ платежу, все равно, установитъ-ли его кредиторъ новое обязательство въ формѣ новаціи или делегаціи, или передастъ другому лицу то же обязательство въ формѣ цессіи. Но нерѣдки и такіе случаи, когда это различіе получаетъ большую важность для правъ и обязанностей, связанныхъ съ тѣмъ юридическимъ отношеніемъ, которое претерпѣваетъ то или другое измѣненіе, напр., для тяготѣющихъ на собственности сервитутовъ или соединенныхъ съ даннымъ обязательствомъ залога, поручительства и т. д. При измѣненіяхъ, не затрогивающихъ тождества права, всѣ добавочныя къ нему права и обязанности, равно какъ и всѣ усиливающія или ослабляющія его качества, продолжаютъ существовать, а при измѣненіяхъ, уничтожающихъ прежнее и устанавливающихъ новое право, эти же права и обязанности перестаютъ существовать. Но какія именно измѣненія въ правѣ должны быть отнесены въ ту или другую категорію измѣняющихъ его юридическихъ фактовъ, этотъ вопросъ не допускаетъ общаго рѣшенія и долженъ разсматриваться въ связи съ отдѣльными юридическими отношеніями [1]).

Измѣненія въ правѣ касаются, въ общемъ, или субъекта, или содержанія права. Измѣненія въ субъектѣ права составляютъ преемство, о которомъ мы уже вели рѣчи, а измѣненія въ содержаніи права могутъ быть или количественнаго, или качественнаго характера. Въ количественномъ отношеніи измѣненное право можетъ оказаться или больше, или меньше того права, которое подверглось измѣненію: напр., предметъ собственности дѣлается больше отъ присоединяющихся къ нему намывовъ и другихъ приращеній (accessio), предметъ обязательства становится меньше послѣ частичнаго удовлетворенія кредитора, и т. д. Въ качественномъ отношеніи на мѣсто одного предмета права и одного иска можетъ вступить другой предметъ права и другой искъ: напр., неисполненіе обязательства или нарушеніе собственности, не оставляющее возможности ея возстановленія, ставятъ въ первомъ случаѣ на мѣсто условленнаго дѣйствія вознагражденіе за убытки, а во второмъ—на мѣсто вещнаго иска собственника обязательственный искъ о тѣхъ же убыткахъ. Наконецъ, измѣненіе правъ и обязанностей можетъ состоять какъ въ ихъ усиленіи или расширеніи, такъ и въ ихъ ослабленіи или ограниченіи. Усиленіе правъ мы имѣемъ въ случаяхъ присоединенія къ данному обязательству поручительства, залога, неустойки и другихъ формъ укрѣпленія и обезпеченія обязательствъ; усиленіе обязанностей — при просрочкѣ должника (mora debitoris), совершеніи имъ деликта и т. д. Примѣры ослабленія правъ даютъ намъ погашающая давность, зачетъ въ одно обязательство другого (compensatio), право задержанія вещей должника (jus reten-

[1]) Regelsberger, стр. 445. Biermann, стр. 126.

tionis), отсрочка въ исполненіи обязательства, принятіе наслѣдства cum beneficio inventarii, т.-е. съ оговоркой о платежѣ наслѣдственныхъ долговъ только въ размѣрѣ актива наслѣдственнаго имущества; ослабленіе обязанностей мы видимъ, напр., при просрочкѣ кредитора (mora accipiendi). Сюда же принадлежатъ и „натуральныя обязательства“ (naturalis obligatio), лишенныя иска, но осуществляемыя путемъ возраженія и нѣкоторыхъ другихъ способовъ юридической защиты (напр., обязательства, возникающія изъ игры), и случаи такъ наз. „спящаго“ или бездѣятельнаго состоянія права (Ruhen des Rechts), напр., собственность на вещь, состоящую частью другой вещи, бумаги на предъявителя или векселя въ рукахъ выдавшаго ихъ должника, предіальные сервитуты, совпадающіе съ собственностью на служащій участокъ, и т. д. [1]).

Всѣ эти случаи ослабленія правъ и обязанностей, совпадающіе отчасти съ ихъ „пассивнымъ дѣйствіемъ“ [2]), надо отличать отъ прекращенія правъ. Здѣсь—право теряетъ всякую силу, и соотвѣтствующее ему фактическое состояніе не можетъ быть возстановлено иначе, какъ созданіемъ новаго права. Тамъ—право не теряетъ всей своей силы и попадаетъ только временно въ такое положеніе, въ которомъ оно или вовсе не можетъ или можетъ лишь отчасти проявить свое дѣйствіе. Но если обстоятельства измѣняются, и факты, препятствующіе дѣйствію права, устраняются, оно вступаетъ въ полную силу и не имѣетъ надобности въ новомъ созданіи [3]).

4. Прекращеніе правъ.

Способы прекращенія правъ такъ же разнообразны, какъ и способы ихъ возникновенія. Первое мѣсто въ обоихъ случаяхъ занимаютъ юридическія дѣйствія какъ управомоченныхъ, такъ и третьихъ лицъ; за ними идутъ всевозможные объективные факты, не зависящіе отъ человѣческой воли.

Въ примѣръ уничтожающихъ права юридическихъ дѣйствій управомоченныхъ лицъ можно указать на отреченіе отъ права, отчужденіе его другому лицу, платежъ должникомъ по своему обязательству и т. д. Въ примѣръ юридическихъ дѣйствій третьихъ лицъ приведемъ: давностное владѣніе чужой вещью, переходящее въ право собственности на нее и уничтожающее право прежняго собственника; переработку кѣмъ-либо моей вещи въ другую; неуправомоченное отчужденіе моей вещи третьимъ лицомъ добросовѣстному владѣльцу, пріобрѣтающему на нее право соб-

[1]) Windscheid-Kipp, стр. 302—3.
[2]) См. выше, стр. 384—8.
[3]) Windscheid-Kipp, тамъ же. Regelsberger, стр. 496.

ственности; исполненіе моего обязательства неуполномоченнымъ на это третьимъ лицомъ и т. п. Наконецъ, въ примѣръ объективныхъ фактовъ, уничтожающихъ то или другое право, сошлемся на смерть управомоченнаго или обязаннаго лица, прекращающую не только права личности и семейныя права, но и узуфруктъ, и нѣкоторыя чисто личныя обязательства; разрушеніе вещи, полагающее конецъ какъ существовавшимъ въ ней вещнымъ правамъ, такъ въ извѣстныхъ случаяхъ и обязательствамъ, имѣвшимъ ее своимъ предметомъ; сліяніе одной вещи съ другой, уничтожающее мое право въ слитой вещи; истеченіе времени, установленнаго для дѣйствія моего права; наступленіе условія, при которомъ данное право не можетъ существовать, и т. д. Юридическія послѣдствія всѣхъ этихъ юридическихъ фактовъ, приводящихъ на основаніи нормъ объективнаго права къ прекращенію того или другого юридическаго отношенія, различаются по различію прекращаемыхъ ими юридическихъ отношеній. Поэтому уже они не допускаютъ общаго изложенія. Но важнѣйшій изъ способовъ прекращенія правъ, которымъ служитъ такъ наз. отчужденіе, представляетъ извѣстныя общія черты для всѣхъ отчуждаемыхъ правъ, и мы посвятимъ ему нѣсколько общихъ замѣчаній.

Отчужденіемъ (alienatio) въ широкомъ смыслѣ называютъ всякое прекращеніе права по волѣ управомоченнаго лица, такъ что оно обнимаетъ собой не только прекращеніе права для даннаго лица съ перенесеніемъ его на другое лицо, но и односторонніе акты отреченія отъ права безъ перенесенія его на другое лицо, равно какъ и ограниченія одного права установленіемъ въ его предметѣ правъ третьихъ лицъ, какъ это происходитъ, напр., при заказѣ сервитутовъ или залога [1]). Но въ тѣсномъ смыслѣ отчужденіе есть прекращеніе права только путемъ перенесенія его на другое лицо и, слѣдов., одно лишь субъективное прекращеніе права, т.-е. прекращеніе его для даннаго лица, тогда какъ объективно отчужденное право продолжаетъ жить въ другомъ лицѣ съ тѣмъ же содержаніемъ и тѣми же особенностями, которыя отличали его и до акта отчужденія.

Не надо только упускать изъ виду, что отчужденіе и въ тѣсномъ смыслѣ представляется единой сдѣлкой, а не соединеніемъ двухъ сдѣлокъ, изъ которыхъ одна заключала бы въ себѣ прекращеніе права для даннаго лица, а другая — установленіе права равнаго содержанія для другого. Такое раздвоеніе сдѣлки отчужденія не можетъ быть допущено уже потому, что тотъ, кто переноситъ свое право на другого, хочетъ именно этого перенесенія, а не прекращенія права, которое есть для него только послѣдствіе, а не цѣль сдѣлки отчужденія. Это соображеніе можетъ быть практически важно, и, особенно, тамъ, гдѣ переходъ права встрѣчается

[1]) Regelsberger, стр. 449.

съ какимъ-либо препятствіемъ на сторонѣ его пріобрѣтенія, напр., съ неправоспособностью пріобрѣтателя; въ этихъ случаяхъ не принимается и прекращенія права.

Отреченіе, или отказъ отъ права, есть то же отчужденіе, но безъ установленія права въ другомъ лицѣ. Это послѣднее можетъ получить отъ него извѣстныя выгоды: напр., дереликція, или оставленіе вещи на произволъ судьбы, дѣлаетъ возможнымъ пріобрѣтеніе на нее собственности черезъ оккупацію, или овладѣніе; прощеніе долга увеличиваетъ имущество должника; отказъ отъ сервитута улучшаетъ положеніе собственника служащаго участка и т. д. Но всѣ эти выгоды третьихъ лицъ не входятъ въ понятіе отреченія отъ правъ, и если это послѣднее дѣлается только въ виду этихъ выгодъ, оно будетъ скорѣе отчужденіемъ въ тѣсномъ смыслѣ, чѣмъ отреченіемъ отъ права.

Оба отношенія стоятъ такъ близко другъ къ другу, что отреченіе отъ правъ допускается, по общему правилу, только въ границахъ ихъ переносимости. Тѣмъ не менѣе, различіе этихъ отношеній получаетъ особенное значеніе при толкованіи законовъ, содержащихъ въ себѣ запреты отчужденій и отреченій отъ правъ. Эти запреты могутъ касаться либо уже существующаго и принадлежащаго данному лицу права, либо одной возможности его пріобрѣтенія. Напр., запрещеніе отчужденій in fraudem creditoris, т.-е. во вредъ кредитору, касается въ пандектномъ, т.-е. современномъ римскомъ правѣ, только пріобрѣтенныхъ правъ, но не возможности пріобрѣтенія того или другого права, напр., будущаго наслѣдства путемъ его своевременнаго принятія. Напротивъ, подъ запретъ отчужденій имущества малолѣтняго, состоящаго подъ опекой, подпадаетъ и простая возможность пріобрѣтенія, которая не можетъ быть утрачена отреченіемъ отъ нея опекуна. Поэтому же общія понятія отчужденія и отреченія отъ правъ едва-ли имѣютъ большое значеніе, разъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ приходится изслѣдовать, въ какомъ смыслѣ тотъ или другой законъ оперируетъ этими понятіями. Ни отчужденіе, ни отреченіе отъ правъ не представляютъ собой самостоятельныхъ юридическихъ сдѣлокъ, подобныхъ куплѣ-продажѣ, займу, завѣщанію и т. д. Это—только принципы, выступающіе при различныхъ юридическихъ сдѣлкахъ въ одеждѣ то дереликціи—при вещныхъ правахъ, то прощенія долга—при обязательствахъ, то формальнаго отреченія—въ наслѣдственномъ правѣ и т. д. Поэтому ни для отчужденія въ тѣсномъ смыслѣ, ни для отреченія отъ правъ, нельзя и думать объ общемъ ученіи, въ смыслѣ общихъ условій дѣйствительности, осуществленія и юридическихъ послѣдствій принадлежащихъ къ нимъ отношеній. Отвѣтъ на вопросы: когда и при какой фактической обстановкѣ возможны эти отношенія, достаточно-ли здѣсь одного волеизъявленія, или требуется еще реальное дѣйствіе, въ какихъ случаяхъ отреченіе отъ правъ не обходится безъ согласія того, кто можетъ воспользоваться его результатомъ, — отвѣтъ на эти вопросы, возбуждаемые практикой отчужденій и отреченій, можетъ

быть полученъ только изъ юридической природы отчуждаемыхъ правъ, а не изъ понятій отчужденія или отреченія отъ правъ.

Объ отреченіи слѣдуетъ еще сказать, что, при всемъ разнообразіи его предмета, которымъ служатъ различныя права, полномочія, привилегіи, возможности пріобрѣтенія и т. д., этимъ предметомъ могутъ быть только выгоды и преимущества, но не обязанности и долги, и не такія юридическія состоянія, съ которыми связаны одновременно права и обязанности. Поэтому же, отрекаясь отъ правъ, нельзя отречься и отъ регулирующихъ ихъ нормъ, и если иногда говорятъ объ отреченіи, напр., отъ S. C. Vellejanum или другихъ законодательныхъ нормъ, то понимать это надо въ смыслѣ отреченія только отъ субъективныхъ правъ, основанныхъ на тѣхъ или другихъ нормахъ. Точно такъ же нельзя отречься и отъ такихъ правовыхъ состояній, какъ, напр., родство, но можно отречься отъ вытекающихъ изъ него правъ, напр., наслѣдованія. Равнымъ образомъ нельзя отречься отъ правъ личности и ихъ послѣдствій, защиты противъ обмана (exceptio doli generalis), права на алименты, или содержаніе, имѣющее возникнуть въ будущемъ, и т. д. Отреченіе отъ большинства правъ по обязательствамъ возможно только въ формѣ договора, такъ какъ для дѣйствительности такого отреченія необходимо согласіе должника. Но при вещныхъ правахъ, какъ, напр., собственности, сервитутахъ и т. д., достаточно въ большинствѣ случаевъ и односторонняго отказа—безъ того, чтобы на него требовалось чье-либо согласіе; сюда принадлежитъ римская дереликція движимыхъ и недвижимыхъ вещей, отреченіе отъ сервитутовъ и т. д. Въ современномъ правѣ—напр., въ новомъ нѣмецкомъ уложеніи—дѣло обстоитъ такъ же по отношенію къ движимостямъ, но для дѣйствительности отказа отъ правъ на недвижимость требуется соотвѣтственное заявленіе въ ипотечномъ учрежденіи и отмѣтка въ ипотечныхъ книгахъ. Для отказа же отъ права пользованія какъ въ недвижимости, такъ и въ движимости, признается достаточнымъ, хотя и односторонній, но все-таки такой односторонній отказъ, о которомъ собственникъ этихъ имуществъ имѣетъ возможность освѣдомиться. Внѣ случаевъ, въ которыхъ законъ требуетъ для дѣйствительности отреченія его выраженія въ заранѣе опредѣленныхъ формахъ, отреченіе можетъ быть выведено, при соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла, и изъ такъ наз. конклюдентныхъ дѣйствій, напр., продолжительнаго воздержанія отъ отправленія права, упущенія возраженій противъ этого отправленія и т. д.

Утверждаютъ еще, что въ случаяхъ сомнѣнія толкованіе отреченія должно быть ограничительное и идти противъ него. Но это утвержденіе приходится признать или невѣрнымъ, или не заключающимъ въ себѣ ничего такого, что составляло бы особенность отреченія. Отреченіе, какъ и всѣ акты воли, должно толковаться во всемъ своемъ объемѣ и по совокупности обстоятельствъ дѣла. Поэтому оно не исключаетъ и распространительнаго толкованія. Но въ него, какъ и въ другія волеизъявленія,

нельзя вкладывать то, что въ немъ не содержится, и обязывать лицо, отрекающееся отъ какого-либо права, такой отвѣтственностью, которая не входила въ его намѣренія [1]).

Нашъ законъ упоминаетъ о слѣдующихъ видахъ прекращенія правъ: а) смерть, которой прекращаются, однако, только личныя права,—права съ имущественнымъ характеромъ переходятъ къ наслѣдникамъ; б) гибель вещи — для собственности и другихъ правъ, имѣющихъ своимъ предметомъ индивидуально-опредѣленную вещь, причемъ эта гибель можетъ быть какъ физическая, такъ и юридическая, напр., при изъятіи вещи изъ гражданскаго оборота, при экспропріаціи, конфискаціи и т д.; иные сервитуты прекращаются еще не только разрушеніемъ вещи, которая служитъ ихъ предметомъ (ст. 459), но и смертью лица, въ пользу котораго они установлены (напр., пожизненное пользованіе, ст. 533^{1-13}); в) отреченіе отъ права, выражаемое или заявленіемъ о нежеланіи обладать даннымъ правомъ, или извѣстнымъ дѣйствіемъ, напр., дереликціей, неявкой наслѣдника къ наслѣдству (ст. 1265) и т. д., причемъ изъ ст. 408 можно вывести заключеніе, что оставленныя недвижимости дѣлаются собственностью государства; отреченіе отъ обязательственнаго права считается дѣйствительнымъ только тогда, когда оно принято лицомъ обязаннымъ (ст. 1547 и къ ней сен. рѣш. 80/196); г) погашающая давность (ст. 692 и 694), о которой мы будемъ говорить особо въ ученіи о вліяніи времени; д) отчужденіе, какъ добровольная передача права отъ одного лица другому, противополагается принудительному прекращенію права, которое обходится безъ воли его субъекта, напр., при экспропріаціи, конфискаціи и другихъ распоряженіяхъ государственной власти.

5. Время.

Время есть необходимый спутникъ всѣхъ безъ различія юридическихъ отношеній, но оно вліяетъ на нихъ не само по себѣ, а черезъ тѣ или другіе юридическіе факты, которые имъ обусловливаются или ограничиваются, какъ мы видимъ это, напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда начало или конецъ какого-нибудь права связывается съ наступленіемъ того или другого срока или совершеніемъ какого-либо дѣйствія въ предѣлахъ опредѣленнаго впередъ промежутка времени. И такъ какъ вліяніе это приспособляется къ различію юридическихъ отношеній и разнообразится до безконечности, то объ единомъ институтѣ времени не можетъ быть собственно рѣчи. Но можно отмѣтить главнѣйшіе случаи, въ которыхъ объективное право спеціально занимается временемъ, какъ факторомъ возникновенія, измѣненія и прекращенія юридическихъ отношеній. Эти

[1]) Regelsberger, стр. 451—3.

случаи представляютъ намъ: А) сроки, Б) и В) институты давности, Г) способы измѣренія времени.

А) Сроки, устанавливаемые юридическими сдѣлками, правительственными распоряженіями и закономъ, имѣютъ два значенія, которыя необходимо различать. Они берутся или въ смыслѣ промежутка времени, заключающаго въ себѣ цѣлый рядъ его единицъ, или въ смыслѣ недѣлимаго момента, не различаемаго въ своихъ единицахъ. Нашъ языкъ не передаетъ этого различія, но оно несомнѣнно существуетъ, такъ какъ промежутокъ времени, въ теченіе котораго то или другое дѣйствіе можетъ быть совершено, и крайніе пункты этого промежутка времени, его начальный и конечный моменты, обусловливающіе возникновеніе или прекращеніе права, представляютъ собой не одно, а два понятія. Тамъ время является длящимся состояніемъ, здѣсь—моментомъ, отъ котораго или до котораго исчисляются тѣ или другія юридическія послѣдствія. Тамъ оно не опредѣляетъ собою пріобрѣтенія или потери права, предполагая уже состояніе фактически существующаго или пріобрѣтеннаго и утраченнаго права; здѣсь оно ведетъ къ тому или другому результату и носитъ названіе преклузивнаго, или пресѣкательнаго срока, примѣрами котораго могутъ служить сроки для подачи различныхъ бумагъ, напр., апелляціонныхъ и кассаціонныхъ жалобъ, или нашъ 3-лѣтній срокъ для выкупа родовыхъ имуществъ (ст. 1363), наши же сроки для поручительства (ст. 1558, 1560), запродажи (ст. 1687), требованія приплода животныхъ (ст. 431) и т. д.

О срокахъ, устанавливаемыхъ для начала или конца правъ въ юридическихъ сдѣлкахъ, мы будемъ говорить въ ученіи объ этихъ послѣднихъ и ограничимъ здѣсь наше изложеніе нѣсколькими общими указаніями только на такъ наз. законные сроки.

Они устанавливаются закономъ, который заключаетъ извѣстныя права въ опредѣленные предѣлы времени и не допускаетъ за этими предѣлами ихъ дѣйствія. Эта — такъ наз. срочныя права, для примѣра которыхъ можно привести личные сервитуты, ограниченные предѣлами человѣческой жизни, 100-лѣтнюю по римскому праву продолжительность узуфрукта юридическаго лица, договоры товарищества, личнаго найма, порученія, владѣльческіе иски, иски по оспариванію всевозможныхъ правъ, различные виды права выкупа, наконецъ—авторскія, патентныя и т. п. права. Дѣйствіе всѣхъ этихъ правъ прекращается съ истеченіемъ установленнаго для нихъ срока, и въ этомъ отношеніи оно сходится съ погашающей давностью, приводящей также въ прекращеніи права по прошествіи опредѣленнаго закономъ промежутка времени, въ теченіе котораго оно остается безъ осуществленія. Но за этимъ сходствомъ скрываются и важныя различія.

Во-1), основаніе прекращенія срочнаго права лежитъ не въ дѣйствіи или бездѣйствіи управомоченнаго лица, какъ мы видимъ это при давности, а исключительно въ срочности права, которое теряетъ свою силу только потому,

что оно ограничено въ своемъ существованіи извѣстнымъ срокомъ, независимо отъ того, отправляется-ли оно, и какъ отправляется своимъ субъектомъ.

Во-2), срочное право, какъ право, ограниченное во времени, прекращается съ истеченіемъ положеннаго для его дѣйствія промежутка времени вполнѣ и на основаніи закона (ipso jure), такъ что судья долженъ считаться съ этимъ обстоятельствомъ по долгу службы (ex officio), независимо отъ ссылки на него сторонъ. Напротивъ, погашающая давность дѣйствуетъ, какъ самостоятельный институтъ, не только противъ срочныхъ, но и противъ безсрочныхъ правъ,—дѣйствуетъ, однако, не ipso jure, какъ срочность права, а ope exceptionis, т.-е. путемъ предъявленія возраженія о давности, безъ котораго судья не принимаетъ прекращенія не только права, но и иска, если бы даже теченіе давности и было завершено. Поэтому мы и можемъ сказать, что погашающая давность касается только иска, а законные сроки дѣйствуютъ на самое право, и что первая даетъ мѣсто лишь такимъ возраженіямъ противъ права, при которыхъ это послѣднее можетъ продолжать свое существованіе, тогда какъ законные сроки уничтожаютъ это право независимо отъ какихъ бы то ни было возраженій и въ силу самого закона.

Указанными чертами сходства и различія между основаніемъ и дѣйствіемъ срочныхъ правъ и погашающей давности объясняется какъ то, что нѣкоторыя изъ положеній, признанныхъ для погашающей давности,—напр. положенія о пріостановкѣ ея теченія въ случаяхъ потери дѣеспособности, безвѣстнаго отсутствія, непреодолимой силы и т. д.,—переносятся спеціальными законодательными постановленіями и на срочныя права, какъ и то, что большинство этихъ положеній остается безъ примѣненія для срочныхъ правъ [1]).

Но сроки имѣютъ важное значеніе не только въ смыслѣ промежутковъ времени, ограничивающихъ дѣйствіе извѣстныхъ правъ, но и въ смыслѣ даты, или момента возникновенія и прекращенія какъ этихъ же, такъ и другихъ правъ. Напр., при встрѣчѣ многихъ правъ противъ одного и того же лица, каждое изъ нихъ удовлетворяется, въ мѣрѣ возможнаго, какъ это намъ уже извѣстно [1]), независимо отъ всѣхъ другихъ. Но для предупрежденія конфликтовъ и несправедливости въ порядкѣ удовлетворенія конкурирующихъ между собой правъ, въ этомъ порядкѣ удовлетворенія устанавливается извѣстная очередь, и преимущество или такъ наз. пріоритетъ одного права передъ другимъ опредѣляется, главнымъ образомъ, по датѣ или моменту возникновенія этихъ правъ. Это особенно касается вещныхъ правъ, которыя осуществляются преимущественно передъ обязательственными, за исключеніемъ, по нѣкоторымъ законодательствамъ, только тѣхъ обязательствъ, которыя направлены на

[1]) Crome, стр. 499–500. Kohler, 259—261. Biermann, стр. 354.
[2]) См. выше, стр. 402, 414–416.

индивидуально-опредѣленную вещь и, при своемъ болѣе раннемъ возникновеніи, получаютъ удовлетвореніе преимущественно передъ послѣ возникшимъ вещнымъ правомъ (Kauf bricht nicht Miethe). Но при конкурренціи однихъ вещныхъ правъ каждое изъ нихъ осуществляется въ зависимости отъ своей даты: болѣе ранняя передача собственности устраняетъ болѣе позднюю, старшее залоговое право идетъ впереди младшаго и т. д.

Дата права играетъ большую роль и во многихъ другихъ случаяхъ, напр., при спорахъ о различныхъ изобрѣтеніяхъ и заявкахъ этихъ изобрѣтеній, при сдѣлкахъ, основанныхъ на пережитіи однимъ лицомъ другого, при отмѣнѣ одного волеизъявленія другимъ, когда это послѣднее получается другой договаривающейся стороной одновременно или ранѣе перваго, и т. д.

Б) Давностью мы называемъ признанное положительнымъ правомъ превращеніе фактическаго состоянія въ юридическое дѣйствіемъ времени [1]). Это явленіе покоится на той же идеѣ, что̀ и обычное право. Въ обоихъ случаяхъ приносится дань мощи времени, вызывающей юридическія послѣдствія: тамъ — для субъективнаго, здѣсь — для объективнаго права. И юридическія послѣдствія давности для субъективнаго права могутъ лежать какъ въ его установленіи, такъ и прекращеніи. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ пріобрѣтающую давность, или давность владѣнія (usucapio, praescriptio acquisitiva), во второмъ — погашающую, или исковую давность (praescriptio extinctiva).

Но ни то, ни другое явленіе не представляетъ единства. Ни пріобрѣтающая, ни погашающая давность, не служитъ общимъ основаніемъ для пріобрѣтенія или потери правъ. Существуютъ права, напр., семейныя, не подвергающіяся давности, и ея дѣйствіе основано всегда на предписаніи положительнаго права, никогда не предполагаясь само собой. Кромѣ того, условія какъ пріобрѣтенія, такъ и потери права въ силу давности различаются по отдѣльнымъ юридическимъ отношеніямъ. Поэтому мы и встрѣчаемъ почти столько же институтовъ пріобрѣтающей и погашающей давности, сколько мы знаемъ юридическихъ отношеній, допускающихъ примѣненіе къ себѣ этихъ институтовъ, и объ общемъ ученіи о давности, выставленномъ еще въ средніе вѣка и находившемъ поддержку еще въ минувшемъ столѣтіи, теперь не можетъ быть рѣчи [2]).

Все, что есть общаго въ институтахъ пріобрѣтающей и погашающей давности, сводится къ тому, что они имѣютъ своей цѣлью облегченіе защиты права: продолжительное, но лишенное формальнаго юридическаго

---

[1]) Crome, стр. 503.

[2]) Это безапелляціонно доказано Савинью въ его „Системѣ современнаго римскаго права“, т. IV, § 178, противъ Unterholzner'a, Ausführliche Entwiecklung der gesammten Verjährungslehre, 1827, стоявшаго еще на противоположной точкѣ зрѣнія. Обстоятельное изложеніе этого вопроса у Unger'a, Syst., II, стр. 249 и слѣд.

титула и, во всякомъ случаѣ, спорное отправленіе права дѣлается, благодаря пріобрѣтающей давности, безспорнымъ, а продолжительное неотправленіе какого-либо права ведетъ черезъ погашающую давность къ потерѣ исковой защиты, въ пользу лица, терпящаго ущербъ отъ неопредѣленнаго состоянія этого права. Въ получаемомъ отсюда облегченіи доказательствъ и обезпеченіи существующихъ юридическихъ состояній лежитъ внутреннее оправданіе всѣхъ видовъ давности, и это облегченіе доказательствъ имѣетъ тѣмъ болѣе важности, что цѣнность правъ зависитъ не только отъ ихъ пріобрѣтенія и потери, но и отъ возможности доказать эти права въ случаѣ ихъ оспариванія. Это доказательство тѣмъ труднѣе, чѣмъ дальше отстоитъ право отъ времени своего возникновенія, и во многихъ случаяхъ оно невозможно. Сдѣлавъ, напр., десятки лѣтъ назадъ какой-нибудь долгъ, я могу утратить всѣ доказательства произведеннаго по нему платежа, и еще менѣе эти доказательства могутъ сохраниться у моихъ наслѣдниковъ. Тутъ намъ и приходитъ на помощь давность, юридическое значеніе которой можно свести къ запрету ссылаться на устарѣлые факты какъ противъ продолжительнаго отправленія, такъ и противъ продолжительнаго неотправленія правъ, пріобрѣтаемыхъ и утрачиваемыхъ путемъ такого отправленія и неотправленія.

Подобное устраненіе изъ области защиты права устарѣлыхъ доказательствъ можетъ быть или предоставлено судебному усмотрѣнію, или выражено въ законныхъ срокахъ давности. Давность есть именно выраженное въ такихъ законныхъ срокахъ устраненіе устарѣлыхъ доказательствъ того или другого права, и если эти сроки, какъ и всѣ числовыя измѣренія въ правѣ, заключаютъ въ себѣ значительный элементъ произвольнаго, то это все-таки предпочтительнѣе судебнаго произвола.

Объ институтахъ пріобрѣтающей давности можно еще сказать, что они представляются не самостоятельными, а вспомогательными институтами къ нѣкоторымъ вещнымъ правамъ, напр., собственности и сервитутамъ, облегчая чрезвычайно защиту этихъ правъ и оказывая этимъ неоцѣненныя услуги гражданскому обороту. Старые писатели говорили объ этой давности, какъ о „покровительницѣ человѣческаго рода“ („patrona generis humani“), а мотивы къ французскому кодексу утверждали, что „изъ всѣхъ институтовъ гражданскаго права, это—самый необходимый для соціальнаго порядка“. И это вѣрно, такъ какъ, при господствѣ въ современномъ оборотѣ производныхъ способовъ пріобрѣтенія, ни одно имущество не было бы ограждено безъ давности отъ постояннаго оспариванія, и никто не могъ бы обезпечить за собой обладанія своимъ имуществомъ иначе, какъ невозможнымъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ доказательствомъ правъ всѣхъ своихъ предшественниковъ по обладанію этимъ имуществомъ [1]).

---

[1]) Jhering, Geist, III, § 55, стр. 201—220. Planiol, стр. 849.

Тѣмъ не менѣе, мы должны отнести изложеніе институтовъ пріобрѣтающей давности въ спеціальную часть гражданскаго права, такъ какъ, разъ эти институты служатъ въ помощь защитѣ собственности, сервитутовъ и нѣкоторыхъ другихъ вещныхъ правъ, то изученіе ихъ возможно только въ связи съ этими правами.

Что касается погашающей давности, то она представляетъ болѣе общій характеръ и должна быть разсмотрѣна въ системѣ общей части гражданскаго права.

В) Погашающая давность объясняется и независимо отъ услугъ, оказываемыхъ ею обезпеченности права. Разрушающее или, по крайней мѣрѣ, притупляющее и усыпляющее дѣйствіе времени есть слишкомъ хорошо извѣстный фактъ, чтобы на немъ нужно было останавливаться. Всѣ права возникаютъ и существуютъ во времени; имъ они необходимо и ограничиваются, такъ какъ вѣчныхъ правъ и, особенно, вѣчно дѣйствующихъ исковъ нѣтъ и быть не можетъ. Даже осуществляемое въ образѣ иска и другихъ средствъ юридической защиты право теряетъ съ теченіемъ времени, по крайней мѣрѣ, часть своей силы или, во всякомъ случаѣ, измѣняется въ своемъ содержаніи и дѣйствіи. Тѣмъ болѣе это можно сказать о правѣ, которое, вопреки своей природѣ, предполагающей осуществленіе, совсѣмъ не осуществляется и уже поэтому перестаетъ быть правомъ. Разъ мы знаемъ, что могущество времени, въ связи съ фактической повторяемостью извѣстныхъ дѣйствій, можетъ вести къ созданію объективнаго права (обычное право) и конкретныхъ юридическихъ отношеній съ характеромъ субъективныхъ правъ (давность владѣнія), то еще понятнѣе, что продолжительное бездѣйствіе права должно вести къ его разрушенію. Это соотвѣтствуетъ прекращенію обычнаго права путемъ его непримѣненія (desuetudo), и, если погашающая, какъ и пріобрѣтающая давность, обращается иногда въ пользу неуправомоченнаго и во вредъ управомоченнаго лица, то это ея невольное и довольно рѣдкое послѣдствіе, цѣной котораго покупаются неисчислимыя выгоды обезпеченности права. Кромѣ того, ничто въ огромномъ большинствѣ случаевъ не мѣшаетъ лицу, противъ котораго идетъ теченіе давности, остановить ея дѣйствіе своевременнымъ осуществленіемъ своего права. Отсюда и заключеніе какъ о правомѣрности дѣйствій, которыхъ никто не оспариваетъ, такъ и о прекращеніи правъ, которыя остаются безъ примѣненія. На этомъ основаніи нельзя согласиться и съ мнѣніемъ тѣхъ немногочисленныхъ теперь юристовъ, которые считаютъ давность — какъ пріобрѣтающую, такъ и погашающую — сингулярнымъ институтомъ права, противорѣчащимъ, какъ будто, идеѣ субъективнаго права. Во всякомъ случаѣ, не можетъ быть сомнѣнія въ согласіи институтовъ давности съ основнымъ принципомъ объективнаго права. Этотъ принципъ есть принципъ общей пользы, котораго нельзя не признать въ устраненіи неопредѣленности и необезпеченности юридическихъ отношеній, вмѣстѣ съ вытекающей отсюда трудностью ихъ доказательства. Это — самые большіе

противники всякого хорошо организованнаго правопорядка, и ихъ торжество было бы несомнѣнно обезпечено продолжительнымъ неотправленіемъ и одновременнымъ удержаніемъ въ силѣ какъ устарѣлыхъ положеній объективнаго права, такъ и потерявшихъ свою энергію субъективныхъ правъ. Отнести это слѣдуетъ особенно къ обязательственному праву, гдѣ исковая давность вытѣсняетъ, напр., вредный въ хозяйственномъ отношеніи долгосрочный кредитъ, обезпечивая въ то же время интересы здороваго и краткосрочнаго кредита.

Погашающая давность, какъ и пріобрѣтающая, различается по различію правъ, къ которымъ она примѣняется. Сроки ея колеблятся въ различныхъ законодательствахъ отъ 30 лѣтъ до несравненно болѣе короткихъ промежутковъ времени въ нѣсколько мѣсяцевъ, недѣль и даже дней. Во многихъ случаяхъ она и совсѣмъ исключается. Наиболѣе общія исключенія изъ дѣйствія погашающей давности, помимо правъ личности, касаются въ современныхъ законодательствахъ, прежде всего, отношеній семейнаго права, напр., исковъ о возстановленіи супружескаго общенія и супружеской общности имуществъ, о недѣйствительности брака по соображеніямъ публичнаго права (querela nullitatis juris publici), о возвращеніи дѣтей, удерживаемыхъ 3-ми лицами, объ алиментахъ, основанныхъ на семейныхъ отношеніяхъ и т. д. Затѣмъ идутъ сосѣдскія отношенія и раздѣлы общаго имущества, гдѣ всѣ права и обязанности находятся въ процессѣ постояннаго обновленія, и примѣненіе исковой давности содѣйствовало бы не прекращенію, а продолженію неопредѣленности существующаго состоянія. Наконецъ, столь же общее исключеніе дѣлается и для правъ, вносимыхъ въ ипотечныя книги, которыя не допускаютъ, какъ общее правило, примѣненія къ себѣ давности уже потому, что ипотечная система и давность служатъ одной и той же цѣли — установленія мира и порядка въ имущественныхъ отношеніяхъ, — но достигаютъ этой цѣли взаимно исключающими средствами: первая — укрѣпленіемъ правъ путемъ оглашенія и записки ихъ въ книги, которымъ присваивается авторитетъ публичныхъ актовъ; вторая — уничтоженіемъ исковъ, затемняющихъ права. Дѣйствіе одного изъ этихъ принциповъ уничтожаетъ само собой дѣйствіе другого [1]).

Изъ сказаннаго можно было бы заключить, что погашающей давности, какъ и пріобрѣтающей, не должно быть мѣста въ общей части гражданскаго права, и это мнѣніе раздѣляется многими юристами. Но оно едва-ли правильно, такъ какъ, и не представляя собой единаго института, погашающая давность даетъ намъ несомнѣнно общее юридическое понятіе, характеризуемое дѣйствіемъ не на права, а на иски, и, притомъ, такимъ дѣйствіемъ, которое, можетъ быть принято за общее правило для всѣхъ имущественныхъ правъ, за спеціально выговариваемыми въ

[1]) Unger, II, 403—405. Crome, стр. 506.

положительномъ законодательствѣ исключеніями [1]). Поэтому мы и не можемъ изгнать исковую давность изъ общей части нашей системы и дополнимъ сообщенное о ней еще нѣсколькими общими замѣчаніями.

Представленіе римскихъ юристовъ объ обезсиленіи исковъ извѣстными возраженіями, къ числу которыхъ они относили и возраженіе о погашающей давности, только парализирующее искъ, но не уничтожающее лежащаго въ его основаніи права, — это представленіе перешло и въ современныя законодательства. Юридическое основаніе погашающей давности видятъ и теперь въ томъ, что лицо, имѣющее право на какой-нибудь искъ, не предъявляетъ этого иска въ теченіе давностнаго срока, и такъ какъ дѣйствіе всякаго иска относительно, т.-е. обращено только противъ данныхъ опредѣленныхъ лицъ, то такое же относительное, ограниченное данными лицами, дѣйствіе приписываютъ и погашающей давности. При обязательственныхъ правахъ это дѣйствіе совпадаетъ, въ общемъ, съ уничтоженіемъ самого права, такъ какъ право и искъ покрываютъ здѣсь другъ друга, имѣя противъ себя одно и то же опредѣленное лицо. Но при вещныхъ и другихъ абсолютныхъ правахъ, производящихъ множество отношеній и столько же исковъ противъ всѣхъ вступающихъ въ противорѣчіе съ ними третьихъ лицъ, давности подвергается каждый изъ этихъ исковъ въ отдѣльности, тогда какъ самое право, независимо отъ погашенія давностью только одного или нѣсколькихъ исковъ, остается неприкосновеннымъ [2]). Это продолженіе права, несмотря на погашеніе давностью охраняющаго его иска—оно имѣетъ мѣсто и въ нѣкоторыхъ обязательственныхъ отношеніяхъ—можно констатировать на слѣдующихъ явленіяхъ. а) Отреченіе отъ давности лица, въ пользу котораго она завершила свое теченіе, не рождаетъ новаго иска, а оставляетъ въ силѣ старый. б) По этому старому иску могутъ быть установлены поручительство, залогъ и другія юридическія отношенія, которыя не теряютъ своей силы и при погашеніи иска давностью, разъ они сами не будутъ погашены давностью по своимъ особымъ основаніямъ. в) Платежъ по долгу, погашенному давностью, не подлежитъ возврату не только въ томъ случаѣ, если онъ произведенъ съ сознаніемъ того, что долгъ уже погашенъ давностью (это было бы тѣмъ же отреченіемъ отъ давности), но и въ томъ случаѣ, если бы у заплатившаго погашенный долгъ и не было этого сознанія: обратное требованіе уплоченнаго исключается здѣсь соображеніями о доброй совѣсти [3]).

Разсмотримъ теперь условія, въ которыя современныя законодательства ставятъ дѣйствіе исковой давности. Эти условія сводятся къ двумъ слѣдующимъ: а) непредъявленіе иска и б) истеченіе извѣстнаго промежутка

---

[1]) Windscheid-Kipp, стр. 545—6. Regelsberger, стр. 461.
[2]) Crome, стр. 505.
[3]) Kohler, стр. 242.

времени. Каноническое и „общее право“ ставили еще условіе „доброй совѣсти“ (bona fides) въ лицѣ того, кто пользуется выгодами погашающей давности,, т.-е. его незнаніе объ искѣ, могущемъ быть къ нему предъявленнымъ. И это условіе, неизвѣстное римскому праву, было отчасти реципировано не только прусскимъ и нѣкоторыми другими партикулярными законодательствами въ Германіи, но и французскимъ кодексомъ—въ отношеніи, по крайней мѣрѣ, короткихъ сроковъ давности, когда лицо, ссылающееся на давность, можетъ быть обязано къ присягѣ въ томъ, что оно уже произвело удовлетвореніе по предъявленному къ нему иску (Code civ., art. 2275). Но въ отношеніи къ общему, т.-е. 30-лѣтнему сроку давности, и французскій кодексъ не требуетъ никакой доброй совѣсти (art. 2262),а огромное большинство новыхъ законодательствъ, включая сюда и новое нѣмецкое уложеніе, совсѣмъ отказывается отъ этого требованія. Остановимся нѣсколько минутъ на двухъ указанныхъ условіяхъ исковой давности.

а) Непредъявленіе иска предполагаетъ его возникновеніе, и съ нимъ только связывается и начало теченія исковой давности. Поэтому нѣтъ надобности ни въ оспариваніи иска лицомъ, обязаннымъ къ его удовлетворенію, ни въ освѣдомленности объ его возникновеніи лица, управомоченнаго къ его предъявленію. Довольно объективной наличности искового права, т.-е. наличности тѣхъ условій, которыя дѣлаютъ конкретно возможнымъ его судебное осуществленіе. Это называютъ „рожденіемъ“ иска (Nativität, actio nata), и безчисленные споры о началѣ погашающей давности сводятся къ спорамъ о „рожденіи“ исковъ. Эти споры могутъ быть разрѣшены только въ зависимости отъ условій существованія и дѣйствія тѣхъ правъ, которыя служатъ основаніемъ для охраняющихъ ихъ на судѣ исковъ, и такъ какъ эти условія различаются смотря по тѣмъ или другимъ правамъ, то такъ же различаются и условія возникновенія искового права. Въ общемъ, можно сказать только то, что „рожденный искъ“ (actio nata) есть конкретно обоснованное въ настоящемъ и готовое къ осуществленію черезъ судъ право. Поэтому, если осуществленіе права отложено какимъ-нибудь срокомъ на будущее время, или самое возникновеніе права поставлено въ зависимость отъ какого-либо не наступившаго еще условія, какъ мы видимъ это при такъ наз. условныхъ сдѣлкахъ, то и давность въ такихъ случаяхъ начинаетъ свое теченіе только съ наступленіемъ указаннаго срока или условія. При искахъ о періодически возвращающихся платежахъ, напр., ренты, процентовъ, арендной платы и т. д., принимается отдѣльная давность для каждаго изъ этихъ платежей, по мѣрѣ вступленія ихъ въ состояніе искового права [1]).

Если лицо, противъ котораго идетъ теченіе давности, совершаетъ

[1]) Unger, тамъ-же, стр. 376 и слѣд. Windscheid-Kipp, стр. 552 и слѣд.

дѣйствія, въ которыхъ можно усмотрѣть отправленіе его искового права, то эти дѣйствія уничтожаютъ теченіе давности или, какъ говорятъ, „прерываютъ“ давность. При этомъ не требуютъ непремѣнно предъявленія иска или полнаго осуществленія права истца: достаточно, если этотъ послѣдній получитъ отъ обязаннаго передъ нимъ лица что-нибудь, удовлетворяющее его исковое право, хотя бы, отчасти, напр., проценты, поручительство, залогъ, новый долговой документъ и т. д. Само собой разумѣется, что сюда должно быть отнесено и признаніе обязаннымъ лицомъ права истца—признаніе, которое можетъ выразиться какъ въ самостоятельной юридической сдѣлкѣ, такъ и въ другихъ, указанныхъ сейчасъ дѣйствіяхъ: уплатѣ процентовъ, выдачѣ документа и т. д. Практическое значеніе „перерыва давности“ состоитъ въ томъ, что все предшествующее теченіе ея не принимается болѣе въ разсчетъ, и отъ этого „перерыва“ можетъ начаться только новое теченіе давности при наличности всѣхъ требуемыхъ для этого условій.

Однако, въ извѣстныхъ условіяхъ и предъявленіе иска не „прерываетъ“, а только „пріостанавливаетъ“ теченіе давности, пока эти условія остаются налицо: въ этихъ случаяхъ говорятъ о „спящей“ давности или объ обстоятельствахъ, задерживающихъ ея теченіе. Давность растягивается здѣсь на тотъ промежутокъ времени, въ который она останавливается въ своемъ теченіи. Затѣмъ, она возобновляетъ это теченіе, не считаясь прерванной, съ того момента, когда отпадаетъ задерживающее ея теченіе препятствіе. Сюда относятся, прежде всего, случаи, когда иску противостоитъ какое-нибудь возраженіе, дѣлающее его осуществленіе въ данныхъ условіяхъ невозможнымъ. Поэтому о возраженіяхъ противъ исковъ и говорятъ, что они не подвергаются давности, за исключеніемъ того случая, когда устраненіе этихъ возраженій зависитъ отъ самого истца. Правильнѣе было бы говорить о пріостановленіи дѣйствія давности лишь тѣми возраженіями, которыя имѣютъ временное значеніе и только задерживаютъ ея теченіе (exceptiones dilatoriae), такъ какъ при наличности „постоянныхъ возраженій“ (exceptiones peremptoriae), дѣйствующихъ во всякомъ положеніи дѣла, трудно было бы понять, почему отвѣтчику можетъ быть отказано въ выборѣ ссылаться либо на эти возраженія, либо на исковую давность [1]).

Другими основаніями для остановки дѣйствія давности служатъ: полная или частичная недѣеспособность лицъ, противъ которыхъ совершается ея теченіе, напр., состоянія малолѣтства, сумасшествія и т. д.; затѣмъ—фактическія и неодолимыя препятствія къ осуществленію иска (vis major), напр., прекращеніе дѣятельности судовъ во время нашествія непріятеля, наводненія и т. д.; наконецъ — относительныя препятствія, лежащія въ такихъ отношеніяхъ извѣстныхъ лицъ другъ къ другу, которыя не

[1]) Windscheid-Kipp, стр. 546—7. Unger, II, стр. 410. Crome, стр. 753.

могутъ оправдать предположенія о возможности предъявленія исковъ, напр., отношенія супруговъ во время дѣйствія брака, родителей и дѣтей во время малолѣтства послѣднихъ, опекуновъ и подопекаемыхъ во время дѣйствія опеки и т. д.

б) Истеченіе извѣстнаго опредѣленнаго объективнымъ правопорядкомъ промежутка времени, впродолженіи котораго не дѣлается ничего для осуществленія даннаго искового права—есть другое необходимое условіе дѣйствія исковой давности, и продолжительность этого времени, въ видѣ общаго правила, опредѣляется новыми законодательствами, по примѣру болѣе раннихъ законодательствъ и римскаго права, въ 30 лѣтъ, соотвѣтствующихъ среднему возрасту человѣческаго поколѣнія (art. 2262 Code civ., § 195 BGB). Болѣе продолжительные сроки давности, напр., въ 40 и 100 лѣтъ, принимавшіеся прежде для нѣкоторыхъ исковъ католической церкви и религіозныхъ учрежденій, теперь отмѣнены, и установлены, напротивъ, болѣе короткіе давностные сроки въ 5, 4, 3, 2, 1 годъ и даже нѣсколько мѣсяцевъ и недѣль—для исковъ, возникающихъ изъ недозволенныхъ дѣйствій, обихода повседневной жизни, счетовъ содержателей гостиницъ, поставщиковъ, повѣренныхъ и т. д. (см., напр., § 196, 477, 480, 490, 638 и др. нѣмецкого уложенія и art. 2271—2273 французскаго кодекса).

Теченіе давности не ограничено, при этомъ, отношеніемъ между одними и тѣми же лицами: вступленіе черезъ преемство въ данное юридическое отношеніе новаго лица не прерываетъ текущей давности, и это безъ всякаго различія какъ между универсальнымъ и сингулярнымъ преемствомъ, такъ и между обязательственнымъ и вещнымъ исками—даже въ томъ случаѣ, если вещь, служащая предметомъ иска, попадаетъ въ руки третьяго лица. Это—послѣдствіе принципа преемства, подтвержденное нѣмецкимъ уложеніемъ (§ 221), изъ котораго можно вывести и исключеніе теченія давности въ тѣхъ случаяхъ, когда вещь переходитъ изъ рукъ въ руки не по преемству, а какимъ-либо инымъ способомъ, напр., черезъ воровство, дереликцію, оккупацію и т. д.: здѣсь возможно возникновеніе новой давности, но невозможно засчитываніе одного промежутка текущей давности въ другой [1]).

Нормы давности составляютъ вообще принудительное право (jus cogens) и не могутъ быть поэтому ни исключены частнымъ соглашеніемъ заинтересованныхъ лицъ, ни затруднены въ условіяхъ своего примѣненія, напр., удлиненіемъ срока давности. Но облегченіе давности, напр., сокращеніемъ ея срока или устраненіемъ обстоятельствъ, препятствующихъ ея теченію, допустимо и по частнымъ сдѣлкамъ, если онѣ имѣютъ въ виду только опредѣленные иски и не заключаютъ въ себѣ отреченія отъ такого права, которое не подвергается давности (§ 225).

---

[1]) Crome, стр 508—509.

Наше законодательство, подобно прусскому, австрійскому и французскому, не разграничиваетъ строго исковой давности отъ давности владѣнія, называя ту и другую одинаково земской давностью (ст. 557, 692, 694 и, особенно, ст. 1 Прилож. къ послѣдней статьѣ). Кромѣ того, приведенные сейчасъ законы говорятъ о прекращеніи по давности не только иска, но и охраняемаго имъ права. Но позднѣйшій, а потому и рѣшающій памятникъ нашего законодательства, именно—Уставъ гражд. судопр. ставитъ своей 706 ст. дѣйствіе давности въ прямую зависимость отъ ссылки на нее заинтересованной стороны (дѣйствіе ope exceptionis) и этимъ самымъ, въ согласіи съ римскимъ правомъ и всѣми новыми законодательствами, признаетъ возможнымъ продолженіе права, несмотря на истеченіе давности по охраняющему его иску.

Условіями исковой давности у насъ, какъ и всюду, служатъ: а) непредъявленіе иска и б) истеченіе давностнаго срока. Этотъ послѣдній опредѣленъ въ 10 лѣтъ (ст. 565, 692, 694), хотя рядомъ съ этимъ общимъ срокомъ давности дѣйствуютъ въ отдѣльныхъ случаяхъ и болѣе короткіе сроки (ст. 683, 1524, 1560 X т., ст. 94 и 95 Уст. о векс., и др.). Начало теченія давности совпадаетъ съ возникновеніемъ искового права (§ 2 ст. 1 Прилож. къ ст. 694) и въ иныхъ случаяхъ, какъ, напр., при безсрочныхъ и выданныхъ до востребованія обязательствахъ, поставлено въ зависимость отъ воли истца: давность по такимъ обязательствамъ исчисляется только со дня представленія ихъ ко взысканію (ст. 1549). Выходитъ, что, если бы эти обязательства не были предъявлены ко взысканію въ теченіе не только 10, но и гораздо болѣе того лѣтъ, то противъ нихъ не было бы никакой давности. Исключеніе постановлено для наслѣдниковъ заемщика: они освобождены отъ отвѣтственности по тѣмъ же обязательствамъ, оставленнымъ „въ безгласности въ теченіе 10 лѣтъ со времени смерти завѣщателя“ (прим. къ ст. 1259).

Не упущено и различіе между перерывомъ и пріостановкой давности. Перерывъ, уничтожающій все предыдущее теченіе давности, имѣетъ мѣсто при признаніи должникомъ своего долга (ст. 1550) и предъявленіи иска въ надлежащій судъ (ст. 559 и прим. 1 къ ст. 1 Прилож. къ ст. 694), если только этотъ искъ будетъ присужденъ. Пріостановка давности, только задерживающая ея теченіе на время дѣйствія противостоящаго препятствія, происходитъ: а) когда наслѣдники истца состоятъ подъ опекой (ст. 2 Прилож. къ ст. 694), б) когда лица, противъ которыхъ идетъ давность, находятся въ плѣну или заграничномъ походѣ (ст. 4 того же Прилож.). Подопекаемые пользуются еще особой привилегіей: промежутокъ времени послѣ пріостановки давности долженъ быть для нихъ не менѣе 2-хъ лѣтъ, хотя бы время, истекшее до пріостановки, и было болѣе 8 лѣтъ (ст. 2 того же Прилож.).

Исключены изъ дѣйствія давности права семейныя, личныя (ст. 1347

Уст. гражд. судопр., ст. 13 т. IX) и небольшое число прямо оговоренныхъ закономъ имущественныхъ правъ: заповѣдныя имѣнія (ст. 564), указныя доли супруговъ и ихъ наслѣдниковъ, если просьба о выдѣлѣ подана при жизни вдовыхъ (ст. 1152), и нѣкоторые другіе случаи (см., напр., ст. 966).

Укажемъ еще, въ заключеніе нашего очерка о давности, на институтъ такъ наз. „незапамятной давности“ (praescriptio immemorabilis), представляющій еще болѣе общій характеръ, чѣмъ погашающая давность. Эта незапамятная давность не ограничена никакимъ срокомъ и поэтому называется также „неопредѣленной давностью“ (praescriptio indefinita, въ отличіе отъ praescriptio definita). Она предполагаетъ такое состояніе отправленія или неотправленія какого-либо права, начало котораго теряется въ глубинѣ временъ и не оставляетъ слѣда въ памяти, по крайней мѣрѣ, двухъ послѣдовательныхъ поколѣній (80 и 100 лѣтъ, не безъ противорѣчія принципу незапамятности). Отсюда—оправдываемое въ еще бо́льшей степени, чѣмъ при исковой давности, предположеніе о правомѣрномъ возникновеніи даннаго состоянія и распространеніе теоріей каноническаго и „общаго“ права незапамятной давности—въ видѣ дополненія къ другимъ институтамъ давности, когда не всѣ условія этихъ послѣднихъ представляются налицо, — почти на всѣ права, безъ вниманія къ ихъ различіямъ. Еще черту общности этой давности составляетъ дѣйствіе ея одинаково въ смыслѣ погашающей и пріобрѣтающей давности; и вліяніемъ теоріи этой именно давности объясняется какъ господствующій въ прежней юриспруденціи взглядъ на возможность общаго ученія о давности, такъ и смѣшеніе во многихъ изъ дѣйствующихъ и теперь законодательствъ, какъ, напр., въ австрійскомъ уложеніи (§ 1451), прусскомъ Landrecht'ѣ (I, 9,9) французскомъ кодексѣ (art. 2219, 2262) и т. д., условій пріобрѣтающей и погашающей давности. Но эта незапамятная давность, установленная болѣе всего въ интересахъ привилегированныхъ классовъ и, особенно, церкви, отмѣнена большинствомъ современныхъ законодательствъ и, въ ихъ числѣ, какъ французскимъ кодексомъ, такъ и нѣмецкимъ уложеніемъ [1]). Нашему законодательству она неизвѣстна.

3. Измѣреніе времени имѣетъ общее значеніе для всѣхъ областей права. Оно происходитъ до сихъ поръ по тѣмъ же началамъ, которыя приняты еще римскимъ правомъ и лишь отчасти видоизмѣнены европейскимъ обычнымъ правомъ и новыми законодательствами, дающими по этому вопросу скорѣе извѣстныя правила толкованія, чѣмъ принудительныя юридическія нормы.

Различаютъ два способа измѣренія времени. Одинъ изъ нихъ состоитъ въ исчисленіи времени отъ какого-нибудь событія, прини-

[1]) Regelsberger, стр. 464—468. Gierke, I, стр. 323—328.

маемаго за начальный моментъ установленнаго срока, — напр., дня рожденія или смерти извѣстнаго лица, заключенія данной юридической сдѣлки и т. д., — до соотвѣтствующаго момента конца того же срока. Это счисленіе отъ момента къ моменту (a momento ad momentum) математически точно, такъ какъ оно соображается не только съ такими неподвижными календарными единицами времени, каковы, напр., годъ, мѣсяцъ и день, но и съ болѣе мелкими единицами, состоящими изъ подвижныхъ частей года, мѣсяца, и еще болѣе подвижныхъ часовъ и минутъ каждаго дня. Его называютъ „естественнымъ“ (computatio naturalis) и принимаютъ для цѣлей права въ исключительныхъ случаяхъ, напр., при опредѣленіи совершеннолѣтія того или другого лица, разрѣшеніи вопросовъ о пріоритетѣ двухъ или нѣсколькихъ событій и, вообще, въ случаяхъ, прямо указанныхъ въ законѣ или данной юридической сдѣлкѣ. Для права это счисленіе, несмотря на свою точность, оказывается неудобнымъ — не говоря о трудности доказательства — и потому, что въ нашей памяти отпечатлѣваются обыкновенно годы, мѣсяцы и дни, но не части этихъ единицъ времени, и, въ особенности, не часы и минуты различныхъ событій.

Вотъ почему, какъ въ римскомъ, такъ и въ современномъ правѣ принято, въ видѣ общаго правила, не это, а такъ наз. гражданское исчисленіе времени (computatio civilis), которое дѣлается по календарному дню въ 24 часа (отъ полуночи до полуночи), принимаемому за неподвижное единство безъ отношенія къ часамъ и другимъ еще болѣе мелкимъ единицамъ времени. Это счисленіе, несмотря на свою сравнительную неточность, стоитъ въ большемъ соотвѣтствіи съ требованіями гражданскаго оборота, и его примѣняютъ всюду къ опредѣленію во времени дѣйствія законовъ, правительственныхъ распоряженій, судебныхъ рѣшеній и юридическихъ сдѣлокъ, если въ нихъ самихъ нѣтъ указанія на естественное счисленіе.

Такимъ образомъ, главное различіе между гражданскимъ и естественнымъ счисленіемъ лежитъ въ томъ, что въ одномъ случаѣ день служитъ единствомъ, обезразличивающимъ свои части, въ другомъ — промежуткомъ времени, указывающимъ и на свои составные моменты; тамъ — начальный и конечный пунктъ каждаго срока могутъ математически и не соотвѣтствовать другъ другу, здѣсь — они стоятъ въ математическомъ соотвѣтствіи [1]).

Но, независимо отъ своей неточности, гражданское счисленіе не рѣшаетъ окончательно и вопроса о своемъ начальномъ и конечномъ пунктѣ. Исходя изъ принципа нераздѣльности дня, можно съ одинаковымъ правомъ утверждать какъ то, что все относящееся къ части дня относится и къ цѣлому дню, такъ и то, что все не относящееся къ части дня

[1]) Unger, Syst. II, стр. 292—4.

не относится и ко всему дню. Въ первомъ случаѣ начальнымъ днемъ срока долженъ быть день того событія, отъ котораго исчисляется его теченіе, а завершеніемъ этого срока — начало его послѣдняго дня. Во второмъ случаѣ первымъ днемъ срока будетъ только слѣдующій день послѣ событія, отъ котораго начинается его счисленіе, а концомъ срока— конецъ его послѣдняго дня. Рѣшеніе вопроса въ томъ или другомъ смыслѣ есть дѣло положительнаго законодательства, и современное право уклоняется въ этомъ рѣшеніи отъ римскаго. Это послѣднее вело исчисленіе срока отъ того самаго дня, на который падало служащее ему отправнымъ пунктомъ событіе, а завершеніемъ срока оно считало или начало, или конецъ его послѣдняго дня, смотря по тому, шло-ли дѣло о пріобрѣтеніи или потерѣ права. Напротивъ, въ Германіи уже давно дѣйствуетъ въ отношеніи къ процессуальнымъ срокамъ обычное право, въ силу котораго теченіе срока, исчисляемое отъ какого-нибудь событія, начинается только на другой день послѣ этого событія, и оканчивается въ послѣдній моментъ послѣдняго дня установленнаго срока (12 ч. ночи). Это рѣшеніе съ кое-какими ограниченіями въ отдѣльныхъ случаяхъ, напр., при счетѣ совершеннолѣтія или особомъ указаніи на исчисленіе срока съ начала такого-то дня, составляетъ теперь общее правило и не для однихъ процессуальныхъ сроковъ, а окончаніе срока въ начальный или конечный моментъ его послѣдняго дня въ зависимости отъ того, идетъ-ли дѣло о пріобрѣтеніи или потерѣ права, признано, со времени Савиньи, правильнымъ не только для римскаго, но и для современнаго права [1]).

Такъ же отступаетъ отъ римскаго современный счетъ сроковъ по мѣсяцамъ и годамъ. Римскіе юристы брали мѣсяцы и годы не какъ единство, а какъ сумму дней: 30—для мѣсяца и 365—для года. И если это обстоятельство не вноситъ большой розни въ исчисленіе сроковъ по годамъ, то для счета по мѣсяцамъ, заключающимъ въ себѣ по календарю не одинаковое число дней, современное представленіе о мѣсяцѣ, какъ единствѣ, равномъ такому же единству каждаго другого мѣсяца, ведетъ къ существенному уклоненію отъ римскаго счисленія. Счетъ ведется теперь отъ каждаго числа каждаго мѣсяца до соотвѣтствующаго числа слѣдующаго или слѣдующихъ мѣсяцевъ безъ отношенія къ числу содержащихся въ нихъ дней, и если послѣдній день срока приходится на число, отсутствующее въ послѣднемъ мѣсяцѣ его теченія, то берется послѣднее число этого самаго мѣсяца.

Такимъ образомъ, наименьшей единицей времени по современному гражданскому счисленію является день, и только въ рѣдкихъ случаяхъ, напр., въ биржевыхъ сдѣлкахъ и въ отношеніи къ присутственнымъ мѣстамъ, гдѣ продолжительность дня измѣряется продолжительностью присутствія, день въ смыслѣ юридическомъ оказывается короче дня календарнаго.

---

[1]) Regelsberger, стр. 457—8. Kohler, стр. 233—5. Biermann, стр. 350—1.

Но, какъ общее правило, юридическія дѣйствія могутъ быть совершаемы въ каждый моментъ календарнаго дня, и сроки, пріуроченные ко днямъ, опредѣляются полностью и свободно (voll und frei), т.-е. день начальнаго событія, при отсутствіи противоположныхъ указаній, не насчитывается. Високосный день не идетъ въ счетъ и разсматривается, какъ самостоятельный. Сроки, падающіе на воскресные и другіе праздничные дни, переносятся на слѣдующій будничный день. Подъ годичнымъ срокомъ разумѣютъ 12 мѣсяцевъ, подъ полугодичнымъ—6 мѣсяцевъ, подъ $^1/_4$ года—3 мѣсяца и т. д. Полумѣсячный или двухнедѣльный срокъ принимается въ 15, недѣльный—въ 8 дней. При отсрочкахъ исчисленіе новаго срока идетъ отъ послѣдняго момента истекшаго срока. Конецъ срока, выраженнаго въ недѣляхъ, опредѣляется соотвѣтствующимъ днемъ послѣдней недѣли (съ четверга по четвергъ). Но обозначеніе срока непремѣнно въ цифрахъ мѣсяца и года не составляетъ необходимости. Возможно и всякое иное обозначеніе, если оно также опредѣленно и вѣрно, какъ и обозначеніе цифрой, напр., пасхальное воскресенье такого-то года, день рожденія лица, на имя котораго выдано обязательство, день открытія ярмарки, происходящей всегда въ опредѣленное время года, и т. д. Если обозначеніе срока при этомъ неясно или двусмысленно, то къ нему примѣняютъ обычныя правила толкованія законовъ и юридическихъ сдѣлокъ. Напр., началу, серединѣ и концу мѣсяца соотвѣтствуютъ въ случаяхъ сомнѣнія, по указанію нѣмецкаго уложенія (§ 192), 1-ое, 15-е и послѣднее число каждаго мѣсяца. Въ нѣмецкомъ торговомъ уложеніи (§ 359) сказано, что при торговыхъ сдѣлкахъ, указывающихъ на весну, осень и другія времена года, какъ на сроки своего исполненія, рѣшающее значеніе принадлежитъ торговымъ обычаямъ и обычаямъ мѣста исполненія по этимъ сдѣлкамъ. При гражданскихъ сдѣлкахъ сомнѣнія такого рода разрѣшаются соображеніемъ всѣхъ обстоятельствъ, сопровождающихъ ихъ заключеніе, и, въ особенности—цѣли заключенной сдѣлки.

Различаютъ еще, по примѣру римскаго права, такъ наз. tempus continuum и tempus utile. Подъ tempus continuum разумѣютъ непрерывное теченіе срока отъ его начала до конца, со включеніемъ всѣхъ дней теченія этого срока и безъ отношенія къ препятствіямъ, могущимъ стать поперекъ совершенію того дѣйствія, противъ котораго идетъ теченіе срока: напр., исковая давность течетъ безпрерывно со времени возникновенія права на искъ, срокъ для вступленія въ права наслѣдства начинается тотчасъ по смерти наслѣдодателя и заканчивается послѣднимъ моментомъ того промежутка времени, который установленъ для осуществленія этихъ правъ. Подъ tempus utile понимаютъ, напротивъ, такое угрожающее потерей права теченіе времени, въ которое засчитываются не всѣ, а лишь тѣ дни, въ которые могли быть совершены прерывающія это теченіе времени дѣйствія. Препятствія, задерживающія совершеніе этихъ дѣйствій, задерживаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и теченіе сроковъ,

и такими препятствіями въ Римѣ считались, напр., невозможность явиться въ компетентный судъ, военный плѣнъ, непогода, тяжкая болѣзнь (только не душевная), безвѣстное отсутствіе, извинительное незнаніе фактовъ, обусловливающихъ данное право, напр., открытія наслѣдства, пороковъ купленной вещи и т. д. Такое исчисленіе времени, называемое computatio utilis, утратило почти все свое значеніе уже въ пандектномъ правѣ, а въ современныхъ законодательствахъ стало еще рѣже. Примѣненіе его возможно теперь, по общему правилу, только на основаніи договорнаго соглашенія и при короткихъ срокахъ давности, что̀ мы встрѣчаемъ, напр., при договорѣ страхованія, сопровождаемомъ обыкновенно оговоркой, что, если требованія по договору не будутъ предъявлены въ теченіе извѣстнаго срока, то они погашаются. Договоры подлежатъ вообще толкованію по „доброй совѣсти“ („nach Treu und Glauben“), а потому и обсужденіе какъ устанавливаемыхъ въ нихъ сроковъ, такъ и задерживающихъ ихъ препятствій происходитъ на основаніи природы каждаго изъ этихъ договоровъ. Близки къ идеѣ computatio utilis и современныя постановленія о дняхъ протеста векселей и случаяхъ пріостановки давности, сопутствуемыхъ возстановленіемъ ея теченія при устраненіи встрѣченныхъ здѣсь препятствій.

Положенія нашего законодательства о срокахъ изложены въ Уставѣ гражд. судопр. и разработаны съ такой тщательностью, какой мы не находимъ, къ сожалѣнію, въ другихъ частяхъ нашего права [1]). Гражданское исчисленіе времени установлено въ ст. 818, 819 и 824 этого Устава; въ послѣдней изъ этихъ статей указанъ и начальный моментъ срока при „исчисленіи его днями“: въ опредѣленіе этого момента положено не вводить дня „совершенія того дѣйствія, отъ котораго срокъ исчисляется“. Отсюда, равно какъ и изъ цѣлаго ряда другихъ законовъ, можно заключить, что въ случаяхъ, когда срокъ опредѣляется не днями, счетъ его можетъ идти и съ перваго дня начальнаго момента [2]). Конечнымъ срокомъ принимается 12 ч. ночи послѣдняго дня безотносительно къ тому, идетъ-ли рѣчь о пріобрѣтеніи или потерѣ права (ст. 815 тамъ же). Дальнѣйшія подробности мы оставимъ въ сторонѣ, такъ какъ онѣ касаются болѣе процессуальнаго, чѣмъ матеріальнаго гражданскаго права.

6. Понятіе юридической сдѣлки.

Юридическія сдѣлки составляютъ важнѣйшій изъ юридическихъ фактовъ, на которомъ зиждется жизнь права. Онѣ служатъ главной пру-

[1]) Анненковъ, Опытъ комментарія къ Уставу гражд. судопр., 1888, IV, стр. 515.

[2]) Васьковскій, Учебникъ, I, стр. 149.

жиной этой жизни и выраженіемъ личной свободы въ правѣ. Нигдѣ цѣль права: служить лицу — не находитъ себѣ такого яркаго выраженія, какъ въ юридическихъ сдѣлкахъ, и мы не можемъ не согласиться съ Зомомъ, когда онъ говоритъ, что въ служеніи права лицу лежитъ смыслъ всего ученія объ юридическихъ сдѣлкахъ [1]).

Все движеніе гражданскаго оборота, безконечное обращеніе всякаго рода благъ совершается черезъ сдѣлки, которыя преслѣдуютъ различныя цѣли, сопровождаются различными послѣдствіями и подчиняются приспособленнымъ къ каждому изъ ихъ типовъ правиламъ. Купля-продажа, наемъ, дареніе, заемъ, абстрактное обязательство, порученіе, полномочіе и т. д. — представляютъ собой юридическія сдѣлки повседневной жизни; завѣщаніе, принятіе наслѣдства, усыновленіе, бракъ и пр. суть болѣе рѣдкія, но не менѣе важныя по своимъ общественно-хозяйственнымъ и юридическимъ послѣдствіямъ дѣйствія. При всемъ многообразіи этихъ сдѣлокъ и различіи управляющихъ ими правилъ, новѣйшая и, особенно, нѣмецкая систематика гражданскаго права настаиваетъ на объединяющихъ ихъ чертахъ. Этимъ путемъ она пытается создать широкій базисъ для такихъ повторяющихся при всѣхъ или, по крайней мѣрѣ, значительныхъ группахъ юридическихъ сдѣлокъ понятій, каковы, напр., понятія волеизъявленія и способности къ этимъ волеизъявленіямъ, понятія недѣйствительности и оспоримости, условія, срока, представительства и т. д.

Сказаннымъ объясняется и постоянное осложненіе и разростаніе ученія о юридическихъ сдѣлкахъ, которое занимаетъ теперь у нѣмецкихъ систематиковъ чуть ли не половину, а иногда и больше половины всей общей части гражданскаго права, переходя въ такомъ же расширенномъ объемѣ даже въ новые законодательные кодексы. Это — несомнѣнно, результатъ излишняго теоретизированія, вызывающій противъ себя и реакцію, во главѣ которой стоитъ современный намъ юристъ Шлоссманъ. Въ своей книгѣ, озаглавленной „Der Vertrag“ (Договоръ) и вышедшей еще въ 1876 г., онъ приходитъ къ заключенію, что понятіе юридической сдѣлки не имѣетъ научной цѣны и составляетъ чисто схоластическую проблему. Но, возражая противъ схоластическихъ пріемовъ нѣмецкой юриспруденціи, самъ Шлоссманъ ставитъ подлежащій рѣшенію вопросъ такъ: возможно-ли обосновать обязательную силу договора на волѣ лица? И уже изъ этой постановки вопроса видно, что Шлоссманъ оперируетъ понятіемъ договора и сдѣлки только въ абстрактномъ смыслѣ, отрѣшаясь отъ всѣхъ живыхъ и практическихъ задачъ договорнаго права. Вотъ почему онъ самъ не менѣе, чѣмъ его противники, стоитъ на схоластической почвѣ, оторванной отъ жизни; и утверждая, что сдѣлки, какъ таковыя, не могутъ быть подчинены общимъ нормамъ, ничѣмъ не доказываетъ этого утвержденія.

---

[1]) Sohm, Bürgerliches Recht, стр. 27, въ Сборникѣ Systematische Rechtswissenschaft.

Сдѣлки слѣдуютъ несомнѣнно особымъ нормамъ, отличнымъ отъ тѣхъ, которыя примѣняются къ юридическимъ отношеніямъ, возникающимъ въ силу одного закона и независимо или даже вопреки человѣческой волѣ, каковы, напр., давность, обязанность вознагражденія за вредъ и убытки и т. д. Поэтому, и не защищая въ этой области чрезмѣрнаго теоретизированія, мы можемъ сказать, что разнообразіемъ отдѣльныхъ видовъ сдѣлокъ вовсе не исключаются общія имъ всѣмъ черты, и что эта общность есть результатъ принципа, объединяющаго всѣ сдѣлки. Этотъ принципъ лежитъ въ признанномъ объективнымъ правопорядкомъ самоопредѣленіи частной воли въ отношеніяхъ гражданскаго права, и онъ не вызываетъ теперь въ приведенной формулировкѣ большихъ споровъ. Но отсюда еще далеко до безспорности самаго понятія юридической сдѣлки и отдѣльныхъ пунктовъ настоящаго ученія. Споры и контроверзы здѣсь далеко не исчерпаны, и въ нихъ лежитъ, вѣроятно, главная причина оппозиціи Шлоссмана и его сторонниковъ противъ всего ученія объ юридической сдѣлкѣ [1]).

Господствующее со времени Савиньи опредѣленіе юридической сдѣлки гласитъ, что это есть „изъявленіе частной воли“ или „частное волезъявленіе“. Это опредѣленіе принято теперь и въ новомъ нѣмецкомъ уложеніи. Оно находитъ свое объясненіе въ томъ, что какъ Савиньи со своими послѣдователями, такъ и составители нѣмецкаго уложенія, говоря о сдѣлкѣ, имѣютъ въ виду, главнымъ образомъ, договорныя и обязательственныя сдѣлки, которыя, въ силу предоставленной имъ объективнымъ правомъ почти неограниченной свободы заключенія, служатъ, какъ будто, и въ дѣйствительности единственнымъ источникомъ всѣхъ возникающихъ изъ нихъ правъ и обязанностей. Отсюда — и господствующее опредѣленіе юридической сдѣлки, какъ такого частнаго волеизъявленія, которое направлено на извѣстныя юридическія послѣдствія, наступающія именно потому, что они желанны и составляютъ содержаніе даннаго волеизъявленія [2]). Но такое отождествленіе юридической сдѣлки съ изъявленіемъ частной воли и установленіе причинной связи между частнымъ волеизъявленіемъ и юридическими послѣдствіями сдѣлки неправильно не только для сдѣлокъ, лежащихъ внѣ обязательственнаго права, но и для самихъ обязательственныхъ сдѣлокъ.

Во-1), подъ это опредѣленіе не подойдутъ не только юридическія сдѣлки со сложнымъ составомъ фактовъ, выступающимъ не сразу а че-

---

[1]) Указанія на почти необозримую литературу по настоящему вопросу у Виндшейда, I, стр. 310—311, прим. 1. Назовемъ только Enneccerus'a, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1888, 2 тома, и Д. Гримма, Основы ученія о юридической сдѣлкѣ.

[2]) Windscheid-Kipp. стр. 310 — 311. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, стр. 39, 55, 56, 169—170. Motive zu dem Entwurf eines BGB., I, стр. 126.

резъ извѣстный промежутокъ времени, какъ мы видимъ это, напр., при условныхъ сдѣлкахъ или дареніяхъ на случай смерти, производящихъ свои юридическія послѣдствія не ранѣе, чѣмъ по наступленіи условія или смерти дарителя, но и такія сдѣлки, какъ договоры, требующіе для своей дѣйствительности не одного, а, по крайней мѣрѣ, двухъ волеизъявленій, равно какъ и сдѣлки, по которымъ волеизъявленіе должно сопровождаться и какимъ-либо реальнымъ дѣйствіемъ, что̀ можно видѣть, напр., при займѣ, ссудѣ, поклажѣ, ручномъ залогѣ, платежѣ долга, традиціи и т. д.

Во-2), если всякая юридическая сдѣлка есть необходимо волеизъявленіе или объединеніе нѣсколькихъ волеизъявленій, то далеко не всякое волеизъявленіе можетъ быть юридической сдѣлкой. Существуютъ волеизъявленія, не имѣющія ничего общаго съ цѣлями права, напр., приглашеніе на танецъ, распоряженіе по дому о приготовленіи завтраковъ и обѣдовъ къ извѣстному часу, запрещенныя и безнравственныя дѣйствія и т. д. Возможны даже оборотныя сдѣлки, достигающія на практикѣ своей цѣли, но не санкціонируемыя объективнымъ правомъ и не представляющія поэтому юридическихъ сдѣлокъ: таковы лишенныя судебной защиты биржевыя сдѣлки на разницу (см., напр., нашу ст. 1401[1] X т. I ч.). То, что отличаетъ юридическую сдѣлку отъ другихъ волеизъявленій, есть даваемая ей санкція права, и тамъ, гдѣ нѣтъ такой санкціи, нѣтъ и юридической сдѣлки.

Въ-3), юридическія послѣдствія связываются, по общему правилу, не только съ даннымъ волеизъявленіемъ, но и съ сопровождающими его обстоятельствами, которыя могутъ лежать либо въ добавочныхъ опредѣленіяхъ воли участниковъ сдѣлки, напр., присоединяемомъ къ ней условіи, либо въ содержаніи нормъ объективнаго права, основанныхъ на природѣ заключенной сдѣлки, куда можно отнести, напр., требованіе наличности вещи при традиціи, — брака при установленіи приданаго и т. д. Уже поэтому не всякое волеизъявленіе производитъ тѣ именно послѣдствія, которыя оно имѣетъ въ виду произвести, и эти послѣдствія остаются въ силѣ, несмотря на то, что они могутъ и противорѣчить данному волеизъявленію. Вступая, напр., въ договоръ имущественнаго найма, можно думать, что пріобрѣтаешь вещное право, какъ это и признано нѣкоторыми законодательствами, напр., прусскимъ, тогда какъ по римскому и основанному на немъ „общему праву“ Германіи возникающее здѣсь юридическое отношеніе будетъ чисто обязательственнымъ. Или, принимая наслѣдство въ странѣ, гдѣ дѣйствуютъ начала римскаго наслѣдственнаго права, иностранецъ въ этой странѣ можетъ думать, что, согласно законамъ своего отечества, онъ будетъ отвѣчать за долги наслѣдства только въ размѣрѣ наслѣдственной массы, и, не требуя на этомъ основаніи описи наслѣдственнаго имущества, онъ окажется въ результатѣ вынужденнымъ, вопреки своей волѣ, заплатить наслѣдственные долги изъ своихъ средствъ. Еще при-

мѣръ: кто-нибудь продаетъ лошадь, считая ее здоровой, тогда какъ она страдаетъ скрытымъ порокомъ, который обнаруживается послѣ продажи: продавецъ отвѣчаетъ передъ покупщикомъ за этотъ порокъ, не имѣя о немъ представленія и вовсе не ожидая такого послѣдствія отъ совершонной имъ сдѣлки [1]).

Въ-4), юридическія послѣдствія сдѣлки не могутъ имѣть своей причиной индивидуальной воли уже потому, что они представляютъ собой защиту объективнымъ правомъ тѣхъ фактическихъ отношеній, которыя признаются имъ заслуживающими юридической защиты. И если бы на первомъ мѣстѣ стояла здѣсь индивидуальная воля, то эта послѣдняя была бы поставлена выше объективнаго правопорядка, и получалось бы полное противорѣчіе съ тѣмъ, что происходитъ въ дѣйствительности. Кромѣ того, изъ представленія объ индивидуальной волѣ, какъ источникѣ права, слѣдовало бы заключеніе, что законъ есть только констатированіе права или гипотетическое сужденіе, въ смыслѣ Цительмана, о томъ, что въ такихъ-то условіяхъ наступаетъ то-то, а въ другихъ не наступаетъ [2]). Говоря иначе, законъ и въ юридическомъ смыслѣ былъ бы однимъ свидѣтельствомъ о существующемъ отношеніи причинности, и законодатель, подобно испытателю природы, не дѣлалъ бы ничего, какъ только удостовѣрялъ это отношеніе причинности. Но куда дѣвалось бы тогда нормативное дѣйствіе закона, и какъ могли бы мы мыслить въ такомъ порядкѣ идей юридическія послѣдствія недозволенныхъ дѣйствій? Лица, совершающія эти дѣйствія, не имѣютъ, конечно, воли вызвать противъ себя установленныя на эти случаи юридическія послѣдствія, и, если бы они въ рѣдкихъ случаяхъ и имѣли такую волю, то послѣдствія недозволенныхъ дѣйствій наступали бы, во всякомъ случаѣ, не на основаніи этой воли, а на основаніи закона, который никогда не перестаетъ разсматривать недозволенныя дѣйствія, какъ правонарушающіе, а не правозарождающіе факты. Поэтому теорія индивидуальной воли, принимаемой за источникъ права, сама заключаетъ себя въ заколдованный кругъ: на вопросъ, чего хочетъ законъ, она отвѣчаетъ—того, что хочетъ индивидуальная воля, а на вопросъ, чего хочетъ индивидуальная воля, она не можетъ отвѣтить иначе, какъ ссылаясь на тотъ же законъ [3]).

Изъ всего сказаннаго одинъ изъ современныхъ намъ юристовъ, Lotmar сдѣлалъ первый, въ своемъ сочиненіи „Ueber die causa im römischen Recht“, вышедшемъ еще въ 1875 г., слѣдующій выводъ: „такъ какъ изъявленіе воли производитъ юридическія послѣдствія только благодаря объективному праву, то направленіе этого волеизъявленія на

---

[1]) Дернбургъ, Пандекты, I, стр. 250.

[2]) См. выше, стр. 249.

[3]) Schlossmann, Zeitschrift f. Pr. u. öffentl. Recht, 1880, VII, стр. 561.

юридическія послѣдствія безразлично". Съ этихъ поръ въ литературѣ настоящаго вопроса установилось два противоположныхъ теченія. Одно изъ нихъ, которому принадлежатъ Брунсъ, Виндшейдъ, Цительманъ, Енекцерусъ и много др., держится твердо за старый догматъ воли и продолжаетъ считать частное волеизъявленіе за правозарождающій фактъ юридической сдѣлки. Это мнѣніе есть выраженіе въ правѣ индивидуалистическаго міровоззрѣнія, въ силу котораго основаніе права не можетъ лежать нигдѣ, какъ въ индивидуальной волѣ; эта послѣдняя охраняется, какъ человѣческая воля, и потому же сопровождается юридическими послѣдствіями. Но противъ этого мнѣнія, кромѣ приведенныхъ выше соображеній, говоритъ и все, что подрываетъ почву подъ индивидуалистическимъ міросозерцаніемъ какъ въ правѣ, такъ и въ другихъ областяхъ знанія [1]).

Другое теченіе, представленное, главнымъ образомъ, Лотмаромъ, Шлоссманомъ, Тономъ, Бехманомъ, Ленелемъ, Колеромъ и др., приписываетъ послѣдствія юридической сдѣлки исключительно объективному праву и ни въ какомъ смыслѣ—волѣ сторонъ. Стороны путемъ своего волеизъявленія приводятъ лишь въ движеніе объективное право, даютъ ему, какъ бы, механическій толчекъ, послѣ котораго дѣйствуетъ одно объективное право, а не частное волеизъявленіе. Но и это мнѣніе не можетъ быть принято во всей его цѣлости, такъ какъ нѣкоторыя изъ сдѣланныхъ противъ него возраженій имѣютъ рѣшающее значеніе. Во-1), неправильно ссылаться, какъ это дѣлаютъ многіе изъ принадлежащихъ сюда писателей, на то, что индивидуальная воля направлена въ сдѣлкѣ не на юридическія послѣдствія, установленныя объективнымъ правомъ, а только на экономическій или практическій результатъ удовлетворенія соотвѣтствующихъ ея цѣли потребностей. Виндшейдъ опровергаетъ эту ссылку указаніемъ, что стороны въ сдѣлкѣ стремятся всегда къ результату, связанному необходимо съ правомъ,такъ какъ, пріобрѣтая, напр., какую-нибудь вещь, желаютъ и юридической защиты этого пріобрѣтенія. Иначе, т.-е. при желаніи одного экономическаго результата, не получалось бы его юридической защиты, и уже поэтому направленіе на юридическія послѣдствія не можетъ не лежать въ индивидуальной волѣ участниковъ сдѣлки. Гирке замѣчаетъ по этому поводу, что „юридическія сдѣлки производятъ не только юридическія, но и хозяйственныя, соціальныя и нравственныя послѣдствія, но онѣ не достигаютъ своей жизненной цѣли или невполнѣ достигаютъ ее, если ими не осуществляется, въ то же время, и правовая цѣль" [2]). Во-2), изъ того, что юридическія сдѣлки производятъ иногда, сверхъ желанныхъ, и иныя послѣдствія, и даже такія, которыя противорѣчатъ волѣ ихъ установителей, не слѣдуетъ того, чтобы

[1]) Duguit, L'Etat, I, стр. 143 и слѣд.
[2]) Gierke, Deutsch. R., I, стр. 283.

желанныя ими послѣдствія наступали не потому, что они именно желанны [1]). Въ-3), при сведеніи всѣхъ юридическихъ послѣдствій одинаково и однообразно къ нормамъ объективнаго права, различіе этихъ послѣдствій въ отношеніи къ юридическимъ сдѣлкамъ и недозволеннымъ дѣйствіямъ было бы такъ же необъяснимо, какъ и при сведеніи тѣхъ же послѣдствій къ индивидуальной волѣ.

Воспользуемся примѣрами, приводимыми Эннекцерусомъ для доказательства той мысли, что сведеніемъ юридическихъ послѣдствій сдѣлки къ объективному праву нельзя прійти ни къ ясному представленію объ юридической сдѣлкѣ, ни къ разграниченію ея отъ недозволеннаго дѣйствія. Кто-нибудь совершаетъ убійство для того, чтобы ускорить наслѣдованіе ближайшихъ родственниковъ убитаго; бездомный бродяга крадетъ для того, чтобы попасть въ тюрьму; я обязуюсь уплатить кому-нибудь 100 руб. Во всѣхъ трехъ случаяхъ мы имѣемъ на лицо составъ фактовъ, съ которымъ законъ связываетъ извѣстныя юридическія послѣдствія, и эти послѣдстія наступаютъ, будучи одинаково желанны для заинтересованныхъ лицъ. Но въ двухъ первыхъ случаяхъ эти послѣдствія наступаютъ независимо отъ того, желанны они, или нѣтъ: ближайшіе родственники наслѣдуютъ убитому, все равно, съ какимъ бы намѣреніемъ онъ ни былъ убитъ; воръ попадаетъ въ тюрьму, все равно, совершилъ-ли онъ кражу съ этимъ или какимъ-либо инымъ намѣреніемъ. И только въ третьемъ случаѣ мы говоримъ объ юридической сдѣлкѣ, такъ какъ, обязываясь уплатить 100 р., я вызываю лишь тѣ юридическія послѣдствія, необходимымъ условіемъ которыхъ является мое волеизъявленіе. Поэтому для понятія юридической сдѣлки недостаточно простого совпаденія желанныхъ юридическихъ послѣдствій съ тѣми, которыя устанавливаются объективнымъ правомъ, а необходимо такое отношеніе между тѣми и другими послѣдствіями, при которомъ первыя являлись бы условіемъ послѣднихъ, и эти послѣднія получали бы силу только при наличности первыхъ [2]).

Мы остановились съ нѣкоторыми подробностями на спорѣ между сторонниками индивидуальной воли и объективнаго правопорядка въ отношеніи къ юридическимъ послѣдствіямъ сдѣлокъ—потому, что этотъ споръ имѣетъ не только теоретическое, но и важное практическое значеніе. Стоя на точкѣ зрѣнія индивидуальной воли, мы должны были бы признать, что эта послѣдняя имѣетъ рѣшающее значеніе для всѣхъ послѣдствій юридическихъ сдѣлокъ, и что эти послѣдствія могутъ быть только такими, какими ихъ желаетъ индивидуальная воля. Тогда всякая ошибка и другіе недостатки воли—даже въ тѣхъ случаяхъ, когда они оставались бы нераспознаваемыми для другихъ участниковъ сдѣлки и

---

[1]) Windscheid-Kipp, стр. 311—312.

[2]) Enneccerus, ук. соч., I, стр. 153.

третьихъ лицъ—вели бы къ уничтоженію сдѣлки, заключенной при наличности ошибки и другихъ пороковъ воли, а ученіе объ ошибкѣ заняло бы первенствующее мѣсто во всей теоріи права. Напротивъ, съ точки зрѣнія причинной связи объективнаго права съ юридическими послѣдствіями сдѣлки индивидуальная воля служитъ только поводомъ для обнаруженія послѣдствій, впередъ установленныхъ объективнымъ правопорядкомъ по соображенію не только съ индивидуальной волей, но и со всей окружающей ее средой и со всѣми требованіями гражданскаго оборота. Индивидуальная воля получаетъ здѣсь юридическое значеніе только тогда, когда она выражена во внѣ, сдѣлана чувственно наблюдаемой и распознаваемой для того, кого она хочетъ управомочить или обязать.

Этого пункта ученія объ юридической сдѣлкѣ мы коснемся еще впослѣдствіи и заключимъ здѣсь изложеніе спора между сторонниками индивидуальной воли и объективнаго правопорядка замѣчаніемъ, что истина можетъ лежать только въ синтезѣ обоихъ направленій. Ни индивидуальная воля, ни объективное право, взятыя врозь другъ отъ друга, не производятъ юридическихъ послѣдствій сдѣлки: первая—потому, что она не можетъ имѣть юридическаго значенія внѣ своей адекватности или соотвѣтствія объективному праву, послѣднее—потому, что оно получаетъ значеніе для субъективныхъ правъ только въ связи со своимъ осуществленіемъ актомъ сознательной индивидуальной воли. Такимъ образомъ, юридическія послѣдствія сдѣлокъ представляютъ собой результатъ индивидуальной воли и объективнаго права, какъ одного нераздѣльнаго цѣлаго [1]), и если не можетъ быть юридической сдѣлки безъ санкціонирующихъ ее нормъ объективнаго права, то изъ того, что объективное право предоставляетъ часто, и, особенно, въ обязательственныхъ отношеніяхъ, заинтересованнымъ лицамъ почти полную свободу заключенія сдѣлокъ въ отношеніи какъ ихъ формы, такъ и содержанія, слѣдуетъ само собой, что самоопредѣленіе частной воли составляетъ самую характерную черту сдѣлки. Юридическая сдѣлка вліяетъ на мои юридическія отношенія только тогда, когда я этого хочу и выражаю это хотѣніе въ своихъ дѣйствіяхъ.

Изъ сказаннаго видно, что сдѣлка есть не всякое волеизъявленіе, а лишь такое, которое имѣетъ цѣлью произвести то или другое отношеніе, вмѣстѣ съ признанными за нимъ объективнымъ правомъ послѣдствіями. Это опредѣленіе обнимаетъ неограниченное число единичныхъ сдѣлокъ, большинство которыхъ облекается объективнымъ правомъ въ извѣстные типы, каковы, напр., купля-продажа, заемъ, бракъ, завѣщаніе и т. д. Эти типы сдѣлокъ подчинены дѣйствію частью диспозитивныхъ, частью принудительныхъ нормъ: первыя дополняютъ изъявленія частной воли, предоставляя имъ извѣстный просторъ въ

[1]) Duguit, тамъ же, стр. 608—9.

выборѣ какъ формы, такъ и содержанія; послѣднія требуютъ безусловнаго повиновенія и не допускаютъ ни видоизмѣненія, ни выбора. Это значитъ, что юридическія отношенія создаются не произволомъ отдѣльныхъ лицъ и ихъ субъективныхъ побужденій. Юридическая жизнь вращается въ кругу признанныхъ объективнымъ правомъ гражданскихъ сдѣлокъ, и если имъ устанавливается извѣстное и ограниченное число типовъ такихъ сдѣлокъ, то гражданскому обороту остается только приспособляться къ нимъ. Поэтому въ юридическую сдѣлку и не можетъ быть вкладываемо любое содержаніе индивидуальной воли. Нельзя, напр., по сдѣлкѣ установить вещное право выкупа или отказаться отъ права на судебную защиту. Но какъ далеко простирается здѣсь просторъ, предоставляемый индивидуальной волѣ?

Прежде этотъ просторъ понимали очень широко и индивидуальной волей объясняли дѣйствіе большинства гражданскихъ правъ. Границу господства этой воли находили только въ принудительныхъ нормахъ объективнаго права, но не опредѣляли ближе области дѣйствія этихъ послѣднихъ и довольствовались утвержденіемъ, что онѣ не играютъ большой роли въ гражданскомъ правѣ. Диспозитивныя нормы считались, напротивъ, настоящей ареной дѣйствія индивидуальной воли, хотя и онѣ во многихъ случаяхъ такъ же ограничиваютъ эту волю, какъ и принудительныя нормы.

Но здѣсь дѣло не въ различіи диспозитивныхъ и принудительныхъ нормъ, а въ опредѣленіи границы, которую тѣ и другія ставятъ индивидуальной волѣ. И эта граница не одинакова для различныхъ правъ. Въ общемъ, можно сказать лишь то, что индивидуальную волю нельзя считать и въ области права ни обсолютно свободной, ни обсолютно связанной закономъ: она пользуется относительной автономіей, предѣлы которой опредѣляются различно въ различныхъ отрасляхъ права. Общимъ правиломъ—по крайней мѣрѣ, въ гражданскомъ правѣ—остается не формулированное ни въ одномъ законодательствѣ и часто критикуемое юристами-государственниками, но тѣмъ не менѣе дѣйствующее и установленное еще школой „естественнаго права“—положеніе, въ силу котораго все не запрещенное закономъ дозволено. Свобода есть общее правило, а ограниченія ея должны быть въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказаны; индивидуальная воля въ области гражданскаго права автономна до тѣхъ поръ, пока ее не стѣсняетъ законъ. И съ наибольшими стѣсненіями ея мы встрѣчаемся въ области семейнаго и наслѣдственнаго права. Для половыхъ отношеній существуетъ только одна юридическая форма—бракъ. Усыновить кого-нибудь можно только въ качествѣ сына, а не брата или лица, надѣленнаго какимъ-либо инымъ качествомъ. Завѣщаніе, законныя доли наслѣдства и наслѣдственный договоръ имѣютъ опредѣленное содержаніе и формы, отъ которыхъ нельзя отступать. Больше простора индивидуальной волѣ даетъ имущественное право, но и здѣсь, въ области вещнаго права, римляне

знали, напр., кромѣ собственности, только четыре вида вещныхъ правъ: сервитутъ, эмфитевзисъ, суперфицій и залогъ. Германское право расширило этотъ кругъ признанныхъ вещныхъ правъ, но проводило большія различія въ отношеніи дѣйствія этихъ правъ, считая, напр., одни изъ нихъ переносимыми, другія—непереносимыми и т. д., а новѣйшія законодательства, въ числѣ которыхъ находится и нѣмецкое уложеніе, продолжаютъ ограничивать содержаніе сдѣлокъ какъ по семейному, наслѣдственному, такъ и вещному праву. Во всѣхъ этихъ областяхъ права юридическое принужденіе рѣшительно преобладаетъ надъ индивидуальной свободой, которой предоставленъ только выборъ института, но не его ближайшаго содержанія, опредѣляемаго закономъ.

Совсѣмъ другое мы видимъ при обязательственномъ договорѣ, этомъ чаще всего встрѣчающемся видѣ юридическихъ сдѣлокъ и болѣе всѣхъ другихъ осуществляющемъ принципъ частной автономіи въ гражданскомъ правѣ. Индивидуальной волѣ данъ здѣсь наибольшій просторъ, и мы не ограничены болѣе опредѣленнымъ числомъ договорныхъ типовъ, какъ это было въ Римѣ. Напротивъ, всякое соглашеніе сторонъ въ области обязательственнаго права производитъ предположенныя имъ послѣдствія, если это соглашеніе остается въ границахъ, указанныхъ закономъ для юридическихъ сдѣлокъ вообще. Этотъ принципъ выражаютъ обыкновенно словами: pacta sunt servanda, и онъ ежедневно вызываетъ къ жизни и такія сдѣлки, которыя не подходятъ подъ ранѣе установленные типы: тутъ всегда возможно образованіе и новыхъ видовъ сдѣлокъ. Нѣмецкое уложеніе объявляетъ юридически дѣйствительнымъ „всякое дозволенное на почвѣ гражданской жизни соглашеніе, направленное на установленіе или измѣненіе юридическихъ отношеній“.

Что касается ограниченій индивидуальной воли и при обязательственныхъ сдѣлкахъ, то къ нимъ слѣдуетъ причислить: во-1), общія нормы о дозволенныхъ и недозволенныхъ сдѣлкахъ, во-2), такія же общія нормы объ условіяхъ дѣйствительности сдѣлокъ, напр., о дѣеспособности сторонъ, формѣ заключенія сдѣлокъ и т. д., и въ-3), особыя нормы, касающіяся содержанія только извѣстныхъ сдѣлокъ, напр., запрещеніе наниматься на всю жизнь, отдавать внаймы недвижимое имущество на срокъ свыше установленнаго въ законѣ, обязываться неограниченно пребываніемъ въ состояніи какого-нибудь нераздѣльнаго имущественнаго общенія и т. д. Всѣ эти ограниченія носятъ характеръ принудительнаго права и влекутъ за собой, какъ мы увидимъ это ниже, либо полную недѣйствительность сдѣлки, либо недѣйствительность ея до того момента, когда противорѣчащее этимъ ограниченіемъ содержаніе сдѣлки будетъ исправлено. Объ исключеніи или обходѣ этихъ ограниченій частнымъ соглашеніемъ заинтересованныхъ сторонъ не можетъ быть рѣчи, такъ какъ объективное право вступило бы въ противорѣчіе съ самимъ собой, если бы оно разрѣшало на основаніи частнаго соглашенія то, что оно же запрещаетъ

на основаніи общей нормы [1]). Но мы столкнемся впослѣдствіи и съ такими нарушеніями существующихъ нормъ о сдѣлкахъ вообще и ихъ содержаніи при извѣстныхъ типахъ сдѣлокъ, которыя ведутъ не къ уничтоженію, а только къ оспариванію или превращенію одной сдѣлки въ другую (конверсія).

Замѣтимъ, наконецъ, что, если большинство сдѣлокъ направлено на установленіе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній, то встрѣчаются, несомнѣнно, и такія юридическія дѣйствія, которыя не характеризуются этимъ направленіемъ, но сопровождаются послѣдствіями, подобными послѣдствіямъ юридическихъ стѣлокъ. Таковы, напр., дача и отмѣна полномочія, отказъ въ одобреніи какой-либо сдѣлки, уговоръ о заключеніи сдѣлки въ опредѣленной формѣ и т. д. Не считать эти юридическія дѣйствія сдѣлками было бы, по вѣрному замѣчанію Регельсбергера, непрактично, такъ какъ къ нимъ примѣняются въ огромномъ большинствѣ случаевъ тѣ же положенія о дѣеспособности, представительствѣ, вліяніи принужденія, ошибки и т. д., чтò и къ остальнымъ сдѣлкамъ [2]).

Въ нашемъ законѣ нѣтъ особыхъ опредѣленій объ юридическихъ сдѣлкахъ, и самое слово „сдѣлка“ употребляется не въ смыслѣ соотвѣтствующаго ему общаго понятія, а только въ отдѣльныхъ случаяхъ примѣненія этого понятія. Упоминается, напр., о „мировой сдѣлкѣ“, о „сдѣлкахъ съ преміей“ и т. д. (ст. 1401, т. X ч. I). Впрочемъ, попадаются законы, которые говорятъ и о „всякаго рода“, и „всѣхъ сдѣлкахъ“ вообще (ст. 1540 и 2334 тамъ же). Но не слѣдуетъ думать, чтобы понятіе сдѣлки, какъ оно выше установлено, было чуждо нашему законодательству. Понятіе это только затемняется тѣмъ, что для обозначенія его нашъ законъ чаще всего пользуется терминомъ: „способы пріобрѣтенія правъ на имущество“. Перечисляя, напр., различные способы пріобрѣтенія правъ на имущество, примѣч. къ ст. 699 называетъ только извѣстныя сдѣлки: пожалованія, духовныя завѣщанія, договоры и обязательства и т. д., не исчерпывая даже всѣхъ способовъ пріобрѣтенія (опущено давностное владѣніе, находка, кладъ, овладѣніе, правонарушеніе и т. д.); и отсюда можно было бы заключить, что понятіе сдѣлки сводится у насъ къ однимъ способамъ пріобрѣтенія правъ на имущество. Но это заключеніе было бы ошибочно, такъ какъ изъ другихъ постановленій нашего права видно, что юридическія послѣдствія соединяются и у насъ съ дѣйствіями, имѣющими цѣлью не только пріобрѣтеніе, но также измѣненіе и прекращеніе правъ. Можно сослаться на ст. 1545, которая предоставляетъ сторонамъ уничтоженіе договора по взаимному согласію. Отсюда слѣдуетъ, что стороны, имѣя право прекращать дого-

---

[1]) Crome, стр. 323, 342—345.

[2]) Regelsberger, стр. 491.

воръ, уже поэтому имѣютъ право и измѣнять, и дополнять его: изъ права на бо́льшее само собой вытекаетъ и право на меньшее. Поэтому, договоръ можетъ служить и у насъ основаніемъ какъ для пріобрѣтенія, такъ и для измѣненія и прекращенія правоотношеній. Ст. 2058 X т. предоставляетъ заимодавцу право передачи заемныхъ писемъ въ другія руки, указывая этимъ на допущеніе и такихъ сдѣлокъ, которыя направлены на перенесеніе правъ отъ одного лица на другое. Наконецъ, ст. 699 и 700 подтверждаютъ оба основныхъ принципа юридической сдѣлки: первая изъ этихъ статей требуетъ, чтобы пріобрѣтеніе правъ на имущество совершалось способами, „въ законахъ опредѣленными“ и этимъ подчиняетъ сдѣлки нормамъ объективнаго права; вторая—настаиваетъ на „непринужденномъ произволѣ и согласіи“, какъ необходимой чертѣ „всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ“.

7. Виды юридическихъ сдѣлокъ.

А) Одностороннія и двусторонніе сдѣлки. Первыя требуютъ для своего состава только одного волеизъявленія, безъ чьего бы то ни было согласія на него; послѣднія предполагаютъ согласную волю двухъ или нѣсколькихъ лицъ, направленную на то, чтобы вызвать извѣстныя юридическія послѣдствія для нихъ или представляемыхъ ими лицъ, и они носятъ общее названіе договоровъ. Важнѣйшій случай односторонніхъ сдѣлокъ даютъ намъ завѣщательныя распоряженія; и если отъ лица, въ пользу котораго они дѣлаются, зависитъ: согласиться съ ними или отказаться отъ нихъ, то дѣлаемое на этотъ предметъ изъявленіе воли будетъ самостоятельной односторонней сдѣлкой, а не частью завѣщательнаго акта. Сюда же принадлежатъ: распоряженія, имѣющія цѣлью созданіе какого-либо учрежденія, принятіе наслѣдства, обязывающее къ платежу наслѣдственныхъ долговъ, и изъ области семейнаго права—признаніе отцомъ своихъ незаконнорожденныхъ дѣтей. Въ вещномъ правѣ къ одностороннимъ сдѣлкамъ относятъ: occupatio, specificatio, derelictio и тому подобные акты, которые нельзя въ строгомъ смыслѣ считать и юридическими сдѣлками.

Въ обязательственномъ правѣ дѣйствуютъ преимущественно договоры, тогда какъ одностороннія сдѣлки не производятъ, по общему правилу, новыхъ юридическихъ отношеній, а связываются обыкновенно съ существующими уже юридическими отношеніями, въ виду ихъ укрѣпленія или прекращенія: таковы, напр., напоминаніе о долгѣ, извѣщеніе нанимателя о прекращеніи найма, дача и отмѣна полномочія, заявленіе объ отступленіи отъ договора, предъявленіе зачета, оспариваніе сдѣлки и т. д. Всѣ эти сдѣлки предпринимаются въ виду опредѣленнаго лица и требуютъ для своей дѣйствительности, если не согласія, то ознакомленія

или, вѣрнѣе, предоставленія возможности ознакомленія съ ними тому лицу, которое онѣ имѣютъ своимъ адрессатомъ. Поэтому для нихъ предписываются обыкновенно особыя формы, обезпечивающія ознакомленіе съ ними этого адрессата, и новому нѣмецкому уложенію вмѣняютъ въ большую заслугу то, что оно, во-1), приравняло простую возможность ознакомленія съ этими сдѣлками къ самому ознакомленію съ ними и, во-2), впервые разграничило ихъ точно, съ одной стороны, отъ договоровъ, предполагающихъ не только ознакомленіе, но и согласіе адрессата, и съ другой— отъ строго-односторонніхъ сдѣлокъ, обращенныхъ къ неопредѣленной массѣ публики и не требующихъ не только согласія, но и увѣдомленія о нихъ какого бы то ни было опредѣленнаго лица [1]). Односторонніе сдѣлки перваго типа называютъ теперь, по принятому нѣмецкой юриспруденціей почти единогласно предложенію Цительмана [2]), „волеизъявленіями, нуждающимися въ пріемѣ“ (empfangsbedürftige Willenserklärungen), а односторонніе сдѣлки второго типа—„волеизъявленіями, не нуждающимися въ пріемѣ“ (nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen). Эти послѣдніе сдѣлки вызываютъ въ обязательственномъ правѣ объективную связанность даннымъ словомъ, безъ отношенія къ какому-нибудь опредѣленному лицу, и поэтому уже подвергаются, сверхъ общихъ всѣмъ сдѣлкамъ, еще особымъ ограниченіямъ. Римское право признавало обязательность такихъ сдѣлокъ только въ двухъ исключительныхъ случаяхъ (pollicitatio и votum) [3]), а современное право, хотя и присоединило къ этимъ случаямъ нѣсколько новыхъ, также не перестало считать ихъ исключеніями изъ общаго правила о недостаточности односторонняго изъявленія воли, какъ основанія обязательства [4]), и не распространило на эти сдѣлки принципа свободы вступленія въ обязательственныя или, точнѣе, обязательственно-договорныя отношенія. Строго-односторонніе сдѣлки обязательственнаго права, обращенныя не къ опредѣленному лицу, допускаются и теперь только въ случаяхъ и формахъ, указанныхъ впередъ закономъ [5]), и къ нимъ принадлежитъ, напр., выпускъ обязательства на предъявителя, равно какъ и сдѣлка, извѣстная у нѣмцевъ подъ именемъ Auslobung, сущность которой состоитъ въ обѣщаніи извѣстнаго вознагражденія всякому, кто совершитъ какое-либо опредѣленное дѣйствіе, напр., найдетъ потерянную вещь, напишетъ сочиненіе на заданную тему и т. д.

Переходя теперь къ договору, мы должны сказать, что понятіе его до сихъ поръ спорно какъ въ философіи права, такъ и въ теоріи гра-

---

[1]) Kuhlenbeck, I, стр. 318—319. Endemann, I, стр. 275—284.
[2]) Zittelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe, 1889, I, стр. 22, 100.
[3]) Windscheid, II, § 304.
[4]) Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873, стр. 23 и слѣд.
[5]) Crome, стр. 343—4.

жданскаго права. Не останавливаясь на всѣхъ спорныхъ пунктахъ, мы ограничимся нѣсколькими общими замѣчаніями.

1. Не слѣдуетъ удовлетворяться, какъ это дѣлали римскіе юристы, одной внѣшней стороной понятія договора, опуская его цѣль, и опредѣлять договоръ только какъ „согласіе двухъ или нѣсколькихъ воль“ [1]), какъ не слѣдуетъ преувеличивать, по примѣру нѣкоторыхъ новыхъ юристовъ, и субъективный моментъ въ понятіи договора, называя этотъ послѣдній, напр., „гармоніей взглядовъ и намѣреній“. Въ договорѣ есть, несомнѣнно, какъ цѣлевой, такъ и объективный моментъ, лежащій въ совпаденіи интересовъ участвующихъ въ немъ сторонъ и во взаимномъ сознаніи изъявляемой ими воли, получающей объективное бытіе. Честь установленія этого цѣлевого и объективнаго момента въ понятіи договора противъ господствовавшей прежде формальной и субъективной точки зрѣнія принадлежитъ Іерингу („Zweck im Recht“) и въ новѣйшее время—Leonhard'у („Der Irrthum“).

2. Понятіе договора чрезвычайно широко и находитъ себѣ примѣненіе во всѣхъ областяхъ права какъ публичнаго, такъ и гражданскаго. Утверждать, что договоръ есть исключительно обязательственная сдѣлка, которой одна сторона обязывается чѣмъ-нибудь въ пользу другой,—какъ это было въ обычаѣ у прежнихъ юристовъ, въ ряду которыхъ мы встрѣчаемъ не только нашего Мейера, но и несравненно болѣе громкое имя Вангерова [2]),—значитъ смѣшивать видъ съ родомъ и вступать въ противорѣчіе съ явленіями дѣйствительной юридической жизни. Вспомнимъ о международныхъ договорахъ, регулирующихъ пограничныя отношенія различныхъ государствъ или создающихъ самостоятельныя и полусамостоятельныя государства—безъ того, чтобы участвующія стороны принимали на себя какія-либо обязательства. Сошлемся изъ области гражданскаго права на вещные, семейные, наслѣдственные, правозарождающіе, правоизмѣняющіе и такъ наз. либераторные договоры, имѣющіе своимъ предметомъ освобожденіе должника отъ его обязательства, и у насъ не останется сомнѣнія въ томъ, что понятіе договора простирается далеко за предѣлы обязательственнаго права. Поэтому договоръ и слѣдуетъ опредѣлять не какъ исключительно обязательственное отношеніе, а какъ всякое согласное изъявленіе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ на почвѣ объединяющихъ ихъ интересовъ и съ цѣлью установленія, измѣненія или прекращенія какого-либо юридическаго отношенія.

---

[1]) L. 1 § 2 D. 2, 14: Pactum est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

[2]) Vangerow, Pandekten, I, § 311, anm. 1, § 350, anm. 1; III, § 621, anm. 1. Того же взгляда держатся: прусскій Landrecht, 15 § 1—4, 78, 79; французскій Code civ., art. 1101; австрійское гражд. улож., § 861, и др., но этотъ взглядъ опровергнутъ еще Савиньи въ его Syst. des heutigen röm. R., III, § 140, 141; см. также Unger, Syst., II, § 93.

3. О договорѣ можетъ идти рѣчь только тогда, когда два или нѣсколько лицъ хотятъ одного и того же для того, чтобы достигнуть какого-нибудь общаго результата. Простой встрѣчи нѣсколькихъ волеизъявленій, производящей тотъ же результатъ, какъ мы видимъ это, напр., у сонаслѣдниковъ, общеніе которыхъ въ наслѣдственномъ имуществѣ основано не на договорѣ, а на вступленіи въ наслѣдство—не достаточно для понятія договора. Изъ встрѣчи двухъ или нѣсколькихъ воль (напр., въ отношеніяхъ товарищества) должна образоваться новая, договорная воля, представляющая собой не сумму, а единство этихъ воль, направленное именно на данный, а не на какой-либо связанный или совпадающій съ нимъ результатъ.

4. Начальное волеизъявленіе при заключеніи договора называютъ оффертой, или предложеніемъ договора; другое, присоединяющееся къ нему—акцептомъ, или принятіемъ договора, и объединеніе этихъ двухъ волеизъявленій даетъ понятіе заключенія договора. Но оферта предшествуетъ акцепту только въ видѣ общаго правила, тогда какъ въ отдѣльныхъ случаяхъ акцептъ можетъ быть данъ впередъ и ранѣе, чѣмъ сдѣлана оферта, а еще чаще—оба эти волеизъявленія могутъ совпадать и сдѣлать невозможнымъ разграниченіе ихъ другъ отъ друга. Во всякомъ случаѣ, ни одно изъ этихъ волеизъявленій, взятое врозь отъ другого, не представляетъ собой юридической сдѣлки: это—только элементы или составныя части сдѣлки, лишенныя самостоятельности и не имѣющіе юридическаго значенія иначе, какъ въ своемъ отношеніи другъ къ другу.

5. Никто не заключаетъ договора съ самимъ собой—даже въ качествѣ представителя одной или обѣихъ участвующихъ въ немъ сторонъ. Правда, опекунъ можетъ сдѣлать долгъ изъ состоящаго въ его управленіи имущества подопекаемаго, или погасить свой долгъ послѣднему изъ своего имущества, не прибѣгая къ посредству никакого третьяго лица. Это называютъ часто договорами представителей съ самими собой, но въ дѣйствительности мы имѣемъ здѣсь только одностороннія сдѣлки, которымъ приписываютъ послѣдствія, хотя и подобныя договорнымъ, но во многомъ отступающія отъ нихъ и, во всякомъ случаѣ, не позволяющія считать производящія ихъ сдѣлки также договорными. Насколько такія сдѣлки могутъ быть признаны дѣйствительными, этотъ вопросъ въ различныхъ законодательствахъ разрѣшается не одинаково и въ зависимости отъ различія фактическихъ условій [1]).

6. Договоры могутъ быть также односторонніе и двусторонніе: въ первомъ случаѣ только одна сторона принимаетъ на себя извѣстныя обязательства; во второмъ—обѣ. Къ первой категоріи договоровъ принадлежитъ, напр., дареніе, ко второй—купля-продажа, наемъ. Но, бу-

[1]) Regelsberger, стр. 543.

дучи одностороннимъ договоромъ, дареніе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и двусторонняя сдѣлка, такъ какъ она требуетъ согласія одаряемаго на предлагаемый ему даръ. Это различіе договоровъ относится, съ небольшими исключеніями, только къ обязательственнымъ договорамъ.

7. Такъ какъ договоры обнимаютъ собой всю область права и регулируются различными нормами, смотря по тому, гдѣ они примѣняются, то построеніе общей теоріи договора должно быть признано безплоднымъ. Всѣ попытки въ этомъ направленіи были неудачны: онѣ основывались въ большинствѣ случаевъ на обобщеніи положеній, дѣйствующихъ при обязательственныхъ договорахъ, и перенесеніи этихъ положеній на договоры, принадлежащіе другимъ областямъ права. Но можно-ли говорить, напр., объ оффертѣ, договорѣ между отсутствующими, аукціонѣ и другихъ институтахъ обязательственнаго договора при договорахъ семейнаго, наслѣдственнаго или публичнаго права? Поэтому нѣмецкое уложеніе и не даетъ опредѣленія договора, предоставляя его вѣдѣнію науки, и поэтому же мы ограничимся сообщенными данными о договорѣ и перенесемъ изученіе подробностей этой юридической фигуры въ спеціальную часть гражданскаго права.

Б) Сдѣлки на случай смерти (mortis causa), прижизненныя (inter vivos), возмездныя (onerosa) и безмездныя (lucrativa). Объ этихъ видахъ сдѣлокъ мы уже упоминали въ ученіи о пріобрѣтеніи правъ и прибавимъ къ сказанному тамъ слѣдующее.

1. Сдѣлки на случай смерти имѣютъ цѣлью регулировать юридическія, и, преимущественно, имущественныя отношенія, переходящія отъ умершихъ къ живымъ. Согласно этой цѣли, онѣ и стоятъ въ зависимости — притомъ, въ смыслѣ не только исполненія, но и самаго существованія — отъ смерти лица, которое дѣлаетъ распоряженія на случай своей смерти. Эти распоряженія само собой падаютъ, если лицо, въ пользу котораго они сдѣланы, умираетъ ранѣе ихъ автора, и въ этомъ случаѣ не можетъ быть естественно рѣчи ни о пріобрѣтеніи, ни о переходѣ наслѣдственныхъ правъ къ наслѣдникамъ того, кто умеръ ранѣе своего наслѣдодателя.

Къ сдѣлкамъ на случай смерти принадлежатъ: завѣщаніе, относящееся ко всему имуществу завѣщателя, кодициллы, отказы, дареніе на случай смерти и наслѣдственные договоры, которые также могутъ касаться всего наслѣдства, но обыкновенно касаются только его части. Всѣ упомянутыя сдѣлки, кромѣ наслѣдственныхъ договоровъ и отчасти дареній на случай смерти, называютъ также распоряженіями послѣдней воли, характерную особенность которыхъ составляетъ то, что они могутъ быть отмѣнены до самой смерти наслѣдодателя односторонними актами его воли. Въ этомъ смыслѣ наслѣдственный договоръ и отчасти дареніе на случай смерти не могутъ считаться распоряженіями послѣдней воли, такъ какъ, хотя и разсчитанные на случай смерти, они связываютъ участниковъ сдѣлки при ихъ жизни и не допускаютъ односторонняго отступленія

отъ принятыхъ ими на себя обязательствъ. Современное французское право идетъ еще далѣе и считаетъ сдѣлками на случай смерти только завѣщаніе и заключающіяся въ немъ распоряженія. Оно не знаетъ наслѣдственныхъ договоровъ и признаетъ даренія на случай смерти только въ брачныхъ договорахъ и имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ другъ къ другу (art. 1082—1084, 1094 и слѣд.). Въ нашемъ правѣ нѣтъ также и слѣдовъ наслѣдственнаго договора, а даренія на случай смерти прямо отвергаются ст. 991 X т. 1 ч., которая говоритъ: „Духовныя завѣщанія, коими имѣніе при жизни владѣльца укрѣпляется за другими лицами безповоротно, должны быть признаваемы дарственными записями, и наоборотъ...“. И подобно французскому праву, всѣ сдѣлки на случай смерти объединены у насъ, со стороны ихъ формы, въ одну—завѣщаніе (ст. 1012, 1023). Преобладающій типъ сдѣлки на случай смерти есть типъ односторонней сдѣлки—такъ же, какъ и преобладающій типъ сдѣлокъ „между живыми“ есть типъ двусторонней сдѣлки, или договора [1]).

2. Различіе между возмездными и безмездными сдѣлками элементарно и основано на цѣли тѣхъ и другихъ сдѣлокъ: первыя требуютъ эквивалента за совершаемое или обѣщиваемое дѣйствіе и служатъ хозяйственнымъ цѣлямъ гражданскаго оборота; послѣднія не требуютъ никакого эквивалента, выражаютъ въ правѣ идею алтруизма и служатъ не хозяйственнымъ, а идеальнымъ цѣлямъ гражданскаго оборота.

Но для возмездной сдѣлки существенно не столько то, что она требуетъ взаимнаго дѣйствія, сколько то, что это взаимное дѣйствіе матеріализировано и равноцѣнно той имущественной потерѣ, которую несетъ другая сторона въ сдѣлкѣ. И это тѣмъ болѣе вѣрно, что взаимное удовлетвореніе не чуждо и безмезднымъ сдѣлкамъ, гдѣ оно. носитъ только идеальный характеръ и состоитъ или въ чувствѣ нравственнаго довольства, приносимаго актомъ даренія, или въ такихъ дѣйствіяхъ одаряемаго, которыя не доставляютъ матеріальной выгоды дарителю, но могутъ уменьшить цѣнность его дара. Поэтому и для безмездной сдѣлки существенно не то, что она представляетъ на сторонѣ дарителя уменьшеніе, а на сторонѣ одаряемаго увеличеніе принадлежащаго каждому изъ нихъ имущества, но то, что въ ней нѣтъ ничего похожаго на требованіе эквивалента за дѣлаемый даръ. Обремененіе одаряемаго какой-либо обязанностью, не покрывающей, а только уменьшающей цѣнность дара, какъ мы увидимъ это ниже при посмертныхъ сдѣлкахъ съ такъ наз. „возложеніемъ обязанности“ (sub modo), не нарушаетъ принципа безмездныхъ сдѣлокъ, но присоединяетъ къ нимъ лишь дополнительную цѣль, что̀ мы видимъ и во многихъ другихъ случаяхъ, напр., при платежѣ чужого долга, неуполномоченномъ веденіи чужихъ дѣлъ (neg. gestio), заключеніи договора въ пользу третьяго лица и т. д.

---

[1]) Regelsberger, стр. 542.

B) Сдѣлки формальныя и безформенныя. Формальными называются сдѣлки, дѣйствительность или исковой характеръ которыхъ обусловлены извѣстной, либо предписанной закономъ, либо установленной самими сторонами—формой волеизъявленія. Безформенныя сдѣлки суть, напротивъ, тѣ, въ которыхъ воля можетъ быть выражена въ какой-угодно формѣ. Форма въ сдѣлкахъ первой группы составляетъ ихъ необходимый элементъ или, какъ говорятъ, corpus сдѣлки, безъ котораго эта послѣдняя не можетъ имѣть силы. Въ сдѣлкахъ второй группы форма не отсутствуетъ, такъ какъ воля безъ какой-либо формы ея выраженія немыслима, но эта форма безразлична, т.-е. не имѣетъ значенія для юридической силы сдѣлки. Поэтому противоположеніе формальныхъ и безформенныхъ сдѣлокъ основано не на способахъ обнаруженія воли: безформенныя сдѣлки не противополагаются письменнымъ, которыя могутъ быть безформенны, какъ и словесныя сдѣлки не противополагаются формальнымъ, такъ какъ онѣ сами могутъ быть формальны. Тѣ и другія сдѣлки различаются только по тому, стѣснены или нѣтъ лица, ихъ заключающія, въ способахъ обнаруженія своей воли. Сдѣлка формальна, если для нея предписанъ, подъ страхомъ недѣйствительности или потери, по крайней мѣрѣ, части ея юридической силы, одинъ опредѣленный или нѣсколько столь же опредѣленно указанныхъ (это—альтернативная форма, встрѣчающаяся, напр., при завѣщаніи) способовъ обнаруженія, не оставляющихъ мѣста для свободы выбора внѣ указанныхъ формъ. Напротивъ, сдѣлка безформенна, если ея участники не стѣснены впередъ установленными формами и свободны въ выборѣ способовъ выраженія своей воли.

1. Развитіе права идетъ отъ господства формъ къ свободѣ отъ нихъ. Древне-римское и средневѣковое европейское право были системами строго-формальнаго права, чуждаго стремленіямъ новаго времени. И если законныя формы сдѣлокъ встрѣчаются и въ современномъ правѣ, то онѣ во-1) не тѣ, что̀ формы древняго права, во-2) несравненно менѣе многочислены въ своемъ отношеніи къ безформеннымъ сдѣлкамъ, и въ-3) имѣютъ совсѣмъ другое практическое и юридическое значеніе. Формы права представляются намъ вообще въ трехъ видахъ: это—а) символы и торжественныя дѣйствія, принимающія иногда даже драматическій характеръ; б) впередъ установленныя слова, которымъ придается часто обрядовое значеніе и приписывается таинственный смыслъ; и в) такъ или иначе совершаемые письменные акты.

Въ древнемъ правѣ господствуютъ два первыхъ вида формализма, имѣющіе свой источникъ въ народной фантазіи и конкретномъ мышленіи. Сюда принадлежатъ важнѣйшіе акты древняго римскаго права: sacramentum, mancipatio, in jure cessio, stipulatio (послѣдняя была самой распространенной сдѣлкой оборотнаго права и оставалась формальнымъ актомъ даже въ періодѣ классической юриспруденціи); въ германскомъ правѣ—investitura,

sala и многочисленные символы, о которыхъ мы уже упоминали при общей характеристикѣ древняго права. Изъ всѣхъ этихъ символовъ, торжественныхъ дѣйствій и словъ сохранилось въ современномъ правѣ немного слѣдовъ: рукобитіе при заключеніи нѣкоторыхъ сдѣлокъ, напр., покупки скота на рынкѣ (оно не обязательно въ смыслѣ законной формы сдѣлки, но не лишено и теперь юридическаго значенія, какъ свидѣтельство о завершеніи сдѣлки), „наддраніе“ заемнаго документа въ практикѣ нашихъ коммерческихъ судовъ, слова присяги, приносимой на судѣ, вопросы и отвѣты при совершеніи брака, слово „вексель“ на вексельномъ обязательствѣ и т. д.

Въ общемъ, не только современное, но и всякое болѣе или менѣе развитое право враждебно какъ символамъ, такъ и формализму словъ. И теперь ни рукобитіе, ни наддраніе документа, ни слова присяги, ни даже вопросы и отвѣты при заключеніи брака не имѣютъ для выражаемыхъ ими сдѣлокъ рѣшающаго значенія, и, настаивая на словѣ „вексель“ въ вексельномъ обязательствѣ, нѣмецкое законодательство (Wechs. Ordn. art. 4) стоитъ не на точкѣ зрѣнія вѣры въ волшебную силу слова, а на ошибочной, можетъ быть, въ данномъ случаѣ точкѣ зрѣнія интересовъ гражданскаго оборота, которые оно хочетъ обезпечить, устраняя требованіемъ этого слова всѣ сомнѣнія о бытіи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вексельнаго обязательства и вытекающихъ изъ него послѣдствій.

Символы и словесныя формулы исчезаютъ изъ правового обихода подъ вліяніемъ двухъ причинъ: развитія торговли и умственной культуры. Торговля нуждается болѣе всего въ простотѣ и быстротѣ своихъ оборотовъ, и поэтому неудивительно, что первая брешь въ системѣ формализма, задерживавшей эти обороты, была пробита уже въ римскомъ правѣ договоромъ купли-продажи, этой, по преимуществу, торговой сдѣлкой, освобожденной ранѣе всѣхъ другихъ отъ подчиненія обязательной формѣ. Сюда присоединяются успѣхи умственнаго развитія и распространеніе письменности, дѣлающіе право все болѣе и болѣе абстрактнымъ и выдвигающіе на первый планъ письменныя формы, какъ наиболѣе простыя и вѣрныя средства доказательства и сохранности сдѣлокъ. Эти письменныя формы опираются на соображенія цѣлесообразности, все болѣе и болѣе раціонализируются и уже поэтому вытѣсняютъ старыя формы, принадлежащія младенчеству права. Поэтому же и рецепція римскаго права въ Западной Европѣ совершается независимо отъ остатковъ формализма въ этомъ правѣ, и подъ вліяніемъ каноническаго права складывается ученіе объ исправленіи присягой и недѣйствительныхъ въ отношеніи къ своей формѣ сдѣлокъ. А такъ какъ свѣтская юриспруденція придаетъ вообще мало значенія присягѣ, то она и приходитъ къ выводу объ общей необязательности формы для всѣхъ договоровъ или, по крайней мѣрѣ, договоровъ обязательственнаго права.

Такова доктрина „общаго права“, и если отъ нея отступаютъ прусское, французское и нѣкоторыя другія европейскія законодательства, изъ коихъ первое показываетъ особенную склонность къ огражденію своихъ подданныхъ спасительными формами законныхъ сдѣлокъ и требуетъ, между прочимъ, письменнаго совершенія всѣхъ сдѣлокъ цѣной свыше 50 талеровъ (Landr. I, §§ 131, 133), а второе (Code civ. art. 1341) не допускаетъ свидѣтельскихъ показаній по сдѣлкамъ за 150 фр., то какъ для этихъ, такъ и для большинства другихъ новыхъ законодательствъ, свобода отъ обязательныхъ формъ остается общимъ правиломъ—по крайней мѣрѣ, для обязательственныхъ договоровъ, а формализмъ—исключеніемъ. Вполнѣ опредѣленно выражено это положеніе въ нѣмецкомъ торговомъ уложеніи 1861 г., котораго § 317 говоритъ, что торговыя сдѣлки не требуютъ для своей дѣйствительности ни письменнаго совершенія, ни какихъ бы то ни было иныхъ формальностей, кромѣ случаевъ, спеціально указанныхъ въ томъ же уложеніи. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и новое гражданское уложеніе Германіи, освящая принципъ свободной формы сдѣлки, за исключеніемъ только тѣхъ случаевъ, въ которыхъ оно само предписываетъ ту или другую форму ихъ совершенія. Эти случаи какъ въ нѣмецкомъ, такъ и въ другихъ европейскихъ законодательствахъ сравнительно не многочисленны и касаются, главнымъ образомъ, актовъ гражданскаго состоянія, браковъ, усыновленій, эманципацій, завѣщаній, дареній (какъ обязательствъ) свыше опредѣленной суммы, сдѣлокъ о недвижимыхъ имуществахъ и т. д.

Предписанная форма состоитъ въ письменномъ актѣ, условія совершенія котораго различаются по различію сдѣлокъ. Простой (по нашей терминологіи — „домашній“) письменный актъ требуетъ изложенія на письмѣ—все равно, въ какихъ словахъ—только существеннаго содержанія сдѣлки и подписи того или тѣхъ лицъ, отъ которыхъ сдѣлка исходитъ. При одностороннихъ договорахъ, по которымъ обязанности ложатся только на одну изъ участвующихъ въ нихъ сторонъ, достаточно подписи лишь этой стороны и передачи документа другой сторонѣ, а при двусторонніхъ, или взаимныхъ договорахъ, одновременно управомочивающихъ и обязывающихъ обѣ стороны, довольно обмѣна и односторонне подписанными актами этихъ договоровъ. Неграмотный ставитъ, вмѣсто подписи, какой-нибудь знакъ, удостовѣряемый свидѣтелями или публичной властью, напр., крестъ. Другая форма письменнаго акта есть также частный документъ, но удостовѣренный въ своей подписи, безъ отношенія къ содержанію документа, компетентной публичной властью. Наконецъ, третью и самую сложную форму письменнаго акта составляетъ судебное или нотаріальное удостовѣреніе не только подписи, но и содержанія сдѣлки, вносимаго притомъ въ судебный или нотаріальный протоколъ [1])

[1]) Crome, стр. 384—390. Biermann, стр. 218—231. Regelsberger, стр. 494—498. Gierke, I, стр. 289—295. Planiol, стр. 108—109.

Эти правила о совершеніи формальныхъ актовъ перенесены въ своемъ существенномъ содержаніи и въ наше право Положеніемъ о нотаріальной части 1866 г., въ основаніе котораго положена нотаріальная организація во Франціи, видоизмѣненная нѣмецкимъ порядкомъ подчиненія нотаріата надзору суда. Но прежде чѣмъ говорить о нашемъ порядкѣ совершенія актовъ, скажемъ еще нѣсколько словъ какъ о преимуществахъ и недостаткахъ формальныхъ актовъ, такъ и объ ихъ юридическихъ послѣдствіяхъ.

Преимущества формальныхъ актовъ состоятъ въ слѣдующемъ: они предупреждаютъ поспѣшность, гарантируютъ сознательное и серьезное отношеніе къ совершенію сдѣлокъ, вводятъ порядокъ въ предварительные переговоры по ихъ заключенію и кладутъ рѣзкую грань между этими послѣдними и самимъ заключеніемъ сдѣлки. Содержаніе формальной сдѣлки выступаетъ отчетливѣе и пластичнѣе, чѣмъ содержаніе сдѣлки, заключенной въ свободной формѣ, и это потому, что тамъ оно зафиксировано и обезпечено какъ въ настоящемъ, такъ и въ будущемъ отъ всевозможныхъ споровъ и затемненія его смысла. Затѣмъ, законныя формы обезпечиваютъ и доказательство сдѣлокъ, и затрудняютъ такія сдѣлки, учащеніе которыхъ можетъ быть нежелательно съ точки зрѣнія законодательной политики, напр., даренія на имя церкви или преувеличенныя и разорительныя земельныя отчужденія. Наконецъ, эти формы дѣлаютъ совершеніе сдѣлокъ извѣстнымъ третьимъ лицамъ и достигаютъ извѣстной публичности, которая останавливаетъ обманы и другія злоупотребленія.

Неудобства формальныхъ сдѣлокъ заключаются не говоря уже о сопряженной съ ними потерѣ времени и денегъ, въ томъ, что онѣ стѣсняютъ гражданскій оборотъ и часто обращаютъ въ ничто вполнѣ серьезно задуманныя сдѣлки. Сверхъ того, формы легко застываютъ, становятся въ противорѣчіе съ требованіями жизни и въ этихъ случаяхъ постоянно обходятся. Это особенно слѣдуетъ сказать о слишкомъ дорогихъ и сложныхъ формахъ, которыя въ большинствѣ случаевъ не соблюдаются и загромождаютъ оборотъ недѣйствительными на этомъ основаніи сдѣлками, исполненіе которыхъ зависитъ только отъ доброй воли участвующихъ въ нихъ лицъ.

Однако, и при всѣхъ неудобствахъ формальныхъ сдѣлокъ, современная юридическая жизнь не можетъ обойтись безъ нихъ, какъ противовѣса крайнимъ послѣдствіямъ принципа свободной формы всѣхъ сдѣлокъ. Этотъ принципъ, несмотря на свое соотвѣтствіе условіямъ современной жизни, увеличиваетъ шансы обмана и ошибки, которымъ ежедневно подвергаются лица, вступающія въ сдѣлки безъ обезпечивающихъ ихъ достовѣрность и исполнимость обязательныхъ формъ. Избытокъ культуры приводитъ къ послѣдствіямъ, аналогичнымъ тѣмъ, которыя вытекали изъ простоты быта и невѣжества древнихъ народовъ. Формализмъ

сдѣлки воскресаетъ въ институтахъ регистраціи, транскрипціи, практикѣ разнаго рода публичныхъ актовъ и т. д. Создаются цѣлыя арміи нотаріусовъ, регистраторовъ, хранителей актовъ, надсмотрщиковъ, чиновъ гражданскаго состоянія и тому подобныхъ лицъ, обязанныхъ удостовѣрять, составлять и хранить акты, свидѣтельствующіе о правахъ и обязанностяхъ частныхъ лицъ. Но это не древній формализмъ символовъ и торжественныхъ словъ, а новый формализмъ предосторожностей и недовѣрія къ абсолютной свободѣ гражданскаго права [1]).

Послѣдствія несоблюденія формы юридическихъ сдѣлокъ различны и опредѣляются смысломъ закона. Нѣмецкое уложеніе (§ 125) постановляетъ ничтожность сдѣлки, совершонной съ нарушеніемъ предписанной закономъ формы, и распространяетъ это положеніе на нарушеніе даже тѣхъ формъ, которыя условлены соглашеніемъ сторонъ. Мы имѣемъ здѣсь норму принудительнаго права, которая не можетъ быть парализована частнымъ соглашеніемъ; поэтому же судъ примѣняетъ ее ex officio, независимо отъ ссылки сторонъ. Тѣмъ не менѣе, и нѣмецкое уложеніе знаетъ случаи, когда несоблюденіе формы лишаетъ только иска и допускаетъ исправленіе сдѣлки путемъ добровольнаго исполненія обязанной стороной своего обязательства: это исполненіе не считается дареніемъ и при взаимныхъ договорахъ даетъ другой сторонѣ право требовать слѣдующаго ей дѣйствія или слѣдующей ей вещи даже путемъ иска [2]). Но если форма составляетъ даже необходимое условіе сдѣлки, она остается все-таки и средствомъ доказательства, такъ что при потерѣ документа, удостовѣряющаго сдѣлку, эта послѣдняя и ея форма могутъ быть возстановлены и другими способами доказательства. Исключеніе представляютъ только нѣкоторыя цѣнныя (ордерныя и предъявительскія) бумаги, въ такой степени слитыя со своей формой, что утрата документа есть здѣсь и утрата права [3]).

Въ нашемъ законодательствѣ требуемая закономъ форма для сдѣлокъ есть или просто письменная или, въ то же время, и крѣпостная, т.-е. запротоколированная младшимъ и утвержденная старшимъ нотаріусомъ. Отсюда—раздѣленіе формальныхъ сдѣлокъ нашего права на письменныя, совершаемыя не иначе, какъ на письмѣ, и крѣпостныя, предполагающія участіе въ ихъ совершеніи органа публичной власти. Но если въ однихъ случаяхъ письменная форма необходима для дѣйствительности сдѣлокъ, то въ другихъ она служитъ только доказательствомъ совершонной сдѣлки и можетъ быть замѣнена иной формой. Въ случаяхъ перваго рода письменныя сдѣлки будутъ формальными, въ случаяхъ второго рода—неформальными, или безформенными. И въ случаяхъ обѣихъ категорій письменныя сдѣлки могутъ совершаться или домашнимъ порядкомъ,

---

[1]) Planiol, въ ук. м.

[2]) Crome, стр. 385. Biermann, стр. 221.

[3]) Goldschmidt, System des Handelsrechts, § 83a.

безъ участія въ ихъ совершеніи органа публичной власти, или явочнымъ и нотаріальнымъ порядками, различаемыми лишь въ подробностяхъ и одинаково характеризуемыми участіемъ въ нихъ нотаріуса—только не старшаго, выступающаго исключительно при крѣпостныхъ сдѣлкахъ.

Юридическая сила актовъ, совершаемыхъ въ томъ и другомъ изъ указанныхъ порядковъ, не одинакова, и если домашній порядокъ проще и дешевле,то нотаріальный и явочный—представляютъ значительныя преимущества въ смыслѣ обезпеченности права. Нотаріальные акты редактируются, прежде всего, самимъ нотаріусомъ, удостовѣряющимъ дѣйствительность означенныхъ въ нихъ сдѣлокъ, время и мѣсто ихъ заключенія, правоспособность и наличность свободной и сознательной воли у сторонъ и ихъ представителей. Затѣмъ, они подписываются не только сторонами и нотаріусомъ, но и свидѣтелями, вносятся въ актовую книгу нотаріуса и навсегда остаются здѣсь, служа источникомъ для испрашиваемыхъ впослѣдствіи выписей изъ нихъ (ст. 66, 67, 73, 75, 83—86, 93 и др. Полож. о нотар. ч.). Отсюда и такая непререкаемость доказательной силы этихъ актовъ, которой нѣтъ у домашнихъ, и которая не можетъ быть ниспровергнута иначе, какъ въ порядкѣ спора о подлогѣ (ст. 543, 410 и 476 Уст. гражд. судопр.). Явочными актами нашъ нотаріальный уставъ называетъ такіе, которые не совершаются нотаріусомъ, а только принимаются имъ къ засвидѣтельствованію (ст. 65 Полож. о нотар. ч.), и это засвидѣтельствованіе можетъ касаться самыхъ различныхъ предметовъ: вѣрности копій, подлинности подписей, времени предъявленія документа нотаріусу, нахожденія того или другого лица въ живыхъ, явки довѣренностей, всякаго рода договоровъ, прошеній, протестовъ, мировыхъ и третейскихъ записей и т. д.

Не надо только забывать, что рядомъ съ актами, совершаемыми нотаріальнымъ и явочнымъ порядками по доброй волѣ заинтересованныхъ сторонъ и соображенію объ удобствахъ этихъ порядковъ, существуютъ еще акты, которые не могутъ быть совершены иначе, какъ черезъ посредство нотаріусовъ. Это—прежде всего, акты о переходѣ или ограниченіи правъ на недвижимыя имущества, и только эти акты называются у насъ теперь крѣпостными, и только они представляются необходимо нотаріальными, и нотаріальными въ двухъ инстанціяхъ: у младшаго и старшаго нотаріуса, причемъ промежутокъ времени между началомъ производства у перваго и окончаніемъ его у второго долженъ быть не болѣе 1 года (ст. 66, 157 и 161 того же Полож.). Всѣ другія формальныя сдѣлки нашего права, въ которыхъ форма имѣетъ то же значеніе составнаго элемента и необходимой принадлежности сдѣлки, суть не необходимо-нотаріальные, а только письменные акты, которые могутъ быть, но могутъ и не быть облечены въ нотаріальную форму. Таковы у насъ, напр., духовныя завѣщанія (X, ст. 923), договоры запродажи недвижимости (ст. 1680), займа (ст. 2031), подряда и поставки (ст. 1742), и др.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ требуется еще участіе свидѣтелей, какъ

необходимое условіе дѣйствительности письменной сдѣлки: напр., завѣщаніе составляется при трехъ свидѣтеляхъ (X, 1048), которые должны быть не только право-, но и дѣеспособны; то же значеніе имѣетъ подпись свидѣтелей при совершеніи крѣпостного акта и т. д. Но эти свидѣтели или „послухи“ нашего стараго права не имѣютъ теперь того значенія, что̀ прежде. У насъ, какъ и въ древне-римскомъ правѣ, свидѣтели представляли общину или иной союзъ, которому принадлежалъ тотъ, кто совершалъ сдѣлку, и являлись не только фактическими, но и юридическими участниками его сдѣлки. Это были не случайные свидѣтели даннаго событія, а мужи (отсюда, вѣроятно, и старое обозначеніе ихъ дѣятельности словомъ „мужевать“), способные въ случаѣ надобности поддержать словомъ и дѣломъ ту сторону, которая призывала ихъ къ своимъ юридическимъ актамъ. Эта старая союзная основа юридической силы сдѣлки теперь отпала, и участіе свидѣтелей въ сдѣлкѣ, изъ самостоятельнаго способа укрѣпленія правъ, превратилось въ дополнительную обрядность при другихъ формахъ, внушающихъ къ себѣ больше довѣрія [1]).

Во всѣхъ неформальныхъ актахъ нашего права, напр., счетахъ, роспискахъ, сдѣлкахъ съ движимостями, наймѣ слугъ и рабочихъ, товариществѣ и т. д., свидѣтели являются даже несущественной подробностью, не оказывающей вліянія на дѣйствительность этихъ актовъ.

Мы не войдемъ въ дальнѣйшія детали совершенія актовъ, изложенныя въ Положеніи о нотаріальной части, такъ какъ онѣ принадлежатъ скорѣе процессуальному, чѣмъ матеріальному гражданскому праву. Замѣтимъ еще только-то, что наше законодательство не ставитъ и общаго требованія письменности для сдѣлокъ, превышающихъ въ своей цѣнности опредѣленную сумму, какъ это дѣлаютъ прусскій и французскій кодексы, но связываетъ обязательность письменнаго совершенія лишь съ извѣстными сдѣлками (X т. ст. 1531), внѣ области которыхъ у насъ не можетъ быть, поэтому, и рѣчи о формальныхъ сдѣлкахъ.

2. Безформенныя сдѣлки, не требующія для своей дѣйствительности никакой опредѣленной формы, составляютъ теперь общее правило для всѣхъ сдѣлокъ, дѣйствительность которыхъ не обусловлена предписанной закономъ или согласіемъ сторонъ формой. Слово, какъ устное, такъ и писанное, остается главнымъ способомъ обнаруженія и этихъ сдѣлокъ, и его во всякомъ случаѣ, нельзя избѣжать при участіи въ нихъ органовъ публичной власти. Но рядомъ со словомъ и съ равнымъ ему значеніемъ выступаютъ въ этихъ сдѣлкахъ и всѣ другіе способы обнаруженія воли: киваніе и качаніе головой, пожиманіе плечами, различныя движенія рукой, передача вещи, наддраніе документа, условленные впередъ знаки, въ родѣ поднятія знамени, маханія платкомъ, украшенія петлицы цвѣткомъ, заж-

---

[1]) Дювернуа, Чтенія по гражданскому праву, стр. 751—8; его же, Источники права.

женія свѣчки и т. д. Сюда же должны быть отнесены всевозможные символы, любыя дѣйствія и молчаніе, принимаемое часто, по предварительному соглашенію, напр., на собраніяхъ, за выраженіе согласія. Неточность выраженія воли не вредитъ здѣсь его юридическому значенію, если, несмотря на такую неточность, содержаніе даннаго волеизъявленія можетъ быть удостовѣрено какими бы то ни было непротивными закону способами, и какъ содержаніе сдѣлки, такъ и отношеніе этого содержанія къ избранной сторонами формѣ его выраженія опредѣляются тутъ, во всѣхъ своихъ существенныхъ частяхъ, воззрѣніями гражданскаго оборота [1]).

Въ предѣлахъ безформенныхъ волеизъявленій различаютъ издавна такія, въ которыхъ воля обнаруживается явно (expressis verbis), и такія, въ которыхъ она обнаруживается молчаливо (tacite). Но всѣ усилія провести между тѣми и другими волеизъявленіями точную демаркаціонную линію, остаются до сихъ поръ тщетными, такъ какъ подъ молчаливыми изъявленіями воли понимаютъ не только тѣ, которыя передаются молчаніемъ. Напротивъ, всѣ юристы согласны въ томъ, что молчаливыя волеизъявленія могутъ выражаться и въ дѣйствіяхъ, какъ положительныхъ, такъ и отрицательныхъ, напр., въ полученіи $^0/_0$ по займу, неоставленіи квартиры по истеченіи условленнаго при ея наймѣ срока и т. д. Савиньи предлагалъ называть явными волеизъявленіями только тѣ, которыя дѣлаются въ виду данной сдѣлки и имѣютъ ее своей цѣлью [2]). Но то же самое можетъ быть и при молчаливомъ волеизъявленіи, и гдѣ критерій для распознанія цѣли сдѣлки? Виндшейдъ, а за нимъ и многіе другіе юристы (Цительманъ, Леонардъ и пр.) переносятъ центръ тяжести различія между явными и молчаливыми волеизъявленіями на ихъ внѣшнія свойства: волеизъявленіе явно, если оно получаетъ наиболѣе соотвѣтствующее обычаямъ гражданскаго оборота выраженіе, и оно молчаливо, если только изъ дѣйствія или бездѣйствія даннаго лица можетъ быть сдѣлано заключеніе о наличности той воли, которая требуетъ своего установленія [3]). Бринцъ, въ свою очередь, считалъ молчаливыми волеизъявленіями „дѣйствія, которыхъ смыслъ устанавливается не слухомъ и зрѣніемъ, а разумомъ и черезъ умозаключеніе“ [4]). Но словесныя волеизъявленія допускаютъ такія же сомнѣнія, какъ и волеизъявленія, выраженныя въ дѣйствіи и бездѣйствіи, и поэтому мы думаемъ, что истина на сторонѣ тѣхъ юристовъ, которые, подобно Hartmann'у, Регельсбергеру, Пининскому и др., видятъ различіе между явными и молчаливыми волеизъявленіями только въ бо́льшей или меньшей степени ясности этихъ волеизъявленій, и отрицаютъ, въ общемъ, юридическое значеніе этого различія, кромѣ тѣхъ случаевъ, въ кото-

[1]) Endemann, Lehrbuch des B. R., I, стр. 265. Crome, стр. 280.

[2]) Savigny, Syst., III, стр. 242.

[3]) Windscheid-Kipp, стр. 336—7. Zittelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe, I, стр. 92. Leonhard, Irrthum, стр. 201.

[4]) Brinz, Pand., стр. 1557.

рыхъ самъ законъ требуетъ „явнаго“ волеизъявленія, понимая его, какъ волеизъявленіе, выраженное въ словахъ [1]). И это тѣмъ болѣе вѣрно, что указываемому различію можетъ быть приписана теперь только историческая роль, близкая къ пережиткамъ давно минувшаго прошлаго. Въ древнемъ Римѣ, какъ и въ европейскіе средніе вѣка, обращали вниманіе лишь на то, что было выражено въ ясныхъ и опредѣленныхъ словахъ, но уже классическая римская юриспруденція порвала съ этимъ внѣшнимъ формализмомъ воли, а современное право признаетъ за такъ наз. „молчаливыми волеизъявленіями“ такую же силу, какъ и за „явными“.

Больше значенія имѣетъ замѣняющее только-что изложенное, но не совпадающее съ нимъ — раздѣленіе безформенныхъ волеизъявленій на прямыя и косвенныя. Первыя идутъ прямо къ своей цѣли: они непосредственно выражаютъ то, что должно быть выражено въ сдѣлкѣ — все равно, словами или дѣйствіемъ, напр., кивкомъ головы на аукціонѣ, посылкой заказаннаго товара, передачей вещи при такъ наз. реальныхъ договорахъ и т. д. Послѣднія состоятъ, напротивъ, въ дѣйствіяхъ, которыя преслѣдуютъ самостоятельныя цѣли, не имѣющія отношенія къ данной сдѣлкѣ, но допускаютъ, въ то же время, и заключеніе о наличности воли на ту же сдѣлку. Такія дѣйствія называютъ конклюдентными (facta concludentia), и нѣмецкое уложеніе говоритъ въ этихъ случаяхъ о „волѣ, вытекающей изъ обстоятельствъ дѣла“ (§ 147, 164 и др.), хотя въ дѣйствительности мы имѣемъ здѣсь не волеизъявленіе, направленное на данную сдѣлку, а волеизъявленіе, которому придается путемъ умозаключенія то же значеніе, какъ если бы оно было направлено на ту же сдѣлку. Приведемъ примѣры: я разрѣзываю присланную мнѣ книгопродавцемъ книгу и этимъ самымъ даю основаніе для заключенія о волѣ оставить эту книгу за собой; я влѣзаю въ проходящій на улицѣ омнибусъ и поэтому вступаю въ договоръ личной перевозки; закусывая въ буфетѣ, я вмѣстѣ съ тѣмъ покупаю потребляемыя мною закуски; продавая завѣщанныя мнѣ цѣнныя бумаги или производя взысканіе по наслѣдственнымъ же правамъ требованія, я дѣлаю несомнѣннымъ принятіе мною наслѣдства, и ст. 1261 нашего X т. считаетъ принятіемъ наслѣдства и тотъ случай, когда наслѣдники только владѣютъ и пользуются наслѣдственнымъ имуществомъ; наконецъ, передавая долговой документъ должнику, я дѣлаю возможнымъ заключеніе о полученіи платежа или прощеніи долга.

Иногда заключенія отъ такихъ конклюдентныхъ фактовъ логически необходимы: напр., если кто-нибудь получаетъ % съ отданнаго въ ростъ

---

[1]) Hartmann, Werk und Wille bei dem sog. stillschweigenden Konsens, Arch. f. civ. Praxis, B. 72, стр. 161 и слѣд. Regelsberger, Pand., стр. 503. Pininski. Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, 1888, II, стр. 442.

капитала за будущій годъ, онъ соглашается этимъ самымъ отсрочить требованіе капитала до слѣдующаго года. Но подобныя заключенія не всегда логически необходимы; они могутъ быть, какъ мы видимъ это, напр., въ случаѣ съ возвращенной или надорванной росписки, обоснованы только эмпирически, т.-е. выведены изъ жизненнаго опыта. Въ такихъ случаяхъ, составляющихъ общее правило, допускается естественно и доказательство противнаго. Многіе юристы говорятъ здѣсь объ юридическихъ презумпціяхъ (praesumptio juris), и противъ такого обозначенія юридической защиты косвенныхъ волеизъявленій можно не возражать, остерегаясь только отъ смѣшенія этихъ юридическихъ презумпцій съ такъ наз. фикціями воли. Послѣднія предполагаютъ нѣчто противоположное дѣйствительности и уже поэтому исключаютъ ссылку на эту дѣйствительность: таково, напр., предположеніе владѣнія тамъ, гдѣ его нѣтъ (fictus possessor). Напротивъ, первыя, служа въ помощь судьѣ, какъ правила толкованія неясно выраженныхъ волеизъявленій, совпадаютъ въ большинствѣ случаевъ съ дѣйствительностью и не устраняютъ въ случаяхъ сомнѣнія ни доказательства противнаго, ни необходимости судебнаго изслѣдованія всей совокупности обстоятельствъ дѣла [1]). Противъ этого доказательства, лежащаго всегда на томъ, кто оспариваетъ заключеніе отъ конклюдентныхъ дѣйствій, можно охранить себя своевременнымъ протестомъ противъ этого доказательства,— протестомъ, который называютъ „оговариваніемъ своего права“ (reservatio), если имъ исключается, въ то же время, и отказъ отъ этого права [2]). Напр., если я принимаю отъ должника $^0/_0$ только за послѣднее теченіе его долга, то отсюда можетъ быть сдѣлано заключеніе о прощеніи или полученіи мною $^0/_0$ и за все предшествующее время; но я устраняю это заключеніе оговоркой о сохраненіи за собой права на полученіе болѣе раннихъ $^0/_0$.

Среди косвенныхъ способовъ выраженія воли особенное значеніе придаютъ молчанію, принимая его иногда за общее выраженіе согласія. Но молчаніе не выражаетъ само по себѣ ни утвержденія, ни отрицанія, ни принятія, ни отклоненія, ни одобренія, ни осужденія. Поэтому и ходячее положеніе: кто молчитъ, тотъ соглашается (qui tacet consentire videtur)— нельзя считать правильнымъ. Молчаніе можетъ получить то или другое значеніе только въ связи съ обстоятельствами каждаго даннаго случая. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ молчатъ, не будучи обязаны говорить или открыто заявлять свою волю; тогда молчаніе не есть изъявленіе воли. Наоборотъ, если согласіе даннаго лица требуется, а оно молчитъ и не заявляетъ протеста, то молчаніе свидѣтельствуетъ о согласіи: напр., если необходимо согласіе родителей на бракъ дѣтей или согласіе

---

[1]) Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäftes, 1899, стр. 66.

[2]) Regelsberger. стр. 506. Crome, стр. 383.

мужа на вступленіе въ договоръ найма его жены, а отецъ и мужъ, присутствуя при совершеніи этихъ сдѣлокъ, молчатъ и не заявляютъ протеста, то молчаніе ихъ принимается за согласіе. Поэтому еще римскіе юристы увѣряли, что молчаніе только тогда должно быть признаваемо согласіемъ, когда тотъ, кто молчитъ, можетъ и долженъ говорить (qui tacet, cum loqui potuit ac debuit, consentire videtur). Но и это правило слѣдуетъ считать эмпирическимъ, допускающимъ доказательство противнаго, и не единственнымъ въ этомъ родѣ. Нѣкоторые новые юристы присоединяютъ къ нему и другое правило: молчаніе принимается за согласіе въ томъ случаѣ, если честность или здравый смыслъ требуютъ отвѣта, во избѣжаніе недоразумѣній [1]). И нѣмецкое уложеніе стоитъ на этой точкѣ зрѣнія, не выражая ее, однако, прямо и представляя лишь опорные пункты для ея проведенія. Оно не признаетъ, напр., обязательности отвѣта на предложеніе вступить въ договоръ и, слѣдов., отрицаетъ здѣсь за молчаніемъ-юридическое значеніе, но въ тѣхъ случаяхъ, когда несогласіе на сдѣлку того, кто молчитъ, нарушаетъ требованія доброй совѣсти, нѣмецкое уложеніе слѣдуетъ доктринѣ „общаго права“ и приравниваетъ тутъ молчаніе согласію. Это значитъ, что, если мы молчимъ, напр., на такое предложеніе вступить въ договоръ, которое выражается въ присылкѣ намъ, помимо нашего требованія, какихъ-либо вещей, и не возвращаемъ своевременно этихъ вещей, то мы еще не высказываемъ согласія на предложенную сдѣлку (купля-продажа на пробу) даже въ томъ случаѣ, если присылка намъ этихъ вещей сопровождается предостереженіемъ, что удержаніе ихъ будетъ принято за согласіе на вступленіе въ договоръ. Если же между мной и приславшимъ эти вещи существуютъ постоянныя дѣловыя отношенія, и я уже не разъ принималъ подобныя предложенія безъ протеста, то честность требуетъ признанія въ этихъ условіяхъ молчанія за согласіе. Но все это—вопросы факта, подлежащіе разрѣшенію сообразно особенностямъ каждаго отдѣльнаго случая. При сомнительности косвеннаго волеизъявленія рѣшающее значеніе принадлежитъ воззрѣніямъ гражданскаго оборота, какъ это имѣетъ мѣсто и въ отношеніи къ языку волеизъявленія. Въ этихъ случаяхъ возникаютъ вообще тѣ же вопросы, что и при толкованіи законовъ, и толкованіе какъ тамъ, такъ и здѣсь, должно быть логическое и телеологическое.

Нашъ законъ не говоритъ ничего о способахъ изъявленія воли, и и наша кассаціонная практика не признавала сначала иныхъ способовъ, кромѣ прямыхъ; но теперь она усвоила себѣ изложенную выше точку зрѣнія, въ силу которой какъ прямые, такъ и косвенные способы выраженія воли могутъ быть облечены въ любую форму: устную, письменную и т. д.

---

[1]) Дернбургъ, Пандекты, I, стр. 267.

Г) Абстрактныя и каузальныя, или матеріальныя сдѣлки. Различіе абстрактныхъ и каузальныхъ сдѣлокъ основано на отношеніи юридическихъ послѣдствій сдѣлки къ ея causa, т.-е. основанію или цѣли. Если это отношеніе есть отношеніе не только внутренней, но и внѣшней зависимости юридическаго эффекта сдѣлки отъ ея матеріальнаго основанія или цѣли, такъ что это основаніе входитъ существеннымъ элементомъ въ самый составъ сдѣлки и отражаетъ въ ней свои качества, то мы имѣемъ каузальную, или матеріальную (индивидуализированную) сдѣлку. Съ отпаденіемъ основанія такой сдѣлки, отпадаетъ и самая сдѣлка, и всѣ пороки этого основанія опорочиваютъ также зависящую отъ него сдѣлку. Возьмемъ для примѣра договоръ купли-продажи, по которому покупщикъ обязывается уплатить цѣну вещи только потому, что продавецъ обязывается доставить ему эту вещь; и если та или другая обязанность почему-либо отпадаетъ, то вся сдѣлка перестаетъ существовать. И такова вообще природа двусторонніхъ или взаимныхъ договоровъ, что юридическое основаніе обязанности каждой изъ участвующихъ въ нихъ сторонъ лежитъ въ соотвѣтственной обязанности другой стороны, и если какая-либо изъ этихъ обязанностей устраняется, то все зданіе этихъ договоровъ рушится.

Но отношеніе между юридическимъ эффектомъ и матеріальнымъ основаніемъ сдѣлки можетъ быть и иное: это—отношеніе внѣшней независимости и раздѣльности юридическаго эффекта сдѣлки отъ ея causa, и тогда мы будемъ имѣть дѣло съ абстрактной сдѣлкой. Матеріальное основаніе этой послѣдней опредѣляется особымъ соглашеніемъ, стоящимъ въ сторонѣ отъ данной абстрактной сдѣлки. Его не видно въ этой сдѣлкѣ, оно не составляетъ ея элемента, такъ какъ абстрактная сдѣлка намѣренно отвлекается отъ этого основанія—для того, чтобъ дать свой юридическій эффектъ независимо отъ его наличности или отсутствія, его соотвѣтствія или противорѣчія условіямъ данной сдѣлки. Это, однако, не значитъ, что абстрактныя сдѣлки лишены causa. Всякое обязательство, какъ и всякій юридическій актъ, рождается не ради самого себя, а ради извѣстныхъ хозяйственныхъ или другихъ раціональныхъ цѣлей. Поэтому каждая сдѣлка служитъ необходимо какой-нибудь цѣли, и отвлеченіе отъ нея абстрактной сдѣлки не выражаетъ безразличія цѣли для этой сдѣлки: ничтожность и пороки causa вліяютъ и на абстрактный актъ. Но это вліяніе проявляется здѣсь иначе и, какъ бы, косвенно: обязанное и по абстрактной сдѣлкѣ лицо можетъ въ однихъ случаяхъ, при порочности causa, требовать съ противной стороны того, чѣмъ она обогатилась на его счетъ въ силу данной сдѣлки (condictio ob causam datorum), а въ другихъ—возражать противной сторонѣ ссылкой на обманъ, принужденіе и другія опорачивающія эту сдѣлку обстоятельства (exceptio doli, quod metus causa и т. п.). Но третьимъ лицамъ и третьимъ пріобрѣтателямъ по абстрактнымъ сдѣлкамъ нѣтъ дѣла до невидимыхъ

для нихъ пороковъ каузальнаго момента этихъ сдѣлокъ. Для нихъ, равно какъ и для непосредственно управомоченнаго по абстрактной сдѣлкѣ лица, можетъ быть важно получить немедленно и во что бы ни стало то, что̀ условлено по сдѣлкѣ, хотя бы матеріальное основаніе этой сдѣлки было съ самаго начала или стало впослѣдствіи недѣйствительнымъ. Causa абстрактной сдѣлки остается скрытой именно для того, чтобы ея пороки не затрудняли исполненія, требующаго быстроты, и не служили поводомъ для возраженій, стоящихъ въ противорѣчіи съ функціями абстрактныхъ сдѣлокъ въ гражданскомъ оборотѣ. Счеты на случай недѣйствительности или недостаточности этой causa откладываются до послѣдующаго времени, и рѣшающая для абстрактныхъ сдѣлокъ точка зрѣнія можетъ быть выражена въ словахъ: salve et repete, т.-е. сначала плати, а потомъ считайся [1]).

Отвлеченіе отъ каузальнаго момента въ разъясненномъ сейчасъ смыслѣ отличаетъ абстрактныя сдѣлки отъ матеріальныхъ и объясняетъ какъ ихъ юридическія особенности, такъ и большое значеніе въ современномъ гражданскомъ оборотѣ. Права, связанныя съ этими сдѣлками, зависятъ отъ меньшаго числа условій, чѣмъ права, связанныя съ матеріальными сдѣлками; они проще, легче доказываемы и менѣе оспоримы. Поэтому же они свободно обращаются въ жизни, оказывая ей неисчислимыя услуги, и все это потому, что они поставлены въ формальномъ отношеніи независимо отъ своей causa, которой предоставлены иные способы удовлетворенія.

Современное право знаетъ множество абстрактныхъ актовъ, отвоевавшихъ себѣ почетное мѣсто въ гражданскомъ оборотѣ, несмотря на сначала неблагопріятное къ нимъ отношеніе большинства положительныхъ законодательствъ. И если часто указываютъ на опасныя стороны этихъ актовъ, состоящія, какъ будто, въ томъ, что они способствуютъ развитію ростовщическихъ сдѣлокъ, то, во-первыхъ, съ этими опасностями можно бороться требованіемъ строгихъ формъ и принятіемъ другихъ предосторожностей, а, во-вторыхъ, изъ свободнаго развитія абстрактныхъ сдѣлокъ въ исторіи права и въ современной жизни нельзя не заключить, что онѣ устанавливаются, во всякомъ случаѣ, не ради приписываемыхъ имъ опасностей, и что ихъ выгоды несомнѣнно перевѣшиваютъ невыгоды. Указать на эти выгоды, послѣ предшествующаго изложенія, нетрудно: онѣ суммируются понятіями процессуальныхъ удобствъ и легкости перехода правъ, вытекающихъ изъ абстрактныхъ сдѣлокъ.

Мы уже сказали, что абстрактныя сдѣлки представляются по своему составу несравненно проще матеріальныхъ: онѣ указываютъ только на результатъ сдѣланнаго сторонами разсчета и обходятъ всѣ производящіе этотъ результатъ факты. Отсюда и чрезвычайное удобство осуществленія

[1]) Crome, стр. 332.

основанныхъ на нихъ процессуальныхъ притязаній, на которыя нельзя возражать, ссылаясь на обстоятельства, затрагивающія невидимую для третьихъ лицъ causa. Еще болѣе вѣскій аргументъ въ пользу абстрактныхъ сдѣлокъ, это—быстрота и легкость обращенія вытекающихъ изъ нихъ правъ. Безъ такой быстроты и легкости обращенія, вмѣстѣ съ надежностью соединенныхъ съ этимъ обращеніемъ операцій, абстрактныя обязательства не могли бы исполнять въ оборотѣ своей функціи замѣстителей денегъ и поэтому уже погибли бы для него. Нѣчего говорить, насколько такая гибель была бы разорительна для кредита и всего мѣнового хозяйства.

Принципъ абстрактныхъ сдѣлокъ освященъ во французскомъ правѣ ст. 1132 Code civ.: „La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée", а требованіе въ принципѣ матеріальнаго основанія для всѣхъ обязательствъ вообще мы находимъ выраженнымъ въ стоящей непосредственно впереди 1131 ст.: „L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet". Новое нѣмецкое уложеніе значительно распроняетъ число абстрактыхъ сдѣлокъ, присоединяя къ ихъ извѣстнымъ классическимъ образцамъ, каковы, напр., долговыя росписки, векселя, ордерныя бумаги, бумаги на предъявителя и т. п., еще такія сдѣлки, которыя носили и носятъ понынѣ въ большинствѣ европейскихъ законодательствъ характеръ матеріальныхъ сдѣлокъ; это—вещный договоръ, въ смыслѣ традиціи или передачи собственности, цессія, какъ уступка правъ по обязательствамъ, принятіе чужого долга и т. д. Нѣкоторыя изъ этихъ сдѣлокъ, какъ, напр., векселя, бумаги на предъявителя и т. д., облечены всюду и въ обязательныя формы, обусловливающія ихъ дѣйствительность, и это потому, что онѣ представляютъ особенную опасность для должника и защищаютъ его своими формами. Въ этихъ случаяхъ абстрактныя сдѣлки совпадаютъ съ формальными. Другія абстрактныя сдѣлки, какъ, напр., долговая росписка, цессія, традиція и т. д., свободны отъ обязательной формы, такъ какъ связь ихъ съ матеріальной сдѣлкой, которой онѣ являются осуществленіемъ, не подлежитъ сомнѣнію и не требуетъ особой гарантіи, въ видѣ обязательной формы: такія абстрактныя сдѣлки должны быть, очевидно, различены отъ формальныхъ.

Не менѣе существенно различіе между необходимо-абстрактными и абстрактными только по общему правилу сдѣлками. Первыя не допускаютъ никогда измѣненія своей юридической природы и не могутъ быть поставлены въ зависимость отъ своего матеріальнаго основанія и по частному соглашенію заинтересованныхъ сторонъ: таковы теперь вексель и передача собственности по ипотечнымъ книгамъ. Послѣднія, составляя въ настоящее время господствующій типъ, носятъ такой абстрактный характеръ лишь въ видѣ общаго правила и допускаютъ присоединеніе къ себѣ и своего матеріальнаго основанія; это—долговая росписка, признаніе, прощеніе и переводъ долга, многіе виды ордерныхъ

и предъявительскихъ бумагъ, ихъ купоны, дивиденды и т. д. Но преобладающую роль въ гражданскомъ оборотѣ играютъ все-таки каузальныя сдѣлки, куда относятся: купля-продажа, мѣна, поставка, заемъ, личный и имущественный наемъ, товарищество и т. д., тогда какъ абстрактныя сдѣлки, несмотря на свое важное значеніе въ современной экономической жизни, составляютъ скорѣе исключеніе, чѣмъ общее правило [1]).

8. Воля и волеизъявленіе въ юридической сдѣлкѣ.

Какъ всякое дѣйствіе, такъ и юридическая сдѣлка имѣетъ свой субъективный и объективный моментъ: первый называютъ волей, второй— изъявленіемъ воли. Различіе этихъ моментовъ получаетъ особое значеніе въ случаяхъ противорѣчія между подлиннымъ содержаніемъ данной воли и его внѣшнимъ выраженіемъ, или такъ наз. волеизъявленіемъ. Въ основаніи этого противорѣчія лежитъ то, что субъективное представленіе о данномъ волеизъявленіи его автора можетъ уклониться отъ объективнаго факта пониманія этого волеизъявленія въ томъ смыслѣ, какой придается ему не только другими участниками сдѣлки, но и вообще всѣми или, точнѣе, гражданскимъ оборотомъ. Однако, это противорѣчіе не имѣетъ общаго значенія для всѣхъ сдѣлокъ, или, по крайней мѣрѣ, для большинства сдѣлокъ оно не сопровождается тѣми послѣдствіями, которыя наступаютъ лишь для извѣстныхъ и сравнительно небольшихъ группъ сдѣлокъ. Объяснить это относительное безразличіе противорѣчія между субъективнымъ и объективнымъ моментами сдѣлки при значительной массѣ юридическихъ сдѣлокъ можно слѣдующими соображеніями:

Воля, какъ психическій феноменъ внутренней жизни человѣка, не имѣетъ для права никакого значенія. Она вступаетъ въ его область какъ дѣйствіе, обнаруживающееся во внѣ и распознаваемое въ формѣ волеизъявленія. Поэтому воля и волеизъявленіе въ юридическомъ смыслѣ нераздѣльны. Гдѣ есть воля, тамъ есть и волеизъявленіе, гдѣ нѣтъ воли, тамъ нѣтъ и волеизъявленія. Какъ сдѣлка въ сферѣ юридическихъ отношеній есть почти то же, что̀ законъ въ сферѣ юридическихъ нормъ (lex contractus—по римской терминологіи), такъ и волеизъявленіе для сдѣлки—то же, что̀ публикація для закона. Какъ до публикаціи нѣтъ закона, такъ и до волеизъявленія нѣтъ сдѣлки, и какъ публикація рѣшаетъ вопросъ о наличности закона, если порядокъ его возникновенія не возбуждаетъ сомнѣній, такъ и волеизъявленіе, если оно не оспаривается сторонами, устанавливаетъ наличность воли и не допускаетъ, въ видѣ общаго правила, изысканія предшествующихъ ему волевыхъ процессовъ. Поэтому волеизъявленіе и есть не простое свидѣтельство или доказатель-

[1]) Crome, тамъ же.

ство того или другого содержанія воли, а такой же конститутивный или установительный элементъ для сдѣлки, какимъ публикація служитъ для закона. И судья, имѣя дѣло съ тѣмъ или другимъ волеизъявленіемъ, не входитъ отъ себя (ex officio) въ повѣрку его соотвѣтствія съ подлиннымъ содержаніемъ воли, а обсуждаетъ это волеизъявленіемъ, какъ объективный фактъ, принятый гражданскимъ оборотомъ и адекватный самому содержанію воли. Дювернуа въ своихъ „Чтеніяхъ по гражданскому праву“ удачно называетъ это явленіе „внутреннимъ формализмомъ воли“, въ отличіе отъ „внѣшняго формализма“, въ смыслѣ юридической обрядности, и справедливо указываетъ на особое развитіе этого формализма въ сдѣлкахъ современнаго оборотнаго права, вся сила которыхъ основана на соображеніи одного результата предшествующихъ имъ волевыхъ процессовъ. Этотъ результатъ и выражается въ волеизъявленіи, которое дѣлаетъ ненужнымъ въ сдѣлкахъ оборотнаго права изысканіе о соотвѣтствіи ихъ внутренняго момента съ внѣшнимъ, и вполнѣ отвѣчаетъ міру дѣлового обмѣна, привычному къ „безпровѣрочному и безповоротному рѣшенію сложныхъ проблемъ направленія сдѣлокъ къ ясно сознанной и опредѣленно намѣченной цѣли“ [1]).

Такимъ образомъ, теорія, опирающаяся на этотъ „внутренній формализмъ воли“, придаетъ юридическое значеніе не той „дѣйствительной волѣ“ авторовъ сдѣлки, которая есть ихъ только субъективное достояніе, а той дѣйствительной волѣ, которая воспринимается лицами, подвергающимися ея воздѣйствію, и гражданскимъ оборотомъ. Другими словами, эта теорія видитъ рѣшающій моментъ юридической сдѣлки въ волеизъявленіи и носитъ поэтому названіе „теоріи волеизъявленія“ (Erklärungstheorie). Ее раздѣляютъ лучшіе юристы новаго времени: Іерингъ, Веръ, Лотмаръ, Леонгардъ, Ленель, Hölder и др. [2]).

Другая и господствовавшая до послѣдняго времени теорія, окрещенная названіемъ „теоріи воли“ (Willenstheorie), исходитъ изъ того положенія, что волеизъявленіе есть тѣло, а воля—духъ, и что волеизъявленіе безъ воли имѣетъ такъ же мало значенія, какъ и воля безъ волеизъявленія. Волеизъявленіе и воля должны покрываться; иначе первое не имѣетъ никакой силы, такъ какъ каждый въ области сдѣлокъ автономенъ и самъ опредѣляетъ свою юридическую судьбу: его воля рѣшаетъ все, и то, что противорѣчитъ ей, само собой недѣйствительно. Эта теорія, развитая Савиньи [3]), считаетъ въ своихъ рядахъ многихъ и ближе стоящихъ къ намъ юристовъ, напр., Виндшейда, Вехтера, Цительмана, Энекцеруса и др. [4]). Она опирается на позднѣйшее разви-

[1]) Дювернуа, ук. соч., стр. 641—7.

[2]) Подробныя указанія и критика этой литературы у Windscheid-Kipp, стр. 376—8, прим. 1a.

[3]) Savigny, Syst., III, § 134.

[4]) Windscheid-Kipp въ ук. м.; тутъ же и остальная литература.

тіе римскаго права, которое, начавъ, какъ это намъ уже извѣстно, со строгаго формализма и неограниченной вѣры въ объективную силу словъ („uti lingua nuncapassit, ita jus esto"), кончило оцѣнкой внутреннихъ моментовъ права и признаніемъ въ болѣе или менѣе скрытыхъ формахъ такихъ институтовъ, которые сначала оно же совсѣмъ отрицало, напр., представительства, передачи обязательствъ, договоровъ въ пользу третьихъ лицъ и т. д. Но римскіе юристы были слишкомъ практичны, чтобы упускать изъ виду, при разрѣшеніи отдѣльныхъ случаевъ противорѣчія между волей и ея изъявленіемъ, интересы обезпеченности права и доброй совѣсти въ отношеніяхъ гражданскаго оборота. Они были далеки отъ всякаго догматизма при разрѣшеніи этихъ случаевъ, которые не подгонялись ими подъ одинъ и тотъ же принципъ, а регулировались въ зависимости отъ различія какъ сдѣлокъ, такъ и совокупности сопровождающихъ ихъ обстоятельствъ [1]).

Новая юриспруденція, исповѣдующая „теорію воли", пошла въ этомъ отношеніи слѣдомъ за римской только отчасти, такъ какъ, принявъ, въ общемъ, толкованіе всѣхъ волеизъявленій по совокупности обстоятельствъ, и установивъ рѣшающее значеніе внутренняго момента этихъ волеизъявленій болѣе всего для сдѣлокъ на случай смерти, она впала въ догматизмъ и подчинила тому же принципу рѣшающей роли воли, если не всѣ, то значительное большинство и прижизненныхъ сдѣлокъ. Въ отношеніи къ сдѣлкамъ на случай смерти „теорія воли" принимается съ достаточнымъ основаніемъ и нѣкоторыми изъ ея противниковъ [2]), но въ отношеніи къ сдѣлкамъ „между живыми", составляющимъ главный нервъ гражданскаго оборота, она ограничивается во многихъ направленіяхъ и своими сторонниками, напр., Дернбургомъ [3]). Въ этой области „теорія воли" должна быть рѣшительно отвергнута, такъ какъ мы уже видѣли, что волеизъявленіе есть не только обнаруженіе воли, но и конститутивный элементъ сдѣлки, и это обстоятельство особенно важно для прижизненныхъ сдѣлокъ, гдѣ волеизъявленіе дѣлается только для того, чтобы воздѣйствовать на другое лицо, вызвать у него представленіе о наличности даннаго волеизъявленія и этимъ самымъ побудить его во многихъ случаяхъ и къ встрѣчнымъ дѣйствіямъ. Это же воздѣйствіе на другое лицо, это возбужденіе надежды на сдѣлку и этотъ вызовъ на встрѣчныя дѣйствія не имѣли бы никакой санкціи и оставляли бы безъ защиты всѣхъ затронутыхъ даннымъ волеизъявленіемъ лицъ, если бы это волеизъявленіе толковалось исключительно съ точки зрѣнія сдѣлавшаго его лица. За прикрытой подъ этимъ волеизъявленіемъ волей была бы обезпечена полная безотвѣтственность въ виду оставленной ей возможности ссылаться на то,

[1]) Regelsberger, стр. 511—512.

[2]) Bähr, Ueber Irrungen im Kontrahieren, Jahrbücher f. Dogm., XIV. Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen, и др.

[3]) Дернбургъ, Пандекты. I, стр. 269.

что ее не поняли. Поэтому уже переставлять рѣшающій моментъ прижизненныхъ сдѣлокъ отъ волеизъявленія на волю значило бы уничтожать гражданскій оборотъ,. который требуетъ, прежде всего, обезпеченности правъ и увѣренности какъ участниковъ сдѣлки, такъ и третьихъ лицъ въ томъ, что соотвѣтствіе между изъявленной и подлинной волей составляетъ—по крайней мѣрѣ, до доказательства противнаго—общее правило.

Таково основное положеніе теоріи „изъявленія воли“, и оно находитъ ежедневно подтвержденіе въ практикѣ жизни. Изъявленная воля принимается здѣсь, по общему правилу, за подлинную, и отъ того, кто утверждаетъ недостатки этой воли, требуется доказательство его утвержденія. Эта практика должна быть, очевидно, усвоена и, дѣйствительно, усваивается какъ объективнымъ правомъ, такъ и судами. Если мы присоединимъ сюда и приведенное выше наблюденіе, что люди заключаютъ постоянно сдѣлки и подвергаютъ себя ихъ дѣйствію, часто не сознавая и не желая тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыя этими сдѣлками вызываются, то сдѣлается понятнымъ, почему большинство современныхъ юристовъ относится такъ скептически къ волѣ, которая производитъ не то, чего она хочетъ, и почему центръ тяжести всего ученія о сдѣлкѣ переносится теперь отъ субъективнаго на объективный моментъ, отъ воли на, какъ бы, независимое отъ нея волеизъявленіе.

Но и такая объективная теорія, отвлеченная отъ воли, ведетъ къ столь же несправедливымъ и непригоднымъ на практикѣ послѣдствіямъ, какъ и односторонне проведенная „теорія воли“. Прежде всего, примѣненіе этой теоріи не только къ сдѣлкамъ на случай смерти, но и ко всѣмъ вообще сдѣлкамъ, не имѣющимъ отношенія къ мѣновому обороту,не можетъ быть оправдано тѣми соображеніями, которыя приводились выше въ пользу ея дѣйствія въ отношеніи къ прижизненнымъ и оборотнымъ сдѣлкамъ. При бракѣ, разводѣ, эманципаціи, прощеніи долга, вступленіи въ наслѣдство, дареніи и т. д. обязательность каждаго волеизъявленія обусловлена соотвѣтствіемъ его волѣ того, отъ кого это волеизъявленіе исходитъ, куда при договорной формѣ присоединяется еще требованіе согласія всѣхъ лицъ, участвующихъ въ договорѣ. Въ свою очередь, и въ отношеніи къ оборотнымъ сдѣлкамъ необходимо различать ихъ виды, и, особенно—сдѣлки абстрактныя, формальныя, матеріальныя и безформенныя. „Внутренній формализмъ воли“ проявляется съ несравненно бо́льшей силой при сдѣлкахъ абстрактныхъ и формальныхъ, чѣмъ при сдѣлкахъ матеріальныхъ и безформенныхъ: эти послѣднія допускаютъ въ бо́льшей степени приспособленіе къ обстоятельствамъ каждаго даннаго случая, къ различіямъ лицъ, отношеній и цѣлей. Затѣмъ, насколько „теорія воли„ преувеличиваетъ защиту того, кому принадлежитъ данное волеизъявленіе, настолько противная ей теорія преувеличенно покровительствуетъ тому, кто воспринимаетъ это волеизъявленіе. Тамъ упускаются изъ виду интересы гражданскаго оборота, здѣсь—интересы высшей культуры, которые

не могутъ стоять въ соотвѣтствіи съ тѣмъ, чтобы люди ловились на словѣ, когда все говоритъ за противорѣчіе этого слова подлинной волѣ. Во всякомъ обществѣ существуютъ цѣлыя категоріи лицъ, которымъ не по плечу „внутренній формализмъ воли", безповоротно рѣшающій судьбу ихъ интересовъ. Число случаевъ, въ которыхъ необходимо идти на помощь слабой, заблуждающейся или совсѣмъ отсутствующей волѣ, растетъ въ каждомъ развивающемся обществѣ, и „теорія волеизъявленія", отвлеченная отъ воли, оставляетъ всѣ эти случаи, во имя обезпеченія „доброй совѣсти" въ отношеніяхъ гражданскаго оборота, безъ защиты и этимъ самымъ ведетъ скорѣе къ разрушенію, чѣмъ обезпеченію начала доброй совѣсти въ договорныхъ отношеніяхъ. Вотъ почему и слѣдуетъ признать, что не абстрактная воля, а конкретное содержаніе воли въ каждой отдѣльной сдѣлкѣ, со всѣми субъективными и объективными условіями его дѣйствія, составляетъ существенный, хотя и не единственно-принимаемый въ разсчетъ элементъ юридической сдѣлки. Иначе нельзя было бы обосновать и общее требованіе дѣеспособности, предъявляемое къ участникамъ всѣхъ сдѣлокъ. Но, съ другой стороны, мы не можемъ не допустить подчиненія и такого содержанія воли принципу „теорія волеизъявленія"—по крайней мѣрѣ, въ области значительнаго числа оборотныхъ сдѣлокъ, которыя въ иныхъ условіяхъ были бы стѣснены въ свободномъ развитіи и едва-ли могли бы исполнить свое назначеніе.

Въ результатѣ мы получаемъ опять синтезъ обѣихъ теорій, къ которому подходитъ отчасти и защищаемая Hermann'омъ, Беккеромъ и др. „теорія довѣрія" (Vertrauenstheorie). Она находитъ въ необходимомъ для гражданскаго оборота принципѣ довѣрія къ сдѣлкамъ и масштабъ, которымъ должно измѣряться соотвѣтствіе или несоотвѣтствіе каждаго выступающаго нормально волеизъявленія съ предполагаемой имъ волей. Но Регельсбергеръ ставитъ справедливо въ упрекъ этой теоріи ея неопредѣленность и упущеніе при конфликтѣ различныхъ интересовъ всѣхъ другихъ точекъ зрѣнія, кромѣ точки зрѣнія „доброй совѣсти". Поэтому Регельсбергеръ и отказывается отъ объединенія всѣхъ относящихся сюда случаевъ въ одинъ принципъ и отдаетъ предпочтеніе римской точкѣ зрѣнія приспособленія права къ жизни, какъ единственно-способной удовлетворить всѣмъ запросамъ гражданскаго оборота [1]).

Указанные элементы юридическаго строенія сдѣлки можно найти и въ нашемъ законодательствѣ. Сюда принадлежатъ, главнымъ образомъ, цитированныя выше ст. 699 и 700 X т. I ч. Послѣдняя изъ этихъ статей говоритъ: „всѣ способы пріобрѣтенія правъ (мы уже знаемъ, что подъ этимъ названіемъ нашъ законъ разумѣетъ юридическія сдѣлки) тогда только признаются дѣйствительными, когда они утверждаются на непринужденномъ произволѣ и согласіи". Это же требованіе „непринужденнаго про-

[1]) Regelsberger, стр. 512.

извола“ выражено и по отношенію къ браку (ст. 12 тамъ же), и по отношенію къ договорамъ (ст. 1528), даренію (ст. 967) и завѣщанію (ст. 1010). Непринужденность воли гарантируется, кромѣ того, обрядностями, указанными въ Положеніи о нотаріальной части (ст. 89, 96, 107 и др.), равно какъ и многочисленными нормами уголовнаго закона, угрожающими тяжкими наказаніями за покушеніе на свободу волеизъявленія при совершеніи сдѣлокъ. Но что непринужденный произволъ и согласіе (при договорахъ) не возводятся нашими гражданскими законами на степень единственнаго и исключительнаго основанія юридической силы сдѣлокъ, это можно видѣть изъ ст. 699 того же X т., по силѣ которой „права на имущества пріобрѣтаются не иначе, какъ способами, въ законахъ опредѣленными“. Такимъ образомъ, нашъ законъ сочетаетъ субъективный и объективный моменты сдѣлки. Въ ст. ст., слѣдующихъ за ст. 700 X т., указывается и на обстоятельства, исключающія „непринужденный произволъ“ и вызывающія недѣйствительность сдѣлокъ, заключенныхъ при этихъ обстоятельствахъ. Но прежде, чѣмъ разбирать эти постановленія нашего законодательства, мы остановимся нѣкоторое время еще на слѣдующихъ вопросахъ: что̀ слѣдуетъ понимать подъ содержаніемъ юридической сдѣлки, и что̀ такое ея недѣйствительность?

9. Содержаніе юридической сдѣлки.

Содержаніе сдѣлки слагается изъ трехъ элементовъ: одинъ изъ нихъ долженъ быть всегда налицо—иначе не будетъ сдѣлки, или не будетъ, по крайней мѣрѣ, той сдѣлки, которая имѣлась въ виду ея участниками; два другихъ элемента могутъ въ отдѣльныхъ случаяхъ и отсутствовать. Элементъ, безъ котораго сдѣлка не можетъ существовать, называютъ essentialia negotii, т.-е. существеннымъ составомъ сдѣлки, и онъ составляетъ остовъ или логическую схему юридической сдѣлки, въ которой автономія сторонъ находитъ свою границу. Этотъ необходимый minimum требованій, которымъ должна удовлетворять каждая сдѣлка, нормируется объективнымъ правомъ, распредѣляющимъ сдѣлки на извѣстные типы и сообщающимъ каждому изъ этихъ типовъ сдѣлокъ такія черты, отъ которыхъ стороны не должны отступать при совершаемыхъ ими актахъ, если только онѣ хотятъ, чтобы эти акты производили ожидаемыя ими послѣдствія. Эти черты различаются, конечно, по отдѣльнымъ типамъ сдѣлокъ: напр., купля-продажа невозможна безъ указанія на продаваемую вещь и ея цѣну, заемъ предполагаетъ непремѣнно генерическія или замѣстимыя вещи, ипотека — недвижимость, товарищество—общую цѣль, осуществляемую въ той или другой мѣрѣ каждымъ изъ его участниковъ, и т. д. Для законнаго состава сдѣлокъ необходимы и, вмѣстѣ съ тѣмъ, достаточны только эти типическія черты,

обобщенныя гражданскимъ оборотомъ и зафиксированныя объективнымъ правомъ.

Другія опредѣленія частной воли, не затрогивающія типа сдѣлки и имѣющія дѣло только со способами его осуществленія или подробностями исполненія — напр., условіе объ „очисткѣ“ и отвѣтственности продавца за скрытые пороки вещи, или условіе о веденіи дѣлъ товарищества уполномоченнымъ на это органомъ даннаго товарищества и т. д.— не входятъ въ необходимый составъ сдѣлки. Отсутствіе такихъ опредѣленій, какъ бы они ни были важны для сдѣлки, не вызываетъ ея недѣйствительности, такъ какъ здѣсь вступаетъ въ силу восполнительная функція диспозитивныхъ нормъ объективнаго права, соотвѣтствующихъ отсутствующимъ опредѣленіямъ частной воли. И тѣ части сдѣлки, которыя регулируются этими диспозитивными нормами въ случаѣ отсутствія соотвѣтственныхъ опредѣленій въ самой сдѣлкѣ, называютъ naturalia negotii, или естественнымъ составомъ сдѣлокъ.

Эти naturalia negotii, составляющія второй элементъ содержанія сдѣлки, могутъ быть регулированы въ ней и иначе, чѣмъ это предписано диспозитивными нормами объективнаго права, и въ этихъ случаяхъ диспозитивныя нормы не дѣйствуютъ, замѣняясь опредѣленіями частной воли, насколько ими не нарушается типъ или родъ сдѣлки. Этотъ послѣдній получаетъ здѣсь содержаніе, которое измѣняетъ только его видовой, но не родовой характеръ, опредѣляемый не „естественнымъ“, а „существеннымъ“ составомъ сдѣлки, не naturalia, а essentialia negotii. Такое же видовое значеніе можетъ быть дано сдѣлкѣ и совершенно произвольными опредѣленіями воли ея участниковъ, не представляющими ни essentialia, ни naturalia negotii, напр., присоединяемымъ къ ней условіемъ, срокомъ и т. д., и эти свободно присоединяемыя къ ней части могутъ быть въ отдѣльныхъ случаяхъ такъ существенны, что безъ нихъ стороны не вступили бы въ данную сдѣлку.

Эту третью часть содержанія сдѣлки называютъ accidentalia negotii, т.-е. ея случайнымъ составомъ, и нѣкоторые юристы, какъ, напр., Дернбургъ, относятъ ее даже къ essentialia negotii, раздѣляя эти послѣднія на такія, которыя опредѣляютъ родъ, и такія, которыми опредѣляется только видъ сдѣлки [1]). Но мы не считаемъ возможнымъ присоединиться къ этому взгляду, такъ какъ, во-1), эта третья часть содержанія сдѣлки можетъ въ ней отсутствовать или вовсе не играть рѣшающей роли, и, во-2), не она, во всякомъ случаѣ, сообщаетъ сдѣлкѣ ея юридическій характеръ, опредѣляемый тѣмъ типомъ, которому она принадлежитъ независимо отъ своихъ добавочныхъ или случайныхъ опредѣленій. Но если намъ представится сдѣлка, для которой объективное право не выработало еще опредѣленнаго типа, то ея существенный составъ

[1]) Dernburg, Bürgerl. R., I, стр. 336.

опредѣлится воззрѣніями гражданскаго оборота, наукой права и тѣми распоряженіями этой сдѣлки, изъ-за которыхъ она заключена [1]).

Изъ сказаннаго видно, что двѣ послѣднія части содержанія сдѣлки болѣе свободны и эластичны, чѣмъ его первая часть: онѣ приспособляются къ индивидуальнымъ цѣлямъ, преслѣдуемымъ сторонами, и предоставляютъ достаточный просторъ частной автономіи. Не говоря объ accidentalia negotii, случайно привходящихъ къ сдѣлкѣ и никогда не предписываемыхъ и не предполагаемыхъ объективнымъ правомъ, и naturalia negotii, предполагаемыя объективнымъ правомъ наличными въ сдѣлкѣ, всегда могутъ быть исключены или ограничены противоположными опредѣленіями частной воли.

Исторически naturalia negotii должны были возникнуть изъ accidentalia, и essentialia—изъ naturalia. На первоначальныхъ ступеняхъ развитія права стороны выговариваютъ точно всѣ частности заключаемыхъ ими сдѣлокъ и лишь впослѣдствіи переходятъ къ практикѣ формуляровъ, носившихъ въ Римѣ однозвучное съ закономъ названіе leges и содержавшихъ въ себѣ схематическія опредѣленія для различныхъ типовъ сдѣлокъ. Эти формуляры сберегаютъ участникамъ сдѣлки сознательное повтореніе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ того процесса мысли, безъ котораго нельзя было обойтись при первоначальномъ заключеніи той или другой сдѣлки. Вмѣсто того, чтобы воспроизводить каждый разъ этотъ процессъ мысли, довольно сослаться на обычный, установленный оборотомъ формуляръ, или lex. То, что было сначала индивидуальнымъ, стало потомъ схематичнымъ—accidentalia negotii превратились въ naturalia. Наконецъ, извѣстная часть этихъ naturalia negotii, признанная съ теченіемъ времени необходимой для тѣхъ или другихъ типовъ сдѣлокъ, возводится въ essentialia negotii, переходя этимъ путемъ въ твердый и не измѣняемый опредѣленіями частной воли составъ сдѣлки. Этотъ составъ и представляетъ намъ то содержаніе сдѣлки, которому должна соотвѣтствовать воля сторонъ, если она направлена на заключеніе сдѣлки, предусмотрѣнной ея essentialia negotii.

Въ гражданскомъ оборотѣ повторяется явленіе, извѣстное психологіи подъ именемъ превращенія или конденсированія представленій, первоначально сознательныхъ, въ представленія, если не цѣликомъ, то отчасти—безсознательныя. Объективное право сберегаетъ сторонамъ излишнюю работу мысли и разрѣшаетъ имъ совершеніе сдѣлокъ, такъ сказать, in blanco, т.-е. путемъ простой подписи подъ готовымъ уже содержаніемъ. Но рѣшающее значеніе оно придаетъ при этомъ не ошибочному часто обозначенію сдѣлки, а дѣйствительному представленію сторонъ объ ея существенномъ составѣ, такъ что, если, напр., договоръ, содержащій въ себѣ всѣ essentialia купли-продажи, названъ сторонами най-

[1]) Crome, стр. 337.

момъ, или дареніе названо куплей-продажей, это будетъ не уничтожающей сдѣлку ошибкой въ ея содержаніи (error in negotio), а только ошибкой въ названіи (error in nomine negotii), не влекущей за собой иного послѣдствія, какъ только удержаніе въ силѣ той сдѣлки, которой essentialia соотвѣтствуютъ волѣ сторонъ.

Такимъ образомъ, essentialia negotii являются не столько ограниченіемъ частной автономіи, сколько указаніемъ, направляющимъ ее на испытанный и охраняемый объективнымъ правомъ путь; они имѣютъ поэтому значеніе не только юридическое, но также логическое и регулятивное. Но въ извѣстныхъ случаяхъ, и либо по государственно-полицейскимъ, либо по нравственнымъ соображеніямъ, essentialia negotii дѣлаются и настоящимъ ограниченіемъ личной автономіи. Такимъ ограниченіемъ является, напр., требованіе извѣстной формы, какъ необходимаго элемента сдѣлки, или запрещеніе при всѣхъ сдѣлкахъ безнравственныхъ опредѣленій воли и т. д. Въ другихъ случаяхъ объективное право ставитъ границы личной автономіи въ ея собственномъ интересѣ. Сюда можно отнести дѣйствующее какъ въ пандектномъ, такъ и во многихъ новыхъ законодательствахъ ограниченіе предіальныхъ, или сельскихъ сервитутовъ опредѣленнымъ содержаніемъ; запрещеніе societas leonina, т.-е. товарищества, которымъ одному изъ его участниковъ предоставляется львиная доля ожидаемыхъ отъ него выгодъ, недѣйствительность отказа отъ права обратнаго полученія по востребованію вещи, переданной другому въ формѣ precarium'а, т.-е. такого безмезднаго пользованія, которое разсчитано на возможность постоянной его отмѣны со стороны собственника, и т. д. Такія ограниченія автономіи имѣютъ въ виду предупредить угрожающее свободѣ личности или законодательному мотиву даннаго института извращеніе тѣхъ полезныхъ и разумныхъ цѣлей, которымъ юридическія сдѣлки служатъ въ гражданскомъ оборотѣ [1]).

2. Труднѣе разграничить содержаніе сдѣлки отъ ея мотивовъ. Каждый актъ воли есть результатъ цѣлой цѣпи представленій, и каждое изъ этихъ представленій, насколько имъ условливается данный актъ воли, можетъ называться его мотивомъ. Такъ наз. „представленіе цѣли“ есть въ этомъ смыслѣ тотъ же мотивъ, и строгое разграниченіе мотива и цѣли въ психологическомъ смыслѣ едва-ли возможно: эти понятія соотносительны, и какъ каждый мотивъ можетъ сдѣлаться цѣлью, такъ и каждая цѣль—мотивомъ. Тѣмъ не менѣе, „представленіе цѣли“ выдвигается изъ ряда другихъ мотивовъ, и юристъ не можетъ обойтись безъ объективнаго критерія для разграниченія, съ одной стороны, цѣли юридической сдѣлки отъ ея гораздо далѣе идущихъ мотивовъ, и, съ другой—тѣхъ же понятій отъ содержанія сдѣлки.

Всякая сдѣлка вызывается къ жизни вліяніемъ какихъ-либо моти-

---

[1]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., I, стр. 336—338.

вовъ, и съ точки зрѣнія психологіи и этики ни одно дѣйствіе не могло бы быть ни объяснено, ни оцѣнено безъ отношенія къ его мотивамъ. Отсюда можно было бы заключить, что мотивы входятъ и въ содержаніе сдѣлки, если бы только точка зрѣнія права не расходилась здѣсь, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, съ психологическимъ и этическимъ разсмотрѣніемъ человѣческихъ дѣйствій. Правда, мотивы имѣютъ большое значеніе при недозволенныхъ дѣйствіяхъ, но и тутъ ими опредѣляется только мѣра вины и наказанія, но не отвѣтственность за эти дѣйствія. При сдѣлкахъ же рѣшающую роль играетъ то, что выражено, а не то, почему это выражено. Признать здѣсь за мотивами такое значеніе, которымъ обусловливалась бы дѣйствительность сдѣлки, значило бы нанести непоправимый ущербъ обезпеченности гражданскаго оборота. И это уже потому, что мотивы остаются, по общему правилу, внутри сознанія, не обнаруживаясь во внѣ, не распознаваемые ни для другихъ участниковъ сдѣлки, ни для третьихъ лицъ, и розысканіе ихъ заставило бы судью играть роль инквизитора. Вотъ почему мотивы и не входятъ въ юридическій составъ сдѣлки, и право относится, въ принципѣ, безразлично къ тому, почему совершается, напр., тотъ или другой актъ купли-продажи или даренія: мотивы этихъ актовъ, если даже они вносятся въ сдѣлку безъ того, чтобы стороны желали ими обусловить ея юридическій эффектъ, не составляютъ части содержанія сдѣлки и не оказываютъ вліянія ни на ея квалификацію, ни на производимыя ею послѣдствія.

Но если мотивы сдѣлки попадаютъ въ нее въ видѣ условія, отъ котораго ставится въ зависимость юридическій эффектъ этой сдѣлки, или они облекаются въ форму оговорки объ отступленіи отъ сдѣлки въ случаѣ неосуществленія ея мотива, или въ форму возложенія какой-нибудь обязанности (modus) на лицо, имѣющее получить что-либо по данной сдѣлкѣ, то въ подобныхъ случаяхъ мотивы получаютъ юридическое значеніе не какъ мотивы, а какъ добавочныя опредѣленія воли (accidentalia negotii), вводимыя въ самый составъ сдѣлки. Однако, и это условіе, и эта оговорка объ отступленіи отъ сдѣлки, и это возложеніе обязанности — должны быть распознаваемы и приняты тѣми лицами, которыхъ эти акты касаются: иначе за ними опять нельзя было бы признать юридической силы даже въ томъ случаѣ, если бы они, какъ мотивы, и стали извѣстны заинтересованнымъ въ нихъ лицамъ [1]). Поэтому еще римское право объявляло безразличіе мотива (causa, ratio) для юридической квалификаціи, или послѣдствій сдѣлки, и признавало юридическое значеніе лишь за цѣлью сдѣлки (justa causa), насколько эта цѣль выступала въ самой сдѣлкѣ и указывала на ея опредѣленный хозяйственный или юридическій характеръ. Эту цѣль сдѣлки римскіе юристы называли также юридическимъ

[1]) Regelsberger, стр. 528. Crome, стр. 340.

основаніемъ сдѣлки, и подраздѣляли ее на causa credendi, solvendi, donandi, т.-е. цѣли кредитованія, исполненія обязательства и даренія. Но это перечисленіе — примѣрное, такъ какъ существуютъ цѣли—напр., надѣленіе приданымъ, исполненіе условія сдѣлки и т.д .,— которыя не могутъ быть подведены подъ указанныя въ римскомъ правѣ категоріи иначе, какъ съ большими натяжками. И всѣ эти цѣли отличаются отъ мотивовъ сдѣлки тѣмъ, что онѣ стоятъ въ непосредственной и выраженной въ самой сдѣлкѣ связи съ ея юридическими послѣдствіями. Онѣ только и сообщаютъ сдѣлкѣ юридическій характеръ купли-продажи, даренія и т. д., и безъ нихъ не было бы возможности опредѣлить, какую именно сдѣлку имѣютъ въ виду ея участники: есть-ли это купля-продажа, заемъ, дареніе или что-либо иное. Если такой цѣли нѣтъ, то нѣтъ и сдѣлки, и это вѣрно даже для абстрактныхъ сдѣлокъ, поставленныхъ независимо отъ своей цѣли, такъ какъ мы уже знаемъ, что цѣль не отсутствуетъ и въ этихъ сдѣлкахъ, находя свое осуществленіе въ личныхъ искахъ, направленныхъ на пороки сдѣлки, обогащеніе одной стороны на счетъ другой и т. д. Вотъ почему и надо признать, что цѣль сдѣлки входитъ въ ея содержаніе, въ отличіе отъ ея же мотива, который не входитъ въ это содержаніе именно потому, что, выступая даже цѣлью, онъ не стоитъ въ непосредственной связи съ юридическимъ эффектомъ сдѣлки и не выраженъ или недостаточно выраженъ въ этой сдѣлкѣ. Возьмемъ, напр., дареніе и заемъ, которые юридически отличаются другъ отъ друга по цѣли, а не по мотиву. Дареніе можетъ быть совершено по чувству благодарности, тщеславія и т. д., такъ же, какъ и заемъ можетъ быть выданъ въ виду особой кредитоспособности должника, ожиданія отъ него въ будущемъ какой-либо услуги и т. д. Но объективное право отличаетъ эти сдѣлки только по ихъ цѣли, признавая юридическимъ основаніемъ сдѣлки въ первомъ случаѣ выраженную въ ней дарственную волю, во второмъ—такъ же выраженную волю кредитовать должника. Что же касается мотивовъ обѣихъ сдѣлокъ: чувства благодарности, тщеславія, выгоднаго помѣщенія капитала, ожиданія услуги и т. д., то они оставляются, по соображеніямъ объ обезпеченности права, безъ вниманія.

Но таково только общее правило, которое во многихъ случаяхъ подвергается значительнымъ ограниченіямъ вслѣдствіе тѣсной связи между мотивами, цѣлью и содержаніемъ сдѣлокъ. И эти ограниченія особенно часты при сдѣлкахъ на случай смерти, мало затрогивающихъ, благодаря своей безмездности, гражданскій оборотъ. И уже римское право, а за нимъ и новыя законодательства, въ числѣ которыхъ мы находимъ также нѣмецкое уложеніе (§ 2079, 2281, 2301 и др.), считаютъ здѣсь ошибку въ мотивѣ достаточнымъ основаніемъ для уничтоженія сдѣлки. Точно также вызванные обманомъ мотивы опорачиваютъ и прижизненныя сдѣлки, а при своей безнравственности лишаютъ ихъ всякой силы.

Такимъ образомъ, есть мотивы, которые вліяютъ на дѣйствительность сдѣлокъ, но такіе случаи единичны и принадлежатъ спеціальной части системы гражданскаго права, гдѣ они могутъ быть разсмотрѣны въ связи съ тѣми сдѣлками, на которыя они оказываютъ такое вліяніе. Общее значеніе можетъ быть приписано только ошибкѣ, обману и принужденію, какъ мотивамъ оспоримости сдѣлокъ, но мы увидимъ ниже, что вліяніе и этихъ мотивовъ различается по различію сдѣлокъ [1]).

Въ общемъ, можно еще сказать, что, выступая наружу при переговорахъ о заключеніи сдѣлокъ и открывая во многихъ случаяхъ, а особенно при такъ наз. молчаливыхъ волеизъявленіяхъ, путь къ объясненію и самаго содержанія сдѣлокъ, мотивы служатъ важнымъ подспорьемъ для ихъ толкованія.

10. Недѣйствительность сдѣлокъ: ничтожныя и оспоримыя сдѣлки.

1. Насколько вѣрно, что юридическая сдѣлка есть изъявленіе воли, направленное на то, чтобы произвести извѣстныя юридическія послѣдствія, настолько же вѣрно, что эти юридическія послѣдствія обусловлены объективнымъ правопорядкомъ. Не всѣ волеизъявленія, имѣющія въ виду произвести юридическія послѣдствія, достигаютъ этой цѣли. Прежде всего, они должны удовлетворять извѣстнымъ условіямъ, которыя предписываются объективнымъ правомъ, и внѣ которыхъ это послѣднее не допускаетъ юридическихъ послѣдствій, желаемыхъ участниками сдѣлки. Эти условія, составляющія законный составъ юридической сдѣлки, суть essentialia negotii, отличающіяся отъ тѣхъ essentialia negotii, о которыхъ у насъ уже велась рѣчь, своимъ значеніемъ не только для того или другого рода сдѣлокъ, а для всѣхъ сдѣлокъ вообще. Такія общія для всѣхъ сдѣлокъ условія касаются: а) участвующихъ въ нихъ лицъ и б) содержанія сдѣлокъ.

а) Участники сдѣлки должны обладать во-1) общей дѣеспособностью, необходимой для всѣхъ юридическихъ дѣйствій и уже объясненной нами въ ученіи о субъектѣ права, и во-2) особой дѣеспособностью, требуемой для совершенія данной конкретной сдѣлки. Условія этой особой дѣеспособности различаются по различнымъ сдѣлкамъ въ зависимости, главнымъ образомъ, отъ того, направлена-ли сдѣлка на пріобрѣтеніе какого-либо права и распоряженіе имъ, или на какія-нибудь другія дѣйствія; и въ первомъ случаѣ участники сдѣлки, кромѣ общей дѣеспособности, должны имѣть еще способность къ отчужденію или пріобрѣтенію того именно права, которое служитъ предметомъ сдѣлки. Невозможна, напр., сдѣлка объ отчужденіи имущества со стороны лица,

[1]) Regelsberger, стр. 527.

состоящаго подъ опекой за расточительность, какъ невозможны и извѣстныя обязательства несовершеннолѣтнихъ, женщинъ, инородцевъ и другихъ категорій лицъ, признанныхъ неспособными къ принятію на себя именно этихъ обязательствъ, и т. п. Недѣйствительность подобныхъ отчужденій и обязательствъ имѣетъ своимъ основаніемъ или общее запрещеніе извѣстнымъ лицамъ отчуждать всѣ или извѣстнаго рода имущества, или принадлежность отчуждаемаго имущества не тому лицу, которое его отчуждаетъ; въ послѣднемъ случаѣ отчужденіе можетъ быть, однако, и возстановлено въ своей силѣ, какъ мы увидимъ это ниже, утвержденіемъ или одобреніемъ управомоченнаго лица.

б) Содержаніе сдѣлки должно быть достаточно опредѣленно и возможно; оно не должно противорѣчить, въ то же время, запретамъ закона и требованіямъ нравственности. Степень опредѣленности можетъ различаться по различію сдѣлокъ, но обязательство продать или подарить „что-нибудь“, безъ указанія на положительные или отрицательные признаки предмета сдѣлки, будетъ, во всякомъ случаѣ, недѣйствительнымъ. Подъ возможностью содержанія сдѣлки разумѣется то, что̀ физически и юридически достижимо, такъ что къ физической невозможности сдѣлки приравнивается здѣсь и ея юридическая невозможность, примѣрами которой могутъ служить сдѣлки о вещахъ, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, или сдѣлки, воспрещенныя принудительными нормами объективнаго права. Что касается соотвѣтствія сдѣлки требованіямъ нравственности, то и это условіе носитъ характеръ принудительной нормы, которую новыя законодательства, по примѣру римскаго права, выражаютъ обыкновенно запрещеніемъ сдѣлокъ, противорѣчащихъ „добрымъ нравамъ“ (contra bonos mores). Но здѣсь подъ этими словами слѣдуетъ понимать, вопреки довольно распространенному среди нѣмецкихъ юристовъ мнѣнію [1]), не то, что называютъ обыкновенно „нравами“, регулируемыми „конвенціональными нормами“, а требованія нравственности, опредѣляемыя не правомъ, но общественными воззрѣніями данной эпохи, которыя выражаются въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судьей. Несогласіе съ этимъ положеніемъ было бы равносильно отрицанію этической и соціальной функціи права, а согласіе съ нимъ ставитъ право въ соотвѣтствіе не съ какой-либо окостенѣлой системой нравственныхъ понятій, а съ нравственными воззрѣніями каждой данной эпохи. Поэтому и неудивительно, что безнравственныя сдѣлки, хотя бы, по римскому праву, считаются теперь вполнѣ допустимыми съ точки зрѣнія нравственности, и обратно. Возможное въ современномъ правѣ договорное соглашеніе о штрафѣ на случай отказа отъ вступленія въ бракъ послѣ состоявшагося обрученія разсматривалось римскими юристами, какъ противорѣчіе „добрымъ нравамъ“. Мы считаемъ, напротивъ, недопустимыми по нравствен-

[1]) Biermann, стр. 181—5. Leonhard, Der Allgem. Theil des BGB., стр. 372—6, и др.

нымъ мотивамъ не только тѣ сдѣлки, по которымъ обязываются къ совершенію безнравственныхъ дѣйствій, но и тѣ, по которымъ обязываются и къ воздержанію отъ такихъ дѣйствій взамѣнъ выговариваемой за это выгоды: подобныя сдѣлки поддерживали бы, согласно современнымъ представленіямъ о нравственности, настроеніе, которое не заключало бы въ себѣ ничего нравственнаго [1]).

2. Если сдѣлка не соотвѣтствуетъ какому-либо изъ поставленныхъ объективнымъ правомъ условій ея дѣйствительности, то ей отказываютъ вполнѣ или отчасти, непосредственно или посредственно, въ юридическихъ послѣдствіяхъ, и ее называютъ недѣйствительной. Нѣкоторые юристы думаютъ, что въ этихъ случаяхъ нельзя и говорить объ юридической сдѣлкѣ, такъ какъ ее въ дѣйствительности не существуетъ [2]), но это невѣрно, потому что и вполнѣ недѣйствительныя (ничтожныя) сдѣлки вызываютъ часто отвѣтственность за убытки и уже поэтому не могутъ быть отнесены къ фактамъ, не имѣющимъ юридическаго бытія. Но недѣйствительность сдѣлки необходимо отличать отъ того состоянія, когда сдѣлка не даетъ юридическихъ послѣдствій не вслѣдствіе своего несоотвѣтствія требованіямъ объективнаго права, а вслѣдствіе того, что она не окончена и оставлена, или не можетъ дать этихъ послѣдствій въ силу своихъ собственныхъ опредѣленій. Сюда принадлежатъ, напр., условно-суспензивныя сдѣлки послѣ отпаденія условія, имѣющаго для нихъ опредѣляющее значеніе: объ этихъ сдѣлкахъ мы будемъ говорить нѣсколько ниже и увидимъ, что онѣ остаются не безъ всѣхъ, а только безъ нѣкоторыхъ изъ своихъ послѣдствій, и всегда по волѣ сторонъ, а не противъ ихъ воли, какъ это можетъ быть сказано о недѣйствительныхъ сдѣлкахъ. Затѣмъ и противорѣчіе сдѣлки требованіямъ объективнаго права вызываетъ не всегда одну и ту же недѣйствительность, а различныя степени этой недѣйствительности. Не всѣ предъявляемыя къ ней требованія имѣютъ одинаковый вѣсъ въ глазахъ закона, и нарушеніе нѣкоторыхъ изъ нихъ сопровождается болѣе тяжелыми послѣдствіями, чѣмъ нарушеніе другихъ.

Съ перваго раза кажется, что ничто не мѣшаетъ, въ принципѣ, признанію одинаково недѣйствительными всѣхъ сдѣлокъ, не удовлетворяющихъ требованіямъ права. Но на практикѣ это положеніе было бы несправедливо и повело бы къ разорительнымъ для гражданскаго оборота послѣдствіямъ. Не всякое основаніе недѣйствительности того или другого волеизъявленія выступаетъ одинаково ярко въ гражданскомъ оборотѣ, и этотъ послѣдній довѣряется, въ видѣ общаго правила, сдѣлкамъ, пороки которыхъ нельзя распознать безъ предварительнаго и тщательнаго изслѣдованія. Объявленіе всѣхъ этихъ сдѣлокъ одинаково недѣйствительными внесло бы явное разстройство въ установившійся порядокъ соціальныхъ отношеній. Опре-

---

[1]) Regelsberger, стр. 540—1.
[2]) Kuhlenbeck, стр. 325.

дѣляющее значеніе имѣютъ здѣсь историческія условія развитія права и различная оцѣнка интересовъ, нарушаемыхъ противорѣчіемъ сдѣлки требованіямъ права. Поэтому-то какъ римское, такъ и современное право избѣгаютъ въ этомъ вопросѣ излишняго обобщенія и устанавливаютъ различныя ступени недѣйствительности, осуществляемыя различными средствами и сопровождаемыя различными послѣдствіями. Между полной недѣйствительностью и полной силой сдѣлки стоятъ смягченныя формы недѣйствительности и ослабленной силы дѣйствительности сдѣлки: таковы, напр., сдѣлки, по которымъ не дается иска, но оставляется возможность осуществленія другими способами юридической защиты (натуральныя обязательства), или сдѣлки, влекущія за собой наказаніе безъ ущерба для ихъ дѣйствительности (напр., заключеніе брака до истеченія траурнаго года, совершеніе извѣстныхъ актовъ безъ оплаты ихъ гербовымъ сборомъ и т. д.). Но типичными и чаще всего встрѣчающимися формами недѣйствительности сдѣлокъ служатъ ничтожность и оспоримость, первая — въ смыслѣ абсолютнаго, вторая — относительнаго отрицанія ихъ юридическихъ послѣдствій. И когда нѣмецкіе юристы говорятъ о недѣйствительности сдѣлокъ, то они берутъ это понятіе въ широкомъ смыслѣ, обнимающемъ собою какъ ничтожность (Nichtigkeit), такъ и оспоримость (Anfechtbarkeit) сдѣлки. Подъ это послѣднее понятіе подводятся, главнымъ образомъ, тѣ случаи, когда юридическія послѣдствія отрицаются не столько по несоблюденію essentialia negotii, сколько по какимъ-либо инымъ порокамъ сдѣлки, и отрицаются, по преимуществу, въ интересѣ участвующихъ въ ней лицъ, только въ отношеніи къ этимъ лицамъ, и только по ссылкѣ этихъ же лицъ на пороки сдѣлки. Сдѣлки же, которымъ недостаетъ essentialia negotii, и которымъ отказываютъ въ юридическихъ послѣдствіяхъ вообще и независимо отъ ихъ отношенія къ тѣмъ или другимъ лицамъ, называютъ то недѣйствительными, то ничтожными. Римляне называли эти сдѣлки только ничтожными (negotia nulla), и это было лучше, такъ какъ такимъ названіемъ оттѣнялось отличіе ничтожныхъ сдѣлокъ отъ оспоримыхъ и дѣлалось возможнымъ признаніе тѣхъ и другихъ сдѣлокъ видами одного родового понятія недѣйствительности.

3. Ничтожность сдѣлки основана на реакціи объективнаго права противъ произвола частной воли. Неповиновеніе этой послѣдней приказамъ и запретамъ права не позволяетъ ея опредѣленіямъ производить предположенныя ими юридическія послѣдствія. И такъ какъ этотъ результатъ получается дѣйствіемъ одного объективнаго права, безъ отношенія къ частной волѣ, то ея обнаруженія не требуется, очевидно, и для устраненія само собой падающихъ здѣсь юридическихъ послѣдствій.

Ничтожная сдѣлка есть объективный (отрицательный) фактъ, на который можетъ ссылаться каждый, и въ отношеніи къ которому недопустимо никакое отреченіе. Завѣщаніе ничтожно, т.-е. не вызываетъ

предположенныхъ имъ юридическихъ послѣдствій, не только для наслѣдниковъ, но и для всѣхъ третьихъ лицъ, если оно совершено лицомъ, неспособнымъ къ его совершенію, и такъ же ничтоженъ договоръ о куплѣ-продажѣ не существующей фактически или юридически вещи, если бы даже продавецъ и былъ обязанъ возмѣстить понесенные покупщикомъ убытки. Стороны и третьи лица могутъ игнорировать эти сдѣлки и продолжать отправлять тѣ же права, которыя они имѣли до и послѣ совершенія этихъ сдѣлокъ. И если какое-нибудь отчужденіе ничтожно, то кредиторы того, кто совершилъ это отчужденіе, могутъ искать удовлетворенія изъ отчужденной вещи, какъ бы акта отчужденія вовсе не произошло. Это значитъ, что ничтожностью сдѣлки вызываются послѣдствія не только обязательственнаго, но и вещнаго права.

Прежняя теорія требовала для установленія этихъ послѣдствій предъявленія со стороны заинтересованнаго лица особаго иска о ничтожности сдѣлки и особаго судебнаго рѣшенія на этотъ предметъ. Но новая теорія, къ которой примыкаетъ и нѣмецкое уложеніе, не отрицая возможности судебнаго установленія ничтожности сдѣлки на основаніи иска о признаніи такой ничтожности (это — одно изъ примѣненій такъ наз. Feststellungsklage, или иска о признаніи), не требуетъ болѣе предъявленія этого иска, за исключеніемъ того случая, когда дѣло идетъ о недѣйствительности брака. Заключеніе брака считается столь важнымъ актомъ, что нѣмецкое уложеніе, слѣдуя теоріи „общаго права“, не объявляетъ его ничтожнымъ до тѣхъ поръ, пока эта ничтожность не признана судомъ, и даже послѣ этого признанія сохраняетъ за бракомъ нѣкоторыя изъ его юридическихъ послѣдствій (§ 1699) [1]. Напротивъ, во Франціи заключеніе брака, не удовлетворяющее всѣмъ условіямъ своей дѣйствительности, послужило поводомъ къ установленію новой категоріи ничтожности актовъ, названной „несуществованіемъ акта“ (inexistence de l'acte, les actes non-existants) и примѣненной, прежде всего, къ тѣмъ случаямъ недѣйствительности браковъ, которые не были указаны въ законѣ и тѣмъ не менѣе представляли собой случаи недѣйствительности вслѣдствіе отсутствія необходимыхъ условій для заключенія брака: согласія на бракъ обѣихъ сторонъ, принадлежности ихъ не одному и тому же полу и совершенія брака въ порядкѣ, установленномъ для этого организаціей актовъ гражданскаго состоянія. Такого рода браки принимаются французской юриспруденціей не за ничтожные, а за „не существующіе“, не имѣющіе для права никакого значенія, игнорируемые имъ и не требующіе уничтоженія путемъ суда уже потому, что они юридически не существуютъ. То же представленіе распространяютъ теперь во Франціи на всѣ акты, которымъ недостаетъ одного изъ необходимыхъ условій для ихъ существованія, напр., наличности воли для всѣхъ сдѣлокъ или означенія

[1]) Crome, стр. 346, прим. 4.

цѣны для договора купли-продажи, тогда какъ „ничтожными актами“ (les actes nuls) считаютъ въ большинствѣ случаевъ только тѣ, которые, удовлетворяя необходимымъ условіямъ своего существованія, могутъ быть лишены юридической силы только по суду, и только потому, что на оспоримость ихъ указываетъ самъ законъ [1]). Надо, однако, замѣтить, что судебная практика во Франціи еще далека отъ единообразнаго рѣшенія всѣхъ принадлежащихъ сюда случаевъ, и мы можемъ утверждать только то, что, держась традицій римскаго права, своихъ старыхъ авторовъ и отчасти постановленій своего гражданскаго кодекса (art. 1117, 1339, 181, 183, 503 и др.), она несомнѣнно различаетъ ничтожность сдѣлки, наступающую ipso jure, въ силу закона (nullité de plein droit), отъ ея оспоримости (l'annulabilité, les actes annulables), устанавливаемой судебнымъ рѣшеніемъ. То же понятіе ничтожности акта въ силу закона (nullité de plein droit) она принимаетъ, какъ общее правило (droit commun), для всѣхъ случаевъ несоотвѣтствія этихъ актовъ требованіямъ закона, тогда какъ понятіе оспоримости актовъ примѣняется ею только къ случаямъ, прямо указаннымъ въ законѣ (art. 1117), откуда само собой слѣдуетъ, что различіе между такъ наз. „несуществующими“ и ничтожными ipso jure актами имѣетъ болѣе теоретическое, чѣмъ практическое значеніе: тѣ и другіе акты оказываются одинаково ничтожными на основаніи закона и независимо отъ ихъ признанія таковыми по суду [2]). Но изъ того, что ничтожность сдѣлки наступаетъ въ силу закона, не требуя ни предъявленія иска, ни судебнаго рѣшенія, не слѣдуетъ того, чтобы она не подавала никогда и повода къ судебному разбирательству. Если ничтожность сдѣлки возбуждаетъ сомнѣнія, и противъ нея подымается споръ, то судебное разбирательство дѣлается необходимымъ, такъ какъ никто не можетъ быть судьей въ своемъ дѣлѣ, и самоуправство не допускается теперь и при разрѣшеніи юридическихъ споровъ. Но роль судьи ограничена въ такихъ случаяхъ однимъ констатированіемъ ничтожности сдѣлки, которое нельзя смѣшивать съ постановленіемъ судебнаго рѣшенія.

Изъ общихъ признаковъ понятія ничтожности сдѣлокъ могутъ быть выведены слѣдующія послѣдствія. а) Ничтожность сдѣлки дѣйствуетъ непосредственно, т.-е. существуя съ момента ея заключенія, она ни на минуту не связываетъ свободы сторонъ: онѣ могутъ тотчасъ же по совершеніи ничтожнаго акта совершить новый актъ, какъ бы перваго вовсе не существовало. б) Всякій можетъ ссылаться на ничтожность сдѣлки, и если бы одна изъ участвующихъ въ ней сторонъ захотѣла воспользоваться ея предположенными юридическими послѣдствіями, то затронутое ими въ своихъ интересахъ третье лицо могло бы устранить отъ себя эти послѣдствія ссылкой на ничтожность акта, лишеннаго правомъ всякой юри-

[1]) Aubry et Rau, Cours de droit français, I, стр. 118 и слѣд.
[2]) Planiol, стр. 127—130. Capitant, ук. соч., стр. 289.

дической силы. Если, напр., кто-нибудь даритъ свое имущество съ нарушеніемъ установленной для даренія формы и, затѣмъ, продаетъ въ законной формѣ то же имущество другому лицу, то это послѣднее можетъ защищаться противъ претензій получившаго незаконный даръ простой ссылкой на незаконность и ничтожность этого дара. Отсюда видно, что ничтожный актъ ничтоженъ не только для тѣхъ, кто его совершаетъ, но и для третьихъ лицъ, и эту мысль выражаютъ обыкновенно тѣмъ, что говорятъ объ абсолютной ничтожности, означающей не что иное, какъ ничтожность акта для всѣхъ затрогиваемыхъ имъ третьихъ лицъ. в) Ничтожность сдѣлки не покрывается утвержденіемъ ея ни однимъ изъ заинтересованныхъ въ ней лицъ, и это само собой слѣдуетъ изъ того, что ничтожность сдѣлки дѣйствуетъ въ отношеніи къ третьимъ лицамъ. Никто не можетъ актомъ своей воли лишить другихъ принадлежащаго имъ права ссылаться на эту ничтожность [1]). Поэтому ничтожная сдѣлка остается таковой навсегда, и ея исправленіе возможно только путемъ заключенія новой сдѣлки, отвѣчающей требованіямъ закона.

Такова была точка зрѣнія древне-римскаго права, оставленная, однако, въ императорскую эпоху, когда послѣдующее утвержденіе и ничтожныхъ первоначально сдѣлокъ было допущено по соображеніямъ цѣлесообразности во многихъ отдѣльныхъ случаяхъ, и такова же, кажется, точка зрѣнія какъ французскаго кодекса, такъ и новаго нѣмецкаго уложенія. Оба отрицаютъ, въ принципѣ, послѣдующее утвержденіе ничтожныхъ сдѣлокъ, но въ отдѣльныхъ случаяхъ, напр., при сдѣлкахъ несовершеннолѣтнихъ или представителей, выходящихъ за предѣлы ихъ полномочія, допускаютъ такое утвержденіе по устраненіи основанія недѣйствительности сдѣлки, т.-е. несовершеннолѣтія въ первомъ случаѣ и отсутствія полномочія во второмъ,—или допускаютъ, по крайней мѣрѣ, то же утвержденіе въ обязательственныхъ отношеніяхъ участниковъ этихъ сдѣлокъ другъ къ другу [2]). Замѣтимъ еще, что французскій кодексъ считаетъ бракъ, въ который вступаетъ лицо, не достигшее брачнаго совершеннолѣтія, абсолютно-ничтожнымъ и, тѣмъ не менѣе, не только оставляетъ въ силѣ этотъ бракъ, но и запрещаетъ ссылаться на его недѣйствительность, если со времени достиженія однимъ или обоими супругами брачнаго совершеннолѣтія прошло болѣе 6 мѣсяцевъ, или за 6 мѣсяцевъ до того же совершеннолѣтія супруга зачала ребенка (art. 185). Подобныя же постановленія съ еще бо́льшимъ просторомъ для утвержденія недѣйствительнаго сначала брака мы находимъ и въ нѣмецкомъ уложеніи (§ 1324, 1325), которое принимаетъ, наравнѣ съ французскимъ кодексомъ, ничтожность сдѣлки за общее правило во всѣхъ случаяхъ отсутствія ея essentialia, и выдвигаетъ, между многими другими, слѣдующія основанія ничтож-

---

[1]) Planiol, стр. 130—131.

[2]) Biermann, стр. 197. Crome, стр. 356. Planiol, въ ук. м.

ности сдѣлокъ: 1) неспособность субъекта къ заключенію сдѣлки, 2) неспособность объекта къ гражданскому обладанію, 3) противорѣчіе „добрымъ нравамъ“, въ частности, ростовщическія сдѣлки, 4) запрещеніе закона.

Вслѣдствіе общаго значенія вопроса о ничтожности сдѣлокъ и заинтересованности въ немъ третьихъ лицъ, судья обсуждаетъ этотъ вопросъ, если только онъ можетъ быть освѣдомленъ о немъ, ex officio, т.-е. по должности и независимо отъ ссылки заинтересованныхъ лицъ на эту ничтожность. Поэтому и искъ, въ основаніи котораго лежитъ ничтожная сдѣлка, не можетъ вести никогда къ осужденію отвѣтчика, если даже этотъ послѣдній не является въ судъ и не защищается. Въ случаяхъ, когда ничтожность связывается только съ частью сдѣлки, прежняя теорія предлагала раздѣлять недѣйствительныя части сдѣлки отъ дѣйствительныхъ (utile per inutile non vitiatur), если такое раздѣленіе не противорѣчитъ намѣреніямъ сторонъ и требованіямъ закона. Нѣмецкое уложеніе удачно оборачиваетъ это правило, давая въ своемъ § 139 слѣдующее постановленіе: ничтожная часть сдѣлки влечетъ за собой ничтожность всей сдѣлки, если только нельзя принять, что стороны заключили бы ту же сдѣлку и безъ опорачивающей ее части. Все сводится, слѣдов., къ тому, насколько ничтожная часть сдѣлки существенна для ея цѣлаго состава, и этотъ вопросъ рѣшается на основаніи цѣли сдѣлки и сопровождающихъ ея заключеніе обстоятельствъ [1]).

Но если, противорѣча требованіямъ закона по одному роду сдѣлокъ, данная сдѣлка удовлетворяетъ требованіямъ его по другому роду сдѣлокъ, и признаніе ея дѣйствительности, въ качествѣ сдѣлки этого другого рода, соотвѣтствуетъ волѣ ея участниковъ, то такое признаніе можетъ быть сдѣлано судомъ; напр., ничтожный вексель можетъ быть признанъ дѣйствительной долговой росписки, ничтожный узуфруктъ — дѣйствительной арендой и т. д. Это — такъ наз., „конверсія“, или превращеніе недѣйствительной сдѣлки въ дѣйствительную, допускаемое только въ тѣхъ случаяхъ, когда обстоятельства дѣла позволяютъ думать, что стороны, если бы онѣ знали о недѣйствительности заключенной ими сдѣлки, то были бы готовы совершить и ту сдѣлку, въ которую можетъ быть превращенъ совершонный ими недѣйствительный актъ. Поэтому мы имѣемъ здѣсь явленіе, подобное аналогіи права и закона, не основанное на волѣ сторонъ, но соображенное съ ихъ волей. Насколько возможна такая конверсія, это рѣшается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судомъ по обсужденіи всѣхъ обстоятельствъ дѣла, и рѣшеніе этого вопроса въ утвердительномъ смыслѣ облегчается, если не единствомъ, то сходствомъ обоихъ видовъ сдѣлокъ по ихъ цѣли и послѣдствіямъ. Въ случаяхъ сомнѣнія можно всегда допустить, что стороны желаютъ скорѣе цѣли, чѣмъ даннаго средства для ея достиженія, и что онѣ предпочли бы

[1]) Dernburg, Das bürgerl. R., I, стр 355—6.

даже частичное достиженіе цѣли ея полному крушенію. Поэтому же конверсія не допускается противъ воли сторонъ, равно какъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствительная съ самого начала сдѣлка, теряя свою силу, какъ сдѣлка извѣстнаго типа, могла бы сохранить эту силу, какъ сдѣлка другого типа, напр., конверсія векселя, потерявшаго свою силу вслѣдствіе давности, въ долговую росписку, остающуюся въ силѣ благодаря болѣе продолжительному сроку давности [2]).

4. Оспоримость есть недѣйствительность сдѣлки особаго рода и меньшей силы, чѣмъ ея ничтожность. Она наступаетъ не ipso jure, какъ эта послѣдняя, а по судебному рѣшенію, постановляемому на основаніи ссылки участниковъ сдѣлки на такіе ея пороки, которые не вызываютъ сами собой недѣйствительности сдѣлки, но приводятъ къ ней только по требованію заинтересованныхъ сторонъ и состоявшемуся на этомъ основаніи судебному рѣшенію. Отсюда — слѣдующія различія этого рода недѣйствительности сдѣлки отъ ея ничтожности.

а) Оспоримость сдѣлки устанавливается въ интересѣ только извѣстныхъ категорій лицъ, ограничиваемыхъ французскимъ кодексомъ кругомъ недѣеспособныхъ и всѣхъ тѣхъ, кто вступаетъ въ сдѣлки подъ вліяніемъ ошибки, обмана и принужденія (Code civ., art 1109 и 1117). Поэтому и право на оспариваніе сдѣлки признается не за всѣми даже заинтересованными въ этомъ вопросѣ лицами, а только за указанными въ законѣ категоріями лицъ, непосредственно задѣтыхъ оспоримой сдѣлкой въ своей юридической сферѣ и могущихъ защититься отъ послѣдствій этой сдѣлки предъявленіемъ иска или возраженія объ ея недѣйствительности (action de nullité). Напр., несовершеннолѣтній продаетъ свое имѣніе безъ посредства опекуна или попечителя; онъ можетъ оспорить сдѣланное имъ отчужденіе. но продавецъ лишенъ этого права (art. 1125 Code civ.). Поэтому здѣсь и говорятъ часто объ относительной ничтожности сдѣлки, желая сказать этимъ не то, что оспоренная сдѣлка не дѣйствуетъ противъ третьихъ лицъ, а то, что она можетъ быть оспорена не всѣми, а только опредѣленными лицами, за которыми право это признано самимъ закономъ.

б) Оспоримость сдѣлки не дѣйствуетъ такъ непосредственно, какъ ея ничтожность, и до произнесенія судомъ оспоримой сдѣлки недѣйствительной, она остается въ такой же силѣ, какъ и сдѣлка, свободная отъ пороковъ. Но надъ ней поднятъ Дамокловъ мечъ недѣйствительности, и разъ эта недѣйствительность, по ссылкѣ на нее одной изъ сторонъ, признана судомъ, она производитъ тѣ же юридическія послѣдствія, что и ничтожность сдѣлки. Другими словами, оспоримая сдѣлка оказывается недѣйствительной съ самого начала своего возникновенія, и ея оспоренность производитъ то же обратное дѣйствіе и тѣ же послѣд-

[1]) Regelsberger, стр. 638.

ствія вещнаго права, которыя установлены для сдѣлокъ ничтожныхъ. Такъ, напр., если кто-нибудь сдѣлался собственникомъ земельнаго участка путемъ обманной записки его за собой въ ипотечныя книги, то предъявленіе спора объ этой запискѣ и признаніе судебнымъ рѣшеніемъ этого спора правильнымъ возвращаетъ потерпѣвшему отъ обмана собственность и погашаетъ всѣ пріобрѣтенія, сдѣланныя виновникомъ обмана за все время, когда онъ считался собственникомъ; если имъ совершены при этомъ отчужденіе, залогъ, или произведено обремененіе собственности какими-либо сервитутами, то всѣ эти права погашаются и для ихъ пріобрѣтателей, насколько они не покрываются добросовѣстнымъ владѣніемъ. Такимъ образомъ, обратное дѣйствіе оспоримости сдѣлокъ такъ же несомнѣнно, какъ и обратное дѣйствіе ихъ ничтожности.

в) Оспоримость сдѣлки, разъ она установлена въ интересѣ только опредѣленныхъ лицъ, покрывается всегда,—въ отличіе отъ ничтожности сдѣлки, гдѣ такое покрытіе представляется исключеніемъ,—утвержденіемъ оспоримой сдѣлки тѣми же лицами, которымъ предоставлено право на ея оспариваніе. Это утвержденіе оспоримой сдѣлки уничтожаетъ ея пороки, дѣлаетъ ее дѣйствительной для всѣхъ и сообщаетъ ей то же обратное дѣйствіе, которое мы сейчасъ констатировали при объявленіи оспоримой сдѣлки недѣйствительной. Иначе говоря, утвержденная сдѣлка считается, несмотря на свой первоначальный порокъ, дѣйствительной не только съ момента утвержденія, но и съ перваго момента заключенія.

г) Оспоримость сдѣлки покрывается также сравнительно короткими сроками давности, разсчитанными на возможно скорое устраненіе создаваемой ею неопредѣленности юридическихъ отношеній, о которыхъ во все теченіе этой оспоримости нельзя сказать, существуютъ они по праву, или нѣтъ [1]).

Такова французская доктрина оспоримости сдѣлокъ, усвоенная всей европейской юриспруденціей и большинствомъ новыхъ законодательствъ, въ числѣ которыхъ мы находимъ и нѣмецкое уложеніе, принимающее оспоримость сдѣлокъ въ техническомъ смыслѣ этого понятія только въ указанныхъ закономъ случаяхъ ошибки, обмана и принужденія при заключеніи сдѣлокъ, и замѣняющее традиціонное въ теоріи „общаго права“ различіе между послѣдствіями вещнаго и обязательственнаго права оспоримыхъ сдѣлокъ установленіемъ во всѣхъ случаяхъ этой оспоримости послѣдствій вещнаго права. Единственное крупное различіе между французской и нѣмецкой постановкой настоящаго вопроса состоитъ теперь въ томъ, что послѣдняя, расходясь здѣсь и съ теоріей „общаго права“, не настаиваетъ болѣе на предъявленіи иска, а довольствуется, за исключеніемъ случаевъ оспариванія брака и законности рожденія, простымъ заявленіемъ заинтересованной стороны объ оспоримости

[1]) Planiol, стр. 131—133.

нарушающей ея права сдѣлки,—заявленіемъ, которое должно удовлетворять правиламъ, предписаннымъ для такъ наз. „empfangsbedürftige Willenserklärungen", т.-е, волеизъявленій, требующихъ для своей дѣйствительности увѣдомленія другой стороны [1]).

Замѣтимъ еще, что право оспариванія сдѣлки предоставлено въ нѣкоторыхъ случаяхъ не только участвующимъ въ ней сторонамъ, но и третьимъ лицамъ, терпящимъ ущербъ отъ сдѣлки. Съ цѣлью устраненія этого ущерба и только въ его предѣлахъ, сдѣлка оспаривается третьимъ лицомъ, какъ кредиторомъ должника, когда этотъ послѣдній, отчуждая свое имущество, сокращаетъ кредитора въ его правѣ на удовлетвореніе изъ этого имущества. Этотъ случай имѣетъ мѣсто, прежде всего, при учрежденіи конкурса надъ должникомъ, если онъ уменьшаетъ своими сдѣлками имущество конкурсной массы: органу этой послѣдней предоставлено оспаривать такія сдѣлки съ цѣлью вернуть въ конкурсную массу отчужденное въ стороннія руки имущество, насколько оно необходимо для покрытія всѣхъ предъявленныхъ къ этой массѣ претензій. Затѣмъ, то же право оспариванія сдѣлокъ должника,—въ предѣлахъ наносимаго ими ущерба и съ тѣми же послѣдствіями вещнаго права, которыми сопровождается теперь всякое оспариваніе сдѣлки,—признано за его кредиторами и внѣ конкурснаго производства (actio Pauliana), что̀ можетъ быть вполнѣ объяснено только въ спеціальныхъ ученіяхъ обязательственнаго и торговаго права. Не лишнимъ будетъ замѣтить здѣсь только то, что въ указанныхъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло не съ недѣйствительностью, а лишь съ обезсиленіемъ сдѣлки, и, притомъ съ относительнымъ обезсиленіемъ, которое дѣйствуетъ исключительно въ отношеніи къ конкурснымъ и стоящимъ внѣ конкурса кредиторамъ, но не затрагиваетъ дѣйствительности оспоренной сдѣлки въ отношеніи къ третьимъ лицамъ [2]).

Иногда говорятъ, что оспоримая сдѣлка одновременно дѣйствительна и ничтожна. Но этотъ оборотъ рѣчи противорѣчитъ логикѣ, которая не допускаетъ для одного и того же предмета двухъ взаимно исключающихъ опредѣленій. Правильно было бы сказать, что оспоримая сдѣлка есть одновременно условно-дѣйствительная и условно-ничтожная сдѣлка. Соотвѣтствующее ей юридическое состояніе остается неопредѣленнымъ и нерѣшеннымъ до наступленія условія, которое ставится, однако, не участниками сдѣлки, а закономъ. Сдѣлка дѣйствительна, если ее не оспорятъ, и ничтожна, если она оспорена. Первое изъ этихъ условій наступаетъ съ утвержденіемъ оспоримой сдѣлки, которое, т.-е. это утвержденіе, можетъ послѣдовать различными способами: утвержденіемъ стороны, которая могла бы ее оспорить, одобреніемъ третьяго лица, безъ

---

[1]) Crome, стр. 348—9. Biermann, стр. 190—191.

[2]) Crome, стр. 352—4.

котораго сдѣлка была бы недѣйствительна, исполненіемъ сдѣлки, отреченіемъ отъ спора, или непредъявленіемъ такого спора, въ теченіе срока давности. Второе условіе наступаетъ съ предъявленіемъ спора объ оспоримости сдѣлки, которымъ не столько вызывается, сколько раскрывается недѣйствительность оспоримой сдѣлки: иначе нельзя было бы объяснить того, что эта сдѣлка объявляется недѣйствительной съ самаго начала своего возникновенія и сопровождается въ этомъ случаѣ тѣми же послѣдствіями, что̀ и сдѣлка ничтожная въ̀ собственномъ смыслѣ этого слова.

5. Въ нашемъ законѣ нигдѣ не выражено прямо различія между ничтожностью и оспоримостью сдѣлокъ, и терминологія его по настоящему вопросу чрезвычайно шатка (ср., напр., ст. 1529, 2014 и 2019 X т.). Но изъ разсмотрѣнія упоминаемыхъ имъ случаевъ недѣйствительности сдѣлокъ можно, кажется, заключить, что это различіе не чуждо и нашему праву. Съ одной стороны, мы имѣемъ ст. 571, 1528, 1529 X т. I ч., ст. 90 Полож. о нотаріальной части, ст. 707 Уст. гражд. судопр. и др., которыя не допускаютъ договоровъ и актовъ, противныхъ закону, общественному порядку и доброй нравственности, независимо отъ признанія такихъ договоровъ недѣйствительными судомъ, и этимъ самымъ даютъ намъ категорію абсолютной недѣйствительности или ничтожности. Съ другой стороны, ст. 4 и 706 Уст. гражд. суд. настаиваютъ на возбужденіи гражданскихъ споровъ по частнымъ жалобамъ и исключаютъ возбужденіе судомъ и вопроса о давности, если стороны не ссылаются на нее, а ст. 219, 703, 2014, 2019, 2334 и др. X т. говорятъ о недѣйствительности сдѣлокъ, предполагая установленіе ея по суду, и не иначе, какъ по заявленіи о томъ заинтересованныхъ сторонъ. Это—понятіе относительной недѣйствительности, или оспоримости.

Но содержатъ-ли наши законы въ себѣ какой-нибудь критерій для разграниченія области примѣненія той и другой недѣйствительности сдѣлокъ? При многочисленности случаевъ недѣйствительности сдѣлокъ и неопредѣленности относящихся къ нимъ постановленій нашего законодательства, этотъ вопросъ представляетъ капитальную важность, и большинство нашихъ юристовъ думаетъ, что въ случаяхъ сомнѣнія не остается ничего, какъ принять за такой критерій начало, выставленное нашей сенатской практикой для недѣйствительности договоровъ. По мнѣнію же Сената основанія недѣйствительности договоровъ могутъ лежать, по нашему праву, или въ частномъ интересѣ участвующихъ въ нихъ лицъ, или въ интересѣ публичномъ. Какъ примѣры недѣйствительности послѣдняго рода указываются случаи недѣйствительности договоровъ, перечисленные въ ст. 1529 X т., гдѣ договоръ подлежитъ уничтоженію въ интересахъ благочинія и общественнаго порядка, и, притомъ—уничтоженію судомъ, ex officio и независимо отъ ссылки на это тяжущихся сторонъ. Недѣйствительность здѣсь безусловная

исключающая возможность возникновенія изъ подобныхъ сдѣлокъ какихъ бы то ни было правъ и обязанностей. Напротивъ, недѣйствительность сдѣлокъ, нарушающихъ частные интересы участвующихъ въ нихъ лицъ, будетъ условной, относительной, и можетъ быть признана только по требованію или иску заинтересованной стороны. Ограниченія правоспособности, основанныя на иностранномъ подданствѣ, вѣроисповѣданіи, недостаткѣ образованія, лишеніи правъ состоянія и т. д., установлены въ интересѣ государственномъ, и поэтому нарушеніе ихъ ведетъ къ ничтожности сдѣлки. Сюда же причисляются и ограниченія правоспособности, условленныя служебнымъ положеніемъ, занятіями, а также—поломъ, бракомъ, родствомъ, свойствомъ и усыновленіемъ. Впрочемъ, въ ограниченіяхъ послѣдняго рода усматривается въ нѣкоторыхъ случаяхъ участіе и частнаго интереса, почему духовныя завѣщанія, напр., нарушающія ограниченія, основанныя на родствѣ, принадлежности къ тому или другому полу и пр., признаются только оспоримыми. Ограниченія дѣеспособности малолѣтнихъ, безумныхъ, расточительныхъ и др. установлены въ интересѣ самихъ ограниченныхъ въ ихъ дѣеспособности лицъ, и потому нарушеніе принадлежащихъ сюда постановленій закона влечетъ за собой не ничтожность, а оспоримость сдѣлки. По тѣмъ же соображеніямъ нормы, установленныя въ интересѣ лицъ, терпящихъ отъ принужденія, обмана или ошибки, вызываютъ, при своемъ нарушеніи, только оспоримость сдѣлки со стороны заинтересованнаго лица. То же признано нашимъ Сенатомъ и въ отношеніи къ симулятивнымъ, или притворнымъ сдѣлкамъ, и то же шаткое различіе между нормами, основанными на публичномъ и частномъ интересѣ, примѣняется какъ Сенатомъ, такъ и большинствомъ нашихъ юристовъ и къ сдѣлкамъ, погрѣшающимъ противъ формы и прочихъ условій ихъ дѣйствительности.

Частичная недѣйствительность сдѣлокъ обсуждается нашей практикой согласно приведенному выше принципу: если часть сдѣлки, нарушающая требованія закона, не имѣетъ существеннаго значенія и не связана слишкомъ тѣсно съ другими частями сдѣлки, то недѣйствительность ея не служитъ основаніемъ для недѣйствительности всей сдѣлки; въ противномъ случаѣ—сдѣлка поражается недѣйствительностью во всемъ своемъ составѣ. Такъ, напр., если завѣщаніе сдѣлано въ родовомъ и благопріобрѣтенномъ имуществѣ, и оно нарушаетъ законъ только въ тѣхъ своихъ частяхъ, которыя содержатъ въ себѣ распоряженія о родовомъ имуществѣ, то эти части завѣщанія признаются недѣйствительными; тѣ же части, въ которыхъ идетъ дѣло объ имуществѣ благопріобрѣтенномъ, остаются въ силѣ (ст. 1029 X т.).

Дѣйствительность сдѣлки обсуждается вообще по моменту ея совершенія, и сдѣлка признается недѣйствительной по соображеніи обстоятельствъ, имѣющихъ мѣсто именно въ этотъ моментъ. Привходящія впослѣдствіи обстоятельства не опорочиваютъ, по общему правилу, сдѣлки,

удовлетворяющей въ моментъ своего совершенія законнымъ требованіямъ. Иначе пришлось бы признать, что составленныя законно завѣщанія и договоры, условленные какимъ-нибудь событіемъ, имѣющимъ наступить въ будущемъ, были бы недѣйствительны, если бы завѣщатель потерялъ впослѣдствіи дѣеспособность, или то же несчастье постигло обязанное по договору лицо и по наступленіи условливающаго его обязательство событія. Нашъ законъ молчитъ по этому вопросу, но въ нашей юридической литературѣ принято ссылаться въ этомъ случаѣ на ст. 1017 X т., которая объявляетъ недѣйствительными завѣщанія сумасшедшихъ и безумныхъ, если они совершены во время помѣшательства. Отсюда дѣлается заключеніе о дѣйствительности составленныхъ не въ этотъ моментъ завѣщаній, не взирая и на могущее послѣдовать затѣмъ сумасшествіе [1]).

Въ нашемъ законѣ нѣтъ указаній и на положеніе сдѣлки послѣ устраненія основанія ея недѣйствительности. Дѣлается-ли она въ этомъ случаѣ дѣйствительной, или нѣтъ? Косвенное отрицаніе ея дѣйствительности можно почерпнуть изъ ст. 222 X т., освобождающей несовершеннолѣтнихъ отъ отвѣтственности по заключеннымъ ими безъ согласія опекуна обязательствамъ какъ во время малолѣтства, такъ и по достиженіи совершеннолѣтія.

Наконецъ, къ конверсіи, или превращенію сдѣлокъ, могутъ быть отнесены въ нашемъ X т. ст. 991 и 2014. Первая изъ нихъ предписываетъ считать духовныя завѣщанія, которыми имѣніе при жизни владѣльца укрѣпляется за другимъ лицомъ, дарственными записями, а дарственныя записи, по которымъ имущество должно поступить во владѣніе другого послѣ смерти дарителя—завѣщаніями. Вторая изъ указанныхъ статей принимаетъ поклажу за заемъ, съ нѣкоторыми невыгодными для заимодавца послѣдствіями, если при производствѣ дѣла о возвратѣ отданнаго на сохраненіе имущества обнаружится, что актъ поклажи былъ выданъ вмѣсто заемнаго обязательства. Изъ этихъ статей, равно какъ и относящейся къ нимъ сенатской практики, можно вывести, что принципъ конверсіи сдѣлокъ признанъ и нашимъ законодательствомъ — по крайней мѣрѣ, настолько, насколько превращаемая и превращенная сдѣлки одинаково законномѣрны, имѣютъ опредѣленныя наименованія въ законѣ, и превращеніе одной изъ нихъ въ другую не прикрываетъ собой противорѣчія законнымъ запретамъ.

---

[1]) Анненковъ, Система, I, стр. 482—520.

11. Предвареніе, исправленіе и утвержденіе юридическихъ сдѣлокъ; предварительное и одновременное съ совершеніемъ сдѣлки согласіе на нее третьихъ лицъ.

Мы видѣли, что начальнымъ стадіямъ развитія права, при господствѣ грубаго формализма, соотвѣтствуетъ требованіе наличности въ одинъ и тотъ же моментъ, и именно въ моментъ совершенія сдѣлки, всей совокупности существенныхъ условій ея состава [1]). Іерингъ называетъ это требованіе началомъ „одновременности фактическаго состава сдѣлки“ („Simultaneität des Thatbestandes“) и показываетъ его осуществленіе въ древнемъ римскомъ правѣ, не допускавшемъ ни послѣдовательнаго возникновенія сдѣлки, ни возможности какихъ бы то ни было позднѣйшихъ дополненій къ ея первоначально неполному составу: то, что казалось съ самаго начала недостаточнымъ, оставалось таковымъ навсегда, мертворожденное не могло быть вызвано къ жизни. Но уже классическое римское право отступило отъ этого узкаго взгляда на условія дѣйствительности сдѣлки и признало возможнымъ предвареніе (антиципацію) ея будущаго состава при послѣдующемъ присоединеніи къ нему другихъ существенныхъ частей этого состава. Это было особенно важно для развитія реальнаго кредита, который осуществлялся сдѣлкой о залогѣ, приходившей къ совершенію еще въ тотъ моментъ, когда не было налицо ни одного изъ существенныхъ условій залогового права. „Несмотря на отсутствіе въ этотъ моментъ и обязательства, и предмета залогового права, и собственности въ лицѣ залогодателя, залоговая сдѣлка считалась дѣйствительной, какъ абстрактный актъ, какъ юридическая сдѣлка in blanco“. Съ допущеніемъ же предваренія будущей сдѣлки дѣлались само собой допустимыми и исправленіе сдѣлки (convalescentia), и ея утвержденіе (ratihabitio): „эти три понятія тѣсно связаны между собой, будучи основаны на одной и той же идеѣ послѣдовательнаго образованія сдѣлки“ [2]).

1. Исправленіе сдѣлки (convalescentia) есть вступленіе ея въ силу не на основаніи направленнаго на это акта воли заинтересованной въ ней стороны, а на основаніи одного изъ двухъ чисто объективныхъ событій: присоединенія къ составу сдѣлки какого-либо изъ отсутствовавшихъ при ея заключеніи моментовъ ея существеннаго состава или такого же объективнаго отпаденія какого-либо изъ лежавшихъ на ея пути препятствій. Напр., A, не обладая собственностью на вещь, устанавливаетъ въ ней сервитутъ или залогъ; затѣмъ онъ пріобрѣтаетъ собствен-

[1]) См. выше, стр. 631.

[2]) Ihering, Geist, IV, § 53, 54.

ность на эту вещь, хотя бы и безъ всякаго отношенія къ заключеннымъ имъ сдѣлкамъ; эти послѣднія, лишенныя до того всякой силы, въ виду отсутствія въ лицѣ А собственности на вещь, получаютъ полную силу съ пріобрѣтеніемъ А этой собственности.

Не надо только думать, чтобы всякое устраненіе первоначальнаго порока сдѣлки вызывало ея исправленіе, и чтобы такое исправленіе было общимъ правиломъ для всѣхъ недѣйствительныхъ при своемъ заключеніи сдѣлокъ. Общее правило гласитъ, напротивъ, такъ: послѣдующее исправленіе порока сдѣлки не снимаетъ съ нея ни первоначальной ничтожности, ни оспоримости. Иначе мы были бы вынуждены признать полную силу за сдѣлками, заключенными сумасшедшими и другими недѣеспособными лицами, если только они выздоравливаютъ или пріобрѣтаютъ иными способами свою дѣеспособность. Точно также намъ пришлось бы примириться и съ подстановкой подъ всѣ договоры парадоксальной оговорки: rebus sic stantibus, т.-е. допустить обязательность договоровъ только въ условіяхъ, дѣйствующихъ при ихъ заключеніи и оправдывающихъ при своемъ измѣненіи отступленіе отъ принятыхъ обязательствъ. Это дало бы возможность покупщику не принимать купленныхъ вещей при всякомъ пониженіи цѣнъ на эти вещи, а продавцу—не выдавать проданнаго товара при повышеніи цѣнъ на него, и нѣчего говорить, что послѣдствія такого порядка вещей оказались бы столь же вредными для гражданскаго оборота, какъ и допущеніе въ принципѣ послѣдующаго исправленія всѣхъ недѣйствительныхъ первоначально сдѣлокъ. Вотъ почему это исправленіе и слѣдуетъ понимать не какъ правило, основанное на какомъ-либо принципѣ, а какъ цѣлесообразное, приспособленное къ даннымъ условіямъ и опредѣленно указанное самимъ положительнымъ законодательствомъ исправленіе только нѣкоторыхъ недѣйствительныхъ сдѣлокъ, въ смыслѣ признанія ихъ дѣйствительности и независимо отъ воли обѣихъ участвующихъ въ нихъ сторонъ [1]).

2. Предвареніе, или антиципація сдѣлки есть то же исправленіе сдѣлки, предусмотрѣнное только при ея заключеніи, какъ это происходитъ, напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда кто-нибудь, распоряжаясь непринадлежащей ему вещью, имѣетъ съ самаго начала намѣреніе пріобрѣсти собственность на эту вещь, и, пріобрѣтая ее, исправляетъ этимъ самымъ заключенныя ранѣе сдѣлки, которыя предполагали эту собственность и безъ нея были лишены всякой силы.

3. Утвержденіе сдѣлки есть также послѣдующее исправленіе ея, но такое послѣдующее исправленіе, которое дѣлается путемъ спеціально направленнаго на это акта частной воли, устраняющаго тотъ порокъ сдѣлки, который дѣлалъ ее до такого исправленія ничтожной или оспоримой. При подобномъ исправленіи пороковъ сдѣлки возможны два случая:

---

[1]) Regelsberger, стр. 636—9.

а) заключеніе новой сдѣлки съ тѣмъ же содержаніемъ, что̀ и прежняя, но безъ того порока, который дѣлалъ ее прежде недѣйствительной, и нѣмецкое уложеніе называетъ утвержденіемъ (Bestätigung, § 141) именно этотъ случай, хотя въ дѣйствительности мы имѣемъ здѣсь новую сдѣлку, дѣйствіе которой начинается только съ момента ея обновленія; б) утвержденіе прежней сдѣлки съ пріуроченіемъ ея юридическихъ послѣдствій къ начальному моменту ея возникновенія, когда она не была еще дѣйствительна.

Только послѣдній случай представляетъ собой настоящее утвержденіе, утвержденіе въ юридическомъ смыслѣ (ratihabitio) продолжающей жить старой сдѣлки, а не то созданіе новаго акта, которое мы находимъ въ первомъ случаѣ. Поэтому настоящее утвержденіе (ratihabitio) не нуждается и въ формѣ, предписанной для утверждаемой сдѣлки, и вообще можетъ быть дано въ любой формѣ, даже молчаливо и черезъ конклюдентныя дѣйствія, лишь бы эта форма выражала волю считать утвержденную сдѣлку дѣйствительной съ самаго момента ея заключенія. Это значитъ не то, что послѣдствія утвержденной сдѣлки не могутъ быть пріурочены и къ моменту ея утвержденія, если это ясно выражено въ утверждающемъ ее актѣ, а то, что во всѣхъ случаяхъ сомнѣнія утвержденіе сдѣлки толкуется именно такъ, какъ бы оно восходило къ моменту заключенія сдѣлки. Такое дѣйствіе утвержденія называютъ его обратнымъ дѣйствіемъ, которое мы разъясняли уже нѣсколько разъ, и котораго условіями въ данномъ примѣненіи являются: а) знаніе утверждающаго сдѣлку о тяготѣющемъ на ней порокѣ, и б) отсутствіе этого порока въ моментъ утвержданія сдѣлки (напр., сдѣлка, совершонная подъ вліяніемъ принужденія, не можетъ быть утверждена прежде, чѣмъ это принужденіе не будетъ устранено, или сдѣлка недѣеспособнаго не можетъ быть утверждена имъ ранѣе, чѣмъ онъ не получитъ полной дѣеспособности, и т. д.).

Надо, однако, отличать дѣйствіе утвержденія при оспоримыхъ и ничтожныхъ сдѣлкахъ. Тамъ оно равносильно отреченію со стороны утверждающаго сдѣлку отъ права оспаривать ее, почему эта сдѣлка и превращается актомъ утвержденія изъ оспоримой въ безспорную, дѣйствующую въ отношеніи къ своимъ участникамъ и третьимъ лицамъ такъ, какъ бы она никогда не была поражена никакимъ порокомъ. Здѣсь, напротивъ, утвержденіе вызываетъ къ жизни, какъ мы уже указывали на это, только немногія сдѣлки, и только въ смыслѣ послѣдствій обязательственнаго, но не вещнаго права (§ 141 abs. 2 нѣмецкаго уложенія).

Во всякомъ случаѣ, ни утвержденіе ничтожной, ни утвержденіе оспоримой сдѣлки, не затрогиваетъ правъ третьихъ лицъ, пріобрѣтенныхъ до этихъ утвержденій въ разсчетѣ на недѣйствительность тѣхъ сдѣлокъ, которыхъ эти же утвержденія касаются. Напр., несовершеннолѣтній отчуждаетъ землю, нарушая предписанныя на этотъ случай тре-

бованія закона; по достиженіи совершеннолѣтія онъ совершаетъ то же отчужденіе въ законныхъ формахъ, и уже послѣ этого утверждаетъ первое отчужденіе: это утвержденіе останется безъ вліянія на предшествующее ему законное пріобрѣтеніе по второму отчужденію.

Слѣдуетъ еще замѣтить, что утвержденіе сдѣлки можетъ исходить не только отъ ея участниковъ, но и отъ третьихъ лицъ, какъ мы видимъ это, напр., при утвержденіи собственникомъ сдѣлки, заключенной помимо его участія на предметъ принадлежащей ему собственности, или въ случаѣ такъ наз. представительной negotiorum gestio, т.-е. неуполномоченной дѣятельности одного лица въ интересѣ и отъ имени другого; обратное дѣйствіе утвержденія выражается здѣсь положеніемъ: ratihabitio mandato comparatur, т.-е. утвержденіе приравнивается къ порученію или полномочію. Такое утвержденіе третьими лицами сдѣлокъ, которыя не могутъ быть признаны дѣйствительными безъ выраженія согласія на нихъ этихъ третьихъ лицъ, нѣмецкое уложеніе означаетъ теперь терминомъ „одобреніе“ (Genehmigung) и связываетъ съ нимъ, въ общемъ, тѣ же послѣдствія, что̀ и съ другими формами утвержденія.

4. Предварительное и одновременное съ заключеніемъ сдѣлки согласіе на нее третьихъ лицъ мы имѣемъ: первое—въ случаяхъ впередъ даваемаго согласія на совершеніе сдѣлокъ, требующихъ такого согласія (напр., сдѣлки, совершаемыя по полномочію); второе—въ случаяхъ сдѣлокъ, обусловленныхъ въ своей дѣйствительности участіемъ въ нихъ третьихъ лицъ, въ качествѣ, какъ бы, добавочной стороны, волеизъявленіе которой должно привзойти къ волеизъявленію главной стороны для того, чтобы это послѣднее могло быть признано дѣйствительнымъ. Сюда принадлежатъ два важныхъ класса сдѣлокъ: во-1) сдѣлки, совершаемыя лицами, не обладающими полнотой дѣеспособности и нуждающимися поэтому въ дополненіи своихъ волеизъязвленій согласіемъ на нихъ третьяго лица или добавочной стороны, которой является здѣсь опекунъ или попечитель; во-2) сдѣлки, по предмету которыхъ главная сторона не имѣетъ достаточнаго права распоряженія и тоже нуждается въ согласіи третьяго лица на отправленіе этого права. Подробности дѣйствующихъ здѣсь правилъ различаются по отдѣльнымъ юридическимъ отношеніямъ и излагаются въ спеціальной части гражданскаго права.

12. Пороки воли и волеизъявленія.

Мы говорили выше, что понятіе юридической сдѣлки слагается изъ двухъ элементовъ: субъективнаго, состоящаго въ сознательномъ волевомъ актѣ, какъ источникѣ волеизъявленія, и объективнаго, состоящаго въ актѣ самаго волеизъявленія. Отсюда уже слѣдовало, что для существо-

ванія юридической сдѣлки логически необходимы оба указанныхъ элемента, или, лучше сказать, единство этихъ элементовъ — совершенно такъ же, какъ для существованія закона необходимы воля законодателя и оглашеніе, или публикація этой воли. Но право не создается соображеніями чисто логическаго порядка: задачи его лежатъ въ удовлетвореніи потребностямъ гражданскаго оборота, а не потребностямъ логическаго мышленія съ соотвѣтствующей ему системой понятій. Поэтому и этношеніе между волей и волеизъявленіемъ въ юридической сдѣлкѣ можетъ быть регулировано весьма различными положеніями права. Одинаково мыслимы двѣ крайнія системы этого регулированія. Во-1), мыслимо регулированіе, основанное исключительно на объективной сторонѣ сдѣлки, т.-е. на волеизъявленіи. Въ этой системѣ волеизъявленіе и его послѣдствія обсуждаются не въ томъ смыслѣ, въ какомъ они соотвѣтствовали бы субъективно волѣ того, отъ кого они исходятъ, а въ смыслѣ, объективно воспринимаемомъ другой стороной и такъ же объективно опредѣляемомъ закономъ и воззрѣніями гражданскаго оборота, въ ихъ судебномъ выраженіи. Такая система регулированія сдѣлокъ была господствующей, какъ это намъ уже извѣстно, въ древне-римскомъ и древне-германскомъ правѣ, гдѣ каждый связывался, какъ въ тискахъ, своимъ „словомъ“ и отвѣчалъ безъ малѣйшей пощады къ себѣ въ томъ именно смыслѣ, въ какомъ это слово, въ своемъ объективно-принятомъ значеніи, должно было быть понято другой стороной; уклоняющаяся отъ этого значенія воля не принималась въ соображеніе. Соотвѣтствіе этой системы потребностямъ гражданскаго оборота—чисто внѣшнее, и какъ буквальное толкованіе закона, такъ и буквальное слѣдованіе однимъ словамъ юридическихъ сдѣлокъ ведетъ къ недопустимымъ въ жизни послѣдствіямъ. Во-2), мыслима и противоположная, чисто-субъективная система, которая принимаетъ въ разсчетъ одну волю и понимаетъ волеизъявленіе лишь какъ средство къ ея распознанію. Тутъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ требовалось бы изслѣдованіе того, покрывается-ли, и насколько покрывается субъективное содержаніе данной воли соотвѣтствующимъ ему объективнымъ волеизъявленіемъ, и это послѣднее не имѣло бы никакого значенія, если бы оно расходилось съ субъективнымъ содержаніемъ воли.

Вотъ точка зрѣнія, которая была бы, можетъ быть, правильна, если бы мы имѣли дѣло съ психологической проблемой. Но право не можетъ опираться на внутренніе процессы душевнаго міра человѣка. Оно есть, прежде всего, порядокъ внѣшнихъ отношеній людей другъ къ другу и уже поэтому должно придерживаться не столько того, что заключено внутри каждаго индивида, сколько того, что выражается имъ во внѣ. Упуская изъ виду это соображеніе, мы поставили бы право въ неразрѣшимое противорѣчіе съ его же задачами и потребностями гражданскаго оборота. Это противорѣчіе не было замѣчено, къ сожалѣнію, ни теоріей „общаго права“ въ Германіи, ни Савиньи, Виндшейдомъ и другими крупными

представителями такъ наз. „теоріи воли“ въ ученіи о юридическихъ сдѣлкахъ, ни первымъ проектомъ къ нѣмецкому уложенію, усвоившимъ себѣ съ нѣкоторыми смягченіями въ отдѣльныхъ случаяхъ ту же „теорію воли“.

Несомнѣнно правильнѣе слѣдуетъ признать точку зрѣнія второго проекта къ этому уложенію, принятую его окончательной редакціей и порывающую какъ съ „теоріей волеизъявленія“, проведенной до ея крайнихъ послѣдствій, такъ и съ „теоріей воли“, съ ея болѣе схоластическими, чѣмъ научными узорами. Эта точка зрѣнія—чисто практическая, и она не заключаетъ въ себѣ общаго и однообразнаго рѣшенія для всѣхъ случаевъ противорѣчія между волей и ея проявленіемъ. Съ одной стороны, нѣмецкое уложеніе отвергаетъ буквальное толкованіе волеизъявленія и требуетъ установленія „дѣйствительной воли“ участниковъ сдѣлки (§ 133). Этимъ самымъ оно осуждаетъ теорію исключительно внѣшняго и словеснаго волеизъявленія. Съ другой стороны, выраженная во внѣ воля остается здѣсь ближайшимъ и рѣшающимъ средствомъ для распознанія и внутреннихъ моментобъ этой воли—по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока всѣ другія обстоятельства дѣла не раскроютъ ея уклоненія отъ дѣйствительной воли. Но и въ такихъ случаяхъ выраженная воля теряетъ свое юридическое значеніе не во всѣхъ, а лишь въ извѣстныхъ условіяхъ и границахъ, опредѣляемыхъ различно для различныхъ юридическихъ отношеній и,-во всякомъ случаѣ, не освобождающихъ автора и недѣйствительнаго волеизъявленія отъ отвѣтственности за такъ наз. „отрицательные убытки“, т.-е. тѣ убытки, которые понесла противная сторона, положившись на дѣйствительность этого волеизъявленія (§ 122).

Такимъ образомъ, нѣмецкое уложеніе разрѣшаетъ разсматриваемую нами проблему, исходя изъ соображеній цѣлесообразности, комбинируя различные принципы и становясь на точку зрѣнія интересовъ какъ участниковъ сдѣлки, такъ и гражданскаго оборота [1]). И оно достигаетъ своей цѣли, проводя въ своихъ нормахъ уже указанное нами двойное различіе: во-1) различіе ничтожности и оспоримости сдѣлокъ, въ соотвѣтствіи съ различіемъ ихъ пороковъ, и во-2) различіе сдѣлокъ „между живыми“ и на „случай смерти“, причемъ противорѣчіе между волей и волеизъявленіемъ въ сдѣлкахъ перваго рода, особенно интересующихъ гражданскій оборотъ, принимается въ болѣе ограниченномъ размѣрѣ, чѣмъ въ сдѣлкахъ второго рода, менѣе затрогивающихъ интересы оборота.

Мы обращаемъ вниманіе на регламентацію нѣмецкимъ уложеніемъ

[1]) Нѣкоторые комментаторы нѣмецкаго уложенія, напр., Cosack, Isay и др., навязываютъ ему исключительно „теорію волеизъявленія“, но Eck, стр. 131—2, Crome, стр. 412, Endemann, § 70, Biermann, стр. 232, и др. защищаютъ убѣдительными доводами приведенный въ текстѣ взглядъ.

настоящаго вопроса въ виду того, что она представляется намъ правильнымъ выходомъ изъ крайнихъ послѣдствій двухъ противостоящихъ здѣсь системъ. Въ основу этого выхода кладется принципъ: волеизъявленіе должно быть принимаемо за волю, пока несоотвѣтствіе между этими обоими элементами сдѣлки не доказано тѣмъ, кто его утверждаетъ. Этотъ принципъ избѣгаетъ ошибокъ обѣихъ указанныхъ системъ; онъ удобенъ и справедливъ, допуская противорѣчія между волей и ея изъявленіями, но не иначе, какъ въ извѣстныхъ условіяхъ. Въ чемъ же состоятъ эти противорѣчія, и въ какихъ условіяхъ имъ предоставлено вліять на юридическій составъ сдѣлокъ?

Противорѣчіе между волей и ея изъявленіемъ можетъ быть, прежде всего, сознательное и безсознательное.

1. Сознательное противорѣчіе между волей и ея изъявленіемъ предполагаетъ волю на данное волеизъявленіе, но исключаетъ связанныя съ нимъ юридическія послѣдствія. Оно создаетъ только внѣшнія условія сдѣлки, ея показные моменты, за которыми не стоитъ воли вызвать юридическія послѣдствія, соотвѣтствующія заключенной сдѣлкѣ, а такъ какъ направленіе воли на данныя юридическія послѣдствія составляетъ существенный признакъ юридической сдѣлки, то уже отсюда можно бы было заключить, что при сознательномъ противорѣчіи между волей и ея изъявленіемъ не должно быть рѣчи о дѣйствительной сдѣлкѣ. Но на дѣлѣ, по соображеніямъ цѣлесообразности, сдѣлки, основанныя на такомъ противорѣчіи, оставляются часто въ силѣ, а признанныя недѣйствительными причисляются въ однихъ случаяхъ къ разряду ничтожныхъ, въ другихъ—оспоримыхъ сдѣлокъ. Возможны слѣдующія комбинаціи фактовъ.

а) Внутренняя, т.-е. не высказанная при заключеніи сдѣлки оговорка о томъ, что лицо, дѣлающее то или другое волеизъявленіе, не хочетъ того, что оно высказываетъ, носитъ названіе reservatio mentalis. Сдѣлкѣ, заключенной съ такой внутренней оговоркой, недостаетъ ея необходимаго субъективнаго предположенія: согласія между волей и ея изъявленіемъ, и логически это должно бы было вести къ ея недѣйствительности. Но въ виду того, что такая недѣйствительность открывала бы широко двери всякого рода обманамъ и была бы противна какъ нравственнымъ соображеніямъ, такъ и интересамъ гражданскаго оборота, требующимъ одинаково честности и доброй совѣсти во всѣхъ сношеніяхъ людей другъ съ другомъ, уже римское право давало противъ ссылки на подобныя внутреннія оговорки такъ наз. replicatio doli generalis, т.-е. возраженіе, обезсиливавшее эту ссылку. Такъ же поступаетъ и французское, и нѣмецкое право, отказывая подобнымъ оговоркамъ во всякомъ юридическомъ значеніи, а обще-имперское уложеніе (§ 116), по примѣру практики „общаго права“, признаетъ ничтожность сдѣлки при такой оговоркѣ лишь въ томъ случаѣ, если эта послѣдняя извѣстна другой сторонѣ: иначе оказывалось бы покровительство молчаливымъ соглашеніямъ сторонъ объ обходѣ дѣлаемыхъ

ими волеизъявленій. Это соображеніе должно быть признано рѣшающимъ для сохраненія въ силѣ сдѣлокъ съ внутренней оговоркой, скрытой для другихъ участниковъ сдѣлки и третьихъ лицъ, такъ какъ подобныя оговорки преслѣдуютъ, по преимуществу, неблаговидныя цѣли. Если же возможно представить себѣ и такія тайныя оговорки, которыя будутъ вполнѣ нравственны, то и онѣ не измѣняютъ отношенія къ нимъ объективнаго права. Напр., если я дѣлаю лживое волеизъявленіе для того, чтобы успокоить больного, или принуждаю кого-либо къ сдѣлкѣ въ его собственномъ интересѣ, то факты лживаго волеизъявленія и принужденія остаются налицо, и я подвергаюсь послѣдствіямъ этихъ фактовъ, а не сопровождающей ихъ тайной оговорки. Дѣлать волеизъявленіе и не подвергаться его послѣдствіямъ было бы противорѣчіемъ правовому порядку, и какъ совершая наказуемое дѣйствіе, нельзя избѣгнуть наказанія, такъ и производя на свѣтъ дѣловое волеизъявленіе, нельзя разсчитывать на ненаступленіе его юридическихъ послѣдствій [1]).

Для иллюстраціи безразличнаго отношенія права къ reservatio mentalis можно привести еще слѣдующіе примѣры. Я пріобрѣтаю вещь въ нормальныхъ для купли-продажи условіяхъ и затѣмъ убѣдительно доказываю, что пріобрѣтеніе было мною совершено безъ нормальнаго для подобныхъ случаевъ намѣренія получить вещь въ собственность, а съ исключительной цѣлью раскрыть слѣды какого-нибудь преступленія. Или: я дѣлаю починъ подписки на памятникъ такому-то, увѣренный, что подписка никогда не достигнетъ указанной въ ней суммы, и что платить подписныхъ денегъ не придется. Подписка пошла, однако, удачно и достигла положеннаго предѣла. Мнѣ придется заплатить подписанную сумму, какъ и въ первомъ случаѣ — заплатить за купленную вещь [2]).

б) Шутка, т.-е. несерьезное волеизъявленіе, можетъ имѣть при заключеніи сдѣлки то же значеніе, что и разсмотрѣнная сейчасъ внутренняя оговорка. Это можетъ быть злая или дурная шутка, если она разсчитана на нанесеніе вреда и хочетъ вызвать представленіе, что дѣло идетъ о чемъ-то серьезномъ. Такого рода шутка, если она можетъ обмануть не только данное лицо, но и общія представленія гражданскаго оборота, не производитъ недѣйствительности сдѣлки, и злой шутникъ долженъ винить самого себя, разъ онъ попадается на словѣ. Иное дѣло — добросовѣстная шутка, когда тотъ, кто шутитъ, можетъ ожидать, что другая сторона пойметъ его шутку. Сдѣлка, заключенная въ такихъ условіяхъ, не можетъ не быть ничтожной, причемъ доказательство шутки лежитъ на ея авторѣ, а другой сторонѣ, если она могла не понять шутки, предоставляется искать такъ наз. отрицательные убытки,

---

[1]) Kohler, Lehrbuch des Bürg. Rechts. I, стр. 487—8; его-же—Ueber Mentalreservation und Simulation въ Jahrb. f. Dogm., XVI, стр. 91 и слѣд.

[2]) Дювернуа, Чтенія, стр. 737—9.

т.-е. все то, что она потеряла, понадѣявшись на заключеніе сдѣлки (§ 118 и 122 нѣм. улож.).

в) Волеизъявленія, дѣлаемыя нерѣдко въ виду рекламы, похвальбы, или въ пылу спора, если они не служатъ выраженіемъ серьезныхъ интересовъ и не вызываютъ въ этомъ отношеніи никакой иллюзіи, разсматриваются теперь нѣмецкими судами, какъ шуточныя волеизъявленія, и признаются ими необязательными. Было бы, кажется, правильнѣе считать такія волеизъявленія въ однихъ случаяхъ противными „добрымъ нравамъ", въ другихъ—основанными на ошибкѣ, когда они обѣщаютъ что-либо несбыточное или недостижимое, и отвергать ихъ дѣйствительность скорѣе на этихъ основаніяхъ, чѣмъ по причинѣ шутки, на которую они въ большинствѣ случаевъ не содержатъ въ себѣ и намека [1]).

г) Симулятивныя, или притворныя сдѣлки суть такія, которыя даютъ, съ согласія участвующихъ или заинтересованныхъ въ нихъ лицъ, только наружный видъ сдѣлки, не имѣя въ виду вызвать соотвѣтствующія ей юридическія послѣдствія. Это—по преимуществу, двустороннія сдѣлки, но такъ же притворной можетъ быть и одностороняя сдѣлка, если ея авторъ освѣдомляетъ о притворномъ характерѣ своего волеизъявленія то лицо, на юридическія отношенія котораго онъ хочетъ воздѣйствовать, и скрываетъ этотъ же недостатокъ своего волеизъявленія отъ всѣхъ третьихъ лицъ.

Отличіе притворныхъ сдѣлокъ отъ внутренней оговорки и шутки состоитъ въ томъ, что тамъ несерьезность волеизъявленія и нежеланіе подвергнуться его юридическимъ послѣдствіямъ или скрыты, или предполагаются извѣстными, тогда какъ здѣсь обѣ стороны согласны съ самаго начала на то, что онѣ заключаютъ сдѣлку, не соотвѣтствующую ихъ намѣреніямъ, и впередъ исключаютъ изъ нея всѣ только наружно предполагаемыя ими юридическія послѣдствія. Цѣль, преслѣдуемая участниками такихъ сдѣлокъ, состоитъ въ томъ, чтобы скрыть свои истинныя намѣренія или отъ третьихъ лицъ, или отъ закона; въ послѣднемъ случаѣ дѣло будетъ идти объ обходѣ закона. И эта субъективная окраска сближаетъ притворныя сдѣлки съ внутренней оговоркой, но не оправдываетъ названія „двусторонней внутренней оговорки", даваемаго имъ Колеромъ [2]). Это названіе, въ примѣненіи къ двустороннимъ сдѣлкамъ, или заключало бы въ себѣ внутреннее противорѣчіе, или указывало бы на взаимное притворство обѣихъ сторонъ, участвующихъ въ сдѣлкѣ. Между тѣмъ сущность притворной сдѣлки состоитъ именно въ томъ, что обѣ стороны не только знаютъ о притворствѣ, но и вполнѣ согласны на то, чтобы считать совершонную ими сдѣлку притворной. Онѣ хотятъ скрыть свои виды и истинную цѣль сдѣлки, достигая въ этомъ смыслѣ

[1]) Dernburg, Bürgerl. R., I, стр. 425—6. Biermann, стр. 237.
[2]) Jahrb. f. Dogm., XVI, стр. 97 и слѣд.

извѣстнаго сходства заключаемыхъ ими актовъ съ абстрактными сдѣлками, такъ же не обнаруживающими своей подлинной матеріальной основы. Но отвлеченіе абстрактныхъ сдѣлокъ отъ ихъ основы или цѣли есть нормальная и освященная объективнымъ правомъ черта этихъ сдѣлокъ; это—одно изъ примѣненій легальной техники сдѣлокъ. Напротивъ, сокрытіе и маскированіе подлинной цѣли въ притворныхъ сдѣлкахъ не имѣетъ ничего общаго съ одобреніемъ права и, если представляетъ какую-нибудь технику, то, конечно, нелегальную [1]).

Притворныя сдѣлки выступаютъ въ двухъ формахъ: 1) или стороны не хотятъ никакой сдѣлки и заключаютъ прямо мнимый актъ, предполагая уже этимъ достигнуть внѣ его лежащей цѣли, что̀ мы видимъ, напр., при мнимыхъ продажахъ должникомъ своихъ вещей съ цѣлью спасти ихъ отъ претензій кредиторовъ: такія сдѣлки будутъ ничтожны, помимо всего остального, уже потому, что обѣ стороны знаютъ, что ихъ волеизъявленія не обязательны и не соотвѣтствуютъ ихъ дѣйствительной волѣ; 2) или стороны прикрываютъ притворной сдѣлкой другую, которую онѣ дѣйствительно желаютъ, напр., прикрываютъ дареніе куплей-продажей, заемъ поклажей и т. д. Въ случаяхъ послѣдняго рода притворной сдѣлкой будетъ собственно та, которая прикрывается заключенной сдѣлкой, и она во многихъ случаяхъ признается дѣйствительной, а именно въ тѣхъ случаяхъ, когда прикрытая сдѣлка достаточно видна изъ прикрывающей ее ничтожной сдѣлки, и соотвѣтствіе ея всѣмъ формальнымъ и матеріальнымъ условіямъ этой именно прикрытой сдѣлки не подлежитъ сомнѣнію. Но на этихъ условіяхъ она и терпитъ обыкновенно крушеніе, такъ какъ стороны избираютъ чаще всего путь притворной сдѣлки именно потому, что онѣ не могутъ или не хотятъ сообразоваться съ условіями прикрытой сдѣлки, напр., требуемой для даренія формой и т. д. [2]).

Вообще отношеніе объективнаго права къ притворнымъ сдѣлкамъ опредѣляется нравственными мотивами и соображеніемъ интересовъ третьихъ лицъ. Можно даже сказать, что юридическое значеніе притворныхъ сдѣлокъ ограничивается отношеніемъ къ нимъ третьихъ лицъ, такъ какъ сами участники этихъ сдѣлокъ считаютъ ихъ ничтожными, и объективное право не имѣетъ основанія поддерживать ихъ силу во внутреннихъ отношеніяхъ участвующихъ въ нихъ сторонъ. Такая поддержка означала бы покровительство лжи, такъ какъ ссылка участниковъ притворной сдѣлки на ея дѣйствительность, независимо отъ прикрытой сдѣлки, была бы отступленіемъ отъ собственныхъ словъ и безчестнымъ дѣйствіемъ. Поэтому уже пандектное право предоставляло каждому изъ участниковъ притворной сдѣлки указывать на ея ничтожность, если другой

---

[1]) Дювернуа, тамъ же, стр. 729.
[2]) Regelsberger, стр. 509, 517.

участникъ этой сдѣлки или третье лицо, знавшее объ ея притворномъ характерѣ, предъявляли по ней какія-либо требованія. Само собой разумѣется, что и за третьими лицами, обманутыми притворной сдѣлкой, признавалось право ссылаться на ея ничтожность, напр., кредиторамъ— противъ притворныхъ отчужденій, произведенныхъ должникомъ. Это означало признанную и новыми законодательствами абсолютную ничтожность притворной сдѣлки, т.-е. ничтожность не только для ея участниковъ, но и для третьихъ лицъ. Напр., передача собственности по притворной сдѣлкѣ не лишаетъ кредиторовъ даннаго собственника ихъ права на удовлетвореніе изъ этой собственности—также, какъ и передача обязательства по притворной сдѣлкѣ не вводитъ должника въ новое обязательственное отношеніе, а оставляетъ его должникомъ прежняго кредитора. Изъ этого правила дѣлается, однако, исключеніе въ пользу тѣхъ третьихъ лицъ, которыя, довѣряясь дѣйствительности притворной сдѣлки, вступаютъ въ юридическія сношенія съ ея участниками, напр., пріобрѣтаютъ притворно проданную вещь или производятъ платежъ по притворно уступленному обязательству: противъ нихъ нельзя ссылаться на ничтожность притворной сдѣлки, которая остается дѣйствительной въ отношеніи къ третьимъ лицамъ, подобно сдѣлкѣ, сопровожденной внутренней оговоркой. Въ этомъ смыслѣ высказывается не только французскій кодексъ, но и нѣмецкое гражданское уложеніе, когда оно объявляетъ ничтожность притворныхъ сдѣлокъ (§ 117), оставляя неприкосновенными добросовѣстно пріобрѣтенныя права третьихъ лицъ (§§ 405,892 и др.).

Однако, въ формы притворной сдѣлки могутъ облекаться въ нѣкоторыхъ случаяхъ и вполнѣ законные интересы, если, напр., стороны хотятъ скрыть отъ постороннихъ глазъ заключеніе совершенно законной сдѣлки или воспользоваться, вмѣсто ея типической формы, какой-либо разновидностью этой сдѣлки, болѣе удобной и приспособленной къ конкретнымъ условіямъ даннаго случая. Считать такія сдѣлки недѣйствительными нѣтъ никакихъ основаній, и къ нимъ слѣдуетъ примѣнять указанный выше принципъ конверсіи сдѣлокъ, не упуская изъ виду того, что конвертировать можно только такія сдѣлки, которыя вступаютъ въ противорѣчіе не съ абсолютными запретами закона, и что вообще конверсія не можетъ быть допущена иначе, какъ по удовлетвореніи требованіямъ закона, нарушеннымъ конвертируемой сдѣлкой. Такіе случаи мы имѣемъ, напр., при обозначеніи въ актѣ купли-продажи продажной цѣны ниже ея дѣйствительнаго размѣра для избѣжанія платежа пошлинъ, или обозначеніи этой цѣны выше ея настоящаго размѣра для возможности послѣдующаго отчужденія по высшей цѣнѣ и т. д. Кромѣ того, конверсія притворныхъ сдѣлокъ отличается отъ настоящей конверсіи и тѣмъ, что послѣдняя относится, хотя и къ недѣйствительнымъ, но входящимъ въ намѣренія сторонъ сдѣлкамъ, а первая имѣетъ своимъ предметомъ сдѣлки, не только недѣйствительныя, но и отвергаемыя самими сторонами.

д) Фидуціарныя сдѣлки суть такія, которыя, сверхъ объявленныхъ ими послѣдствій, имѣютъ цѣлью произвести еще другія, уклоняющіяся отъ первыхъ и остающіяся скрытыми для третьихъ лицъ послѣдствія: напр., переносится собственность, когда имѣется въ виду установленіе залога, передается обязательство, когда хотятъ только облегчить взысканіе по этому обязательству, продается вещь съ правомъ обратной покупки проданной вещи, когда имѣютъ въ виду ссудить эту вещь или отдать взаймы условленный за нее денежный эквивалентъ, и т. д.

Фидуціарныя сдѣлки похожи на притворныя, но расходятся съ ними въ слѣдующемъ. Послѣднія никогда не стремятся къ юридическимъ послѣдствіямъ сдѣланныхъ только для вида волеизъявленій, а первыя желаютъ и производятъ эти послѣдствія, которыя, если и не покрываются преслѣдуемой сторонами практической цѣлью сдѣлки, то служатъ средствомъ для достиженія этой цѣли и никого не обманываютъ. Фидуціаръ—такъ называютъ лицо, которому передается собственность или обязательство по фидуціарной сдѣлкѣ—дѣлается настоящимъ собственникомъ и настоящимъ кредиторомъ въ отношеніи ко всему міру, кромѣ того лица, которое передаетъ ему эту собственность или это обязательство. Онъ можетъ отчудить переданную ему собственность и освободить должника отъ его обязательства, оставаясь связаннымъ жизненной цѣлью сдѣлки только въ отношеніи къ своему контрагенту. Поэтому фидуціарныя сдѣлки и приближаются, по своей юридической конструкціи, скорѣе къ абстрактнымъ, чѣмъ къ притворнымъ сдѣлкамъ. Какъ юридическія послѣдствія абстрактныхъ сдѣлокъ наступаютъ и остаются въ силѣ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда измѣняющіяся обстоятельства устраняютъ осуществленіе ихъ цѣли для участвующихъ въ нихъ сторонъ, предоставляя имъ вѣдаться другъ съ другомъ только въ порядкѣ обязательственныхъ исковъ, такъ и юридическія послѣдствія фидуціарныхъ сдѣлокъ въ отношеніи къ третьимъ лицамъ совсѣмъ не тѣ, что въ отношеніи къ ихъ сторонамъ. Во внѣшнихъ отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ фидуціаръ—полный хозяинъ всего, что имъ получено по фидуціарной сдѣлкѣ, какъ бы ограничивающей ее цѣли вовсе не существовало; но во внутреннихъ отношеніяхъ съ другой стороной по той же сдѣлкѣ онъ долженъ воздержаться отъ всѣхъ дѣйствій, выходящихъ за предѣлы цѣли этой сдѣлки, и нести обязательственную отвѣтственность за эти дѣйствія. И такъ какъ гарантія противъ злоупотребленій довѣреннымъ фидуціару имуществомъ не идетъ далѣе обязательственнаго отношенія между фидуціаромъ и его соконтрагентомъ, то само собой разумѣется, что фидуціарныя сдѣлки могутъ основываться только на особомъ довѣріи лица, распоряжающагося своимъ имуществомъ для какой-либо не выраженной въ сдѣлкѣ цѣли, къ тому, кто принимаетъ на себя исполненіе этого распоряженія. Поэтому фидуціарныя сдѣлки и не заключаются иначе, какъ съ вѣрой въ то, что фидуціаръ воспользуется переданными ему юридическими полно-

мочіями только въ указанныхъ ему границахъ и исключительно въ интересѣ своего соконтрагента или другихъ, имъ указанныхъ лицъ, вступающихъ тогда въ положеніе „дестинатеровъ“ или матеріальныхъ субъектовъ этихъ сдѣлокъ. Поэтому же фидуціарныя сдѣлки и характеризуютъ часто какъ такія сдѣлки, которыми предоставляется формально бо̀льшее право (напр., собственность), чѣмъ то, какое имѣется въ виду предоставить въ дѣйствительности (напр., залогъ).

Подобныя сдѣлки входятъ въ обычай, главнымъ образомъ, тамъ, гдѣ объективное право не располагаетъ необходимыми или достаточными формами для удовлетворенія всѣмъ потребностямъ гражданскаго оборота, включая сюда и такія, которыя не имѣютъ хозяйственнаго характера. Классическій примѣръ этихъ сдѣлокъ представляетъ намъ старѣйшая форма римскаго закладного права, извѣстная подъ именемъ fiducia и давшая это имя всей категоріи разсматриваемыхъ нами теперь сдѣлокъ. Возникающее здѣсь юридическое отношеніе состояло въ перенесеніи собственности путемъ манципаціи или in jure cessio, вмѣстѣ съ добавочнымъ соглашеніемъ, носившемъ названіе pactum fiduciae и обязывавшемъ фидуціара къ возвращенію переданной въ собственность вещи ея прежнему собственнику, если онъ исполнялъ лежавшее на немъ обязательство. Подъ перенесеніемъ собственности скрывалась здѣсь чисто кредитная операція, и право собственности утилизировалось для чуждыхъ ему цѣлей, въ виду отсутствія спеціальныхъ институтовъ вещнаго или реальнаго кредита. Съ тѣмъ же явленіемъ мы встрѣчаемся и въ германскомъ, и въ нашемъ правѣ; и какъ въ Римѣ, такъ и здѣсь, фидуціарный залогъ исчезаетъ съ установленіемъ соотвѣтствующихъ реальному кредиту формъ залогового права. Другіе примѣры фидуціарныхъ сдѣлокъ въ римскомъ правѣ мы имѣемъ въ фидеикоммиссахъ, которыми наслѣдство передавалось не тому лицу, которому оно въ дѣйствительности предназначалось, и манципаціонномъ бракѣ, которымъ римскія женщины пользовались для цѣлей, не имѣвшихъ ничего общаго съ брачными отношеніями, напр., для освобожденія себя отъ агнатской опеки или обязанностей по жертвоприношеніямъ домашнимъ богамъ. Множество фидуціарныхъ отношеній мы встрѣчаемъ и въ современномъ правѣ, особенно англійскомъ, гдѣ ими пользуются для учрежденія заповѣдныхъ имуществъ или цѣлей, осуществляемыхъ въ правѣ другихъ народовъ созданіемъ различнаго рода юридическихъ лицъ, и т. п. Теперь фидуціарныя сдѣлки заключаются часто между людьми близкими или заинтересованными въ какомъ-либо общемъ дѣлѣ. Состоя, напр., съ кѣмъ-нибудь въ отношеніи товарищества и пріобрѣтая недвижимость для общаго дѣла, я вхожу въ соглашеніе съ моимъ товарищемъ о томъ, что мнѣ одному будетъ предоставлено фигурировать въ ипотечной книгѣ, какъ собственнику имѣнія, тогда какъ мой товарищъ попадетъ въ нее, какъ мой кредиторъ. Между тѣмъ имѣніе пріобрѣтено нами на общій капиталъ, товарищъ не кредитовалъ мнѣ ни ко-

цѣйки, и, только въ виду слабаго развитія въ законодательствѣ удобныхъ и легкихъ формъ для отношеній товарищества, мы вынуждены облечь наше коллективное пріобрѣтеніе въ форму кредитной операціи, которая совершается проще и надежнѣе. Или, вмѣсто довѣренности на взысканіе съ моего должника, я прямо цедирую, или передаю Вамъ мое право требованія на него съ тѣмъ, чтобы Вы произвели взысканіе отъ себя и отдали затѣмъ полученныя деньги мнѣ или какому-нибудь третьему лицу. Такой же фидуціарной сдѣлкой представляются и такъ наз. дружескія векселя, на которыхъ ставятся бланки въ видѣ дружеской услуги, для облегченія учета и т. д.

Всѣ эти сдѣлки вполнѣ законны, представляя собой серьезныя волеизъявленія, направленныя на удовлетвореніе заслуживающихъ юридической защиты интересовъ. Но онѣ искусственно и иной разъ невпопадъ прилагаются къ отношеніямъ, которыя къ нимъ не подходятъ, и только потому, что эти отношенія не получили еще соотвѣтственной юридической регламентаціи. Съ точки зрѣнія юриста дѣло идетъ здѣсь объ отдѣленіи носителя права отъ его „дестинатера“, иначе говоря—формальнаго и субстаціональнаго элементовъ субъективнаго права, и фидуціарныя сдѣлки получаютъ больше или меньше юридическаго значенія, смотря по тому, какъ то или другое законодательство или, лучше сказать, судъ относится къ косвенно достигаемымъ ими цѣлямъ. Эти цѣли могутъ казаться дозволенными или недозволенными, и фидуціарныя сдѣлки даютъ намъ живой примѣръ права въ состояніи развитія и борьбы,—такъ какъ всякое развитіе и въ правѣ происходитъ путемъ борьбы. Въ концѣ концовъ, юридическое признаніе фидуціарныхъ сдѣлокъ есть дѣло судейской совѣсти. Все примѣненіе права сводится къ его толкованію, куда судьи неизбѣжно вносятъ свои экономическія, нравственныя и соціальныя воззрѣнія, рѣшающія въ конечномъ счетѣ и вопросъ о признаніи или непризнаніи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ фидуціарной сдѣлки. Преслѣдуя полезную цѣль, не удовлетворяемую существующими формами права, фидуціарныя сдѣлки достигаютъ обыкновенно судебнаго признанія; при отсутствіи этого предположенія судъ объявляетъ ихъ заключенными in fraudem legis, т.-е. въ обходъ закона, и отказываетъ имъ въ признаніи.

Сдѣлки послѣдняго рода выдѣляются нѣкоторыми юристами въ особую категорію такъ наз. обходныхъ сдѣлокъ (Schleichwege) [1]), но это едва-ли правильно, такъ какъ мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ какой-либо особой юридической фигурой, а съ простымъ послѣдствіемъ запрещенія обходить законъ. То, что въ этихъ случаяхъ буква закона остается ненарушенной, и что воля сторонъ выражается не притворно,

[1]) Regelsberger, стр. 519. Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, § 64 i. f.

въ смыслѣ указанія на не имѣющіяся въ виду юридическія послѣдствія, и не фидуціарно, въ смыслѣ реакціи на несоотвѣтствіе между предположенной цѣлью и избираемымъ для ея осуществленія средствомъ,—не даетъ самостоятельности сдѣлкамъ въ обходъ закона. Буква закона не пользуется теперь никакимъ кредитомъ, и сдѣлки въ обходъ закона обсуждаются не по какимъ-либо имъ свойственнымъ особенностямъ, а только по ихъ противорѣчію закону, и эта точка зрѣнія примѣняется ко всѣмъ сдѣлкамъ, а не какому-нибудь отдѣльному роду сдѣлокъ.

Цѣль сдѣлокъ въ обходъ закона лежитъ въ стремленіи придти къ тому, что запрещено закономъ, и если этотъ послѣдній не допускаетъ какой-нибудь сдѣлки, то онъ не хочетъ, очевидно, и достигаемаго при ея посредствѣ результата, въ какую бы юридическую форму этотъ результатъ ни вылился. Отсюда и извѣстная поговорка: quod in fraudem legis — contra legem, приравнивающая справедливо обходъ закона къ его нарушенію, но неправильно толкуемая въ смыслѣ ничтожности *всѣхъ* сдѣлокъ, обходящихъ законъ. Это обобщеніе можетъ быть допущено относительно лишь тѣхъ сдѣлокъ, которыя запрещены закономъ подъ страхомъ объявленія ихъ ничтожными, тогда какъ обходъ другихъ запрещеній, грозящихъ только оспоримостью сдѣлки, наказаніемъ участвующихъ въ ней лицъ и т. д., сопровождается тѣми же послѣдствіями, что̀ и нарушеніе этихъ запрещеній, т.-е. не ничтожностью сдѣлки, а ея оспоримостью, наказаніемъ виновника и т. д. Это тѣмъ болѣе вѣрно, что во многихъ случаяхъ обходъ закона оказывается массовымъ и происходитъ не изъ личныхъ и корыстныхъ видовъ, а изъ общаго сознанія о неудовлетворительности какой-нибудь нормы, института или даже цѣлой системы права. Въ видѣ примѣровъ такихъ массовыхъ обходовъ закона можно указать изъ исторіи средневѣковаго права на канонической запретъ %, вызвавшій къ жизни рядъ новыхъ институтовъ права, напр., институтъ купли ренты (Rentenkauf), достигавшій обходнымъ путемъ той же цѣли, что̀ и процентный заемъ, а изъ исторіи нашего права—Петровскій указъ 1714 г. объ единонаслѣдіи, сначала обходимый всевозможными способами и вскорѣ совсѣмъ отмѣненный [1]). Исторія права свидѣтельствуетъ и о другихъ измѣненіяхъ въ правѣ, совершающихся безъ соотвѣтствующаго измѣненія буквы закона: эта послѣдняя остается не тронутой, но законъ перестаетъ примѣняться, если онъ теряетъ свое оправданіе въ сознаніи современниковъ. Осуждаемые прежде „обходные пути“ признаются допустимыми уклоненіями отъ законнаго состава сдѣлки [2]).

Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ прямыхъ постановленій ни о reservatio mentalis, ни о шутливыхъ волеизъявленіяхъ, ни о притворныхъ, ни о фидуціарныхъ сдѣлкахъ. Но въ жизни эти явленія хорошо

[1]) Дювернуа, Чтенія, стр. 731—4.
[2]) Regelsberger, стр. 520.

извѣстны, и судамъ приходится высказываться о нихъ. Шутливыя и несерьезныя сдѣлки отвергаются нашимъ сенатомъ на основаніи 1528 ст. X. т., требующей, какъ необходимаго условія дѣйствительности договора, наличности взаимнаго согласія на его заключеніе. Къ притворнымъ и отчасти фидуціарнымъ сдѣлкамъ притягиваютъ часто, между нѣкоторыми другими, ст. ст. 1529 п. 2 и 2114, тамъ же. Первая изъ этихъ статей объявляетъ недѣйствительными, въ числѣ прочихъ, договоры и обязательства, направленные на „подложное переукрѣпленіе имѣнія“ во избѣжаніе платежа долговъ. И корень этой статьи лежитъ въ Петровскомъ законодательствѣ, строго взыскивавшемъ за подобныя операціи не только съ несостоятельнаго должника, но и съ людей, „подставой“ принимавшихъ отъ него заемныя обязательства [1]). Но подъ понятіе „подложнаго переукрѣпленія“ подходятъ не всѣ, а лишь немногія притворныя сдѣлки, дѣйствіе которыхъ въ отношеніи къ третьимъ лицамъ остается для нашего закона нерѣшеннымъ. Ст. 2114 имѣетъ въ виду уже указанный случай, когда заемная сдѣлка принимаетъ образъ поклажи; и сенатская практика требуетъ здѣсь признанія въ силѣ, вмѣсто первой, второй сдѣлки. Мы имѣемъ еще образецъ притворной сдѣлки по нашему праву въ также указанномъ выше случаѣ, когда безмездная сдѣлка, дареніе, облекается въ возмездную, куплю-продажу, съ цѣлью обойти запрещеніе дарственнаго отчужденія родовыхъ имуществъ: судъ принимаетъ въ этомъ случаѣ наличность дарственной сдѣлки, которая, какъ сдѣлка въ данномъ примѣненіи оспоримая, будетъ признана недѣйствительной только по заявленію родичей (ст. 967 т. X).

Въ ряду сенатскихъ рѣшеній по поводу притворныхъ сдѣлокъ есть одно, разсматривающее этотъ вопросъ съ нѣкоторой обстоятельностью (1891, № 62). Отличительный признакъ симулятивныхъ сдѣлокъ состоитъ, по мнѣнію Сената, въ томъ, что содержаніе ихъ не соотвѣтствуетъ дѣйствительному соглашенію сторонъ, прикрывая собой или ни въ чемъ не измѣнившіяся имущественныя отношенія контрагентовъ, или другую сдѣлку, хотя бы и состоявшуюся, но существенно отличную отъ той, которая выразилась въ заключенномъ ими договорѣ. Какъ примѣръ, Сенатъ беретъ сдѣлки, указанныя въ ст. ст. 991 и 2114 X т., изъ которыхъ первая говоритъ о томъ, что духовныя завѣщанія при извѣстныхъ условіяхъ должны быть признаваемы дарственными записями, и наоборотъ, а вторая — о томъ, когда подъ видомъ поклажи совершается заемъ. Въ заключенныхъ сдѣлкахъ усматривается отсутствіе дѣйствительнаго соглашенія, а потому допускается и возможность ихъ оспариванія. Само собой разумѣется, что та сдѣлка, которую прикрываетъ въ упомянутыхъ случаяхъ симуляція, остается въ силѣ; отвергается завѣщаніе, но вмѣсто него удерживается дарственная запись.

---

[1]) Дювернуа, тамъ же, стр. 735.

2. Безсознательное несоотвѣтствіе между волей и волеизъявленіемъ называютъ въ широкомъ смыслѣ ошибкой (error), и въ этомъ смыслѣ ошибка обнимаетъ собой много категорій случаевъ, служа главной причиной возникающихъ въ жизни конфликтовъ между обоими факторами юридической сдѣлки: волей и ея изъявленіямъ.

Входящіе сюда случаи допускаютъ такую классификацію: а) ошибка въ самомъ волеизъявленіи, напр., обмолвка, описка и т. д.; б) ошибка въ одномъ содержаніи или смыслѣ волеизъявленія, напр, подпись подъ документомъ, заключающимъ въ себѣ не то содержаніе, которое предполагалось подписавшимъ его лицомъ, или акцептъ оферты, сдѣланной не въ томъ смыслѣ, въ какомъ она принята акцептантомъ; в) ошибка въ мотивѣ волеизъявленія, напр., предположеніе о какомъ-нибудь отсутствующемъ въ данныхъ условіяхъ обстоятельствѣ, безъ отношенія къ которому сдѣлка не была бы заключена; г) ошибка въ договорномъ соглашеніи, когда обѣ стороны стоятъ твердо, каждая за свое волеизъявленіе, но не понимаютъ другъ друга: напр., одна сторона имѣетъ въ виду дареніе, другая— куплю-продажу, и обѣ предполагаютъ соглашеніе, котораго въ дѣйствительности не существуетъ. Послѣдній случай касается не столько ученія объ ошибкѣ, сколько договорнаго конценса, или взаимнаго соглашенія, требуемаго при всякомъ договорѣ; о мотивахъ сдѣлки у насъ уже велась рѣчь, и о нихъ мы будемъ говорить еще лишь въ томъ смыслѣ, въ какомъ они выступаютъ видомъ обмана. Но прежде всего намъ нужно разобраться въ двухъ первыхъ категоріяхъ ошибки при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ.

А) Различіе между ошибкой въ волеизъявленіи и въ его содержаніи проведено съ особенной яркостью Савиньи, въ его „Системѣ современнаго римскаго права“, гдѣ ошибка перваго рода названа „неподлинной“ (unächter Irrthum), а ошибка второго рода—„подлинной“ (ächter Irrthum). Тамъ выражаютъ не то, что хотятъ выразить; здѣсь выражаютъ, хотя и то, что хотятъ выразить, но дѣлаютъ это подъ вліяніемъ ложнаго представленія о дѣйствительномъ положеніи вещей. И послѣдствія той и другой ошибки, по мнѣнію Савиньи, весьма различны. Только въ первомъ случаѣ онъ видитъ настоящее несоотвѣтствіе между волей и ея изъявленіемъ,—несоотвѣтствіе, которое исключаетъ понятіе юридической сдѣлки въ силу отсутствія воли, а не вліянія ошибки. Нѣтъ сдѣлки потому, что нѣтъ воли, а не потому, что сдѣлка заключена по ошибкѣ, откуда слѣдуетъ само собой непримѣнимость къ случаямъ „неподлинной ошибки“ какъ различія между „извинительной“ и „неизвинительной“ ошибкой, такъ и всѣхъ вообще положеній, имѣющихъ значеніе только для ученія о такъ наз. „подлинной ошибкѣ“. Въ этомъ второмъ случаѣ, думаетъ Савиньи, нѣтъ противорѣчія между волей и ея изъявленіемъ, такъ какъ я выражаю то, что хочу, но есть ошибка, т.-е. ложное представленіе о томъ, что я

считаю истиной, и что въ дѣйствительности противорѣчитъ истинѣ. На такой именно ошибкѣ, а не на противорѣчіи между волей и ея изъявленіемъ,—насколько такая ошибка служитъ основаніемъ для принятія тѣхъ или другихъ юридическихъ послѣдствій сдѣлки, совершонной подъ ея вліяніемъ,—и должно быть сосредоточено все ученіе объ ошибкѣ. Здѣсь только можно индивидуализировать изслѣдованіе, оцѣнить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вліяніе ошибки на волеизъявленіе и опредѣлить ея особенности, напр., ошибку въ законѣ, въ фактѣ, въ сдѣлкѣ, ошибку извинительную и неизвинительную и т. д.

Изложенный взглядъ былъ долго господствующимъ въ нѣмецкой теоріи права и примѣнялся также въ практикѣ нѣмецкихъ судовъ. Но не говоря о неудачномъ выборѣ терминовъ, противоположныхъ обычному словоупотребленію („неподлинная“ ошибка по терминологіи Савиньи есть именно та, которая называется въ жизни наиболѣе подлинной, а „подлинную“ ошибку въ той же терминологіи было бы куда правильнѣе называть заблужденіемъ или недосмотромъ), мы не видимъ, почему ошибка въ юридической природѣ сдѣлки, — напр., когда я совершаю дареніе вмѣсто предполагаемой купли-продажи, — почему эта ошибка, относимая Савиньи къ категоріи „неподлинной“, должна быть менѣе подлинна, чѣмъ другія ошибки, и почему всѣми „неподлинными“ и только нѣкоторыми изъ „подлинныхъ“ ошибокъ должна опредѣляться недѣйствительность заключенныхъ подъ ихъ вліяніемъ сдѣлокъ?

Теорія Савиньи есть плодъ предвзятаго взгляда на волю, какъ на единственно творческій моментъ права, призванный уничтожать само собой и безъ всякаго отношенія къ ошибкѣ всѣ сдѣлки, въ которыхъ оказывается противорѣчіе между этой волей и обнаруженіемъ ея во внѣ. Дѣйствительная жизнь не подтверждаетъ этого взгляда, такъ какъ право, повинуясь практическимъ требованіямъ, оставляетъ часто въ силѣ сдѣлки, заключенныя и при наличности „неподлинной ошибки“, напр., въ разсмотрѣнныхъ выше случаяхъ внутренней оговорки и притворныхъ сдѣлокъ, между тѣмъ какъ другимъ сдѣлкамъ оно же отказываетъ въ силѣ и тогда, когда онѣ совершаются подъ вліяніемъ не только „неподлинной“, но и „подлинной“ ошибки. Поэтому уже мы можемъ сказать, что отношеніе права къ ошибкѣ опирается не на различіе между „неподлинной“ и „подлинной“ ошибкой, а на различіе юридической природы сдѣлокъ, которая въ однихъ случаяхъ требуетъ удержанія сдѣлки въ силѣ, несмотря ни на какую ошибку, сопровождавшую ея совершеніе, а въ другихъ—объявленія недѣйствительности сдѣлки въ виду ошибки не только въ волеизъявленіи, но и въ его содержаніи.

Савиньи стоитъ во главѣ юристовъ, исповѣдующихъ „догматъ воли“ во всѣхъ областяхъ права, и неудивительно, что на немъ исключительно онъ строитъ и свое ученіе объ ошибкѣ. Боевой кличъ римскихъ юристовъ: „errantis nulla voluntas“ былъ воспринятъ имъ, какъ

догматическій принципъ, когда это былъ только боевой кличъ въ борьбѣ съ древнимъ формализмомъ, не желавшимъ знать ничего, кромѣ буквы закона и произносимыхъ на ея основаніи торжественныхъ словъ. Если этотъ кличъ можно было примѣнять съ нѣкоторымъ успѣхомъ, какъ мы уже указывали на это, къ сдѣлкамъ на случай смерти, то о проведеніи его черезъ всѣ прижизненныя сдѣлки нѣчего было и думать. Не лишенное, можетъ быть, нѣкоторыхъ философскихъ достоинствъ, ученіе Савиньи не пригодно для права. Въ практической жизни мы имѣемъ дѣло не съ проблемами внутренняго міра человѣческой воли, а съ дѣловыми отношеніями, которыя могутъ держаться только на довѣріи къ внѣшнимъ проявленіямъ воли, безъ углубленія въ ихъ внутренніе моменты. Все равно, въ какомъ бы видѣ ни представлялось намъ то или другое волеизъявленіе—безъ воли (это—„неподлинная“ ошибка у Савиньи), или съ ложнымъ представленіемъ о дѣйствительности (это „подлинная“ ошибка)—оно остается на практикѣ конститутивнымъ элементомъ сдѣлки и не можетъ быть, какъ общее правило, лишено юридическаго эффекта,—особенно, въ тѣхъ случаяхъ, когда у лица, къ которому оно обращено, не рождается сомнѣнія относительно подлинности воли. Устанавливать постоянную недѣйствительность сдѣлки на единственномъ основаніи ошибки—все равно „подлинной“ или „неподлинной“—значило бы колебать надежность дѣловыхъ сношеній и замѣнять внѣшній и приспособленный къ цѣлямъ права критерій наличности воли при волеизъявленіи совершенно ненадежнымъ и часто невозможнымъ изысканіемъ внутреннихъ и въ большинствѣ случаевъ неуловимыхъ моментовъ той же воли.

Изъ сказаннаго не слѣдуетъ, однако, заключать къ исключенію вліянія ошибки на юридическія послѣдствія сдѣлокъ, совершонныхъ при ея наличности. Признаніе этого вліянія соотвѣтствуетъ требованіямъ справедливости и находитъ себѣ мѣсто во всѣхъ системахъ права, смѣняющихъ начало древняго формализма на оцѣнку внутреннихъ моментовъ права. Но проблема состоитъ здѣсь не въ констатированіи этого безспорнаго вліянія и соотвѣтствія его требованіямъ справедливости, а въ опредѣленіи условій и степени какъ этого вліянія, такъ и соотвѣтствія его справедливости.

Съ увѣренностью можно утверждать только то, что для огромнаго большинства оборотныхъ сдѣлокъ, имѣющихъ своей цѣлью обмѣнъ хозяйственныхъ благъ, ошибка, если она касается особенно несущественныхъ сторонъ сдѣланныхъ волеизъявленій, остается безъ исправленія и ложится всей своей тяжестью на того, кто ошибается. Перечислить эти сдѣлки трудно, такъ какъ ихъ слишкомъ много, но можно сказать, что въ нихъ рѣшительно преобладаетъ черта „внутренняго формализма воли“, ограничивающая методъ индивидуальнаго изслѣдованія и ставящая на его мѣсто шаблоны, отступленіе отъ которыхъ вредитъ только тому, кто не дорось до этого формализма. Сюда принадлежатъ, напр., сдѣлки ипотечнаго права, оборотъ съ предъявительскими бумагами, переводный вексель, на-

значеніе котораго явно выходитъ изъ круга лицъ, освѣдомленныхъ о положеніи каждаго участника этой сдѣлки, и т. д. Здѣсь каждый можетъ ошибаться только за свой счетъ, и послѣдствія ошибки не касаются никого, кромѣ самого ошибающагося.

Но это явленіе не слѣдуетъ обобщать и говорить, подобно римлянамъ, что гражданское право писано для бдительныхъ („jus civile vigilantibus scriptum est"), а небдительные должны терять вездѣ, гдѣ они окажутся въ ошибкѣ. Рядомъ съ оборотными сдѣлками, построенными на „внутреннемъ формализмѣ воли", всюду встрѣчаются сдѣлки, не принадлежащія оборотному праву—таковы, напр., сдѣлки семейнаго и наслѣдственнаго права и нѣкоторыя сдѣлки „между живыми", допускающія примѣненіе къ себѣ индивидуальнаго изслѣдованія безъ ущерба для гражданскаго оборота,—и эти сдѣлки объявляются во многихъ случаяхъ недѣйствительными, если данное въ нихъ волеизъявленіе, по ошибкѣ или недосмотру давшаго его лица, не соотвѣтствуетъ въ какомъ-либо изъ своихъ существенныхъ пунктовъ волѣ его автора. Есть, однако, случаи, когда ошибка не вызываетъ недѣйствительности и этихъ сдѣлокъ, такъ что критерій внѣшняго волеизъявленія, достаточный для сдѣлокъ оборотнаго права, оказывается недостаточнымъ для рѣшенія вопроса о вліяніи ошибки на сдѣлки, стоящія въ сторонѣ отъ оборотнаго права. Гдѣ же взять критерій для этихъ именно сдѣлокъ?

Римскіе юристы рѣшали настоящій вопросъ казуистически и были далеки отъ согласія между собой въ способахъ рѣшенія отдѣльныхъ случаевъ. Въ общемъ, они проводили границу между „извинительной" и „неизвинительной" ошибкой, признавая вліяніе на дѣйствительность сдѣлки только извинительной ошибки, т.-е. такой, которая касается существенныхъ пунктовъ даннаго волеизъявленія. Но общій отвѣтъ на вопросъ, какіе пункты волеизъявленій считать существенными, едва-ли возможенъ, и римское право не заключаетъ въ себѣ этого отвѣта.

Между различными мнѣніями, высказанными по этому вопросу, мы склоняемся къ мнѣнію Регельсбергера, по которому существенные пункты сдѣлки должны опредѣляться разумнымъ интересомъ ея участниковъ. Объ этомъ интересѣ можно судить по различнымъ обстоятельствамъ: природѣ сдѣлки, воззрѣніямъ гражданскаго оборота, условіямъ даннаго случая и т. д. Поэтому существенными пунктами сдѣлки будутъ тѣ, которые такъ тѣсно связаны съ преслѣдуемыми ея участниками интересами, что, при извѣстности ошибки въ моментъ заключенія сдѣлки, мы могли бы предположить, что данная сдѣлка не была бы заключена. Съ этой точки зрѣнія существенные пункты сдѣлки не всегда совпадутъ и съ тѣмъ, что называютъ essentialia negotii, отождествляя послѣднія съ первыми. Интересы и воля сторонъ могутъ идти и на другія цѣли: напр., рѣшающую роль при залогѣ играетъ не столько индивидуальность вещи, сколько ея способность служить обез-

печенію обязательства; при поручительствѣ смотрятъ больше на личность должника, чѣмъ кредитора; при покупкѣ древностей пренебрегаютъ матеріаломъ, изъ котораго онѣ сдѣланы, и т. д. Во всякомъ случаѣ, оцѣнка существенныхъ сторонъ сдѣлки должна быть предоставлена свободному усмотрѣнію суда: здѣсь все рѣшается на основаніи совокупности обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая, и теорія права, вмѣстѣ съ положительнымъ законодательствомъ, могутъ дать суду лишь руководящія указанія и правила толкованія, но не обязательныя нормы [1]).

Кромѣ спора о существенныхъ пунктахъ сдѣлки, которыхъ должна касаться ошибка для того, чтобы вызвать опороченіе сдѣлки, европейская юриспруденція положила не мало силъ на обобщеніе отдѣльныхъ рѣшеній римскихъ юристовъ по настоящему вопросу, и выставила слѣдующія категоріи „извинительной“, или „существенной ошибки“, производящей недѣйствительность сдѣлки: а) ошибка въ лицѣ (error in persona), б) ошибка въ тождествѣ предмета (error in corpore), в) ошибка въ природѣ сдѣлки (error in negotio), г) ошибка въ качествѣ вещи (error in substantia). Всѣ эти категоріи спорны и относительны, допуская множество исключеній. Такъ, напр., ошибка въ лицѣ не можетъ имѣть существеннаго значенія при куплѣ-продажѣ на наличныя, ошибка въ предметѣ — при смѣшеніи различныхъ экземпляровъ одного и того же рода вещей; ошибка въ сдѣлкѣ — при возможности ея конверсіи и т. д.

Правильно указываютъ еще на то, что, сверхъ традиціонныхъ категорій „существенной ошибки“, можно назвать и другія, которымъ въ извѣстныхъ условіяхъ тоже нельзя отказать въ существенномъ значеніи: таковы, напр., ошибки въ мѣстѣ и времени исполненія обязательствъ [2]). Поэтому различіе между ошибками въ лицѣ, предметѣ, сдѣлкѣ и т. д.— теряетъ всякую цѣнность и излагается въ курсахъ гражданскаго права скорѣе по традиціи, чѣмъ по своему внутреннему достоинству.

Къ спорамъ о частностяхъ присоединяются еще принципіальныя разногласія между сторонниками теорій „воли“ и „волеизъявленія“, изъ которыхъ каждую можно отстаивать только теоретически, но не практически, такъ какъ одна изъ нихъ покровительствуетъ исключительно ошибающемуся, а другая — его противнику, и обѣ не считаются съ существующимъ въ дѣйствительности дуализмомъ сдѣлокъ. Вотъ почему и все состояніе ученія объ ошибкѣ остается до сихъ поръ довольно безотраднымъ. Сравнительно проще и практичнѣе оно стоитъ во французскомъ законодательствѣ, гдѣ различается 3 вида ошибки: 1) ошибка въ природѣ сдѣлки и въ тождествѣ ея предмета, разрушающая въ корнѣ всякую сдѣлку, совершонную подъ ея вліяніемъ; 2) ошибка въ лицѣ и существенныхъ качествахъ предмета, не разрушающая сама по себѣ

---

[1]) Regelsberger, стр. 521—3.

[2]) Zittelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, стр. 493 и слѣд.

сдѣлки, но дающая право на ея оспариваніе, и 3) ошибка въ несущественныхъ качествахъ предмета и мотивахъ сдѣлки, остающаяся безъ вліянія на ея дѣйствительность, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, указанныхъ въ законѣ, напр., случаевъ обмана. Различіе ошибокъ 2-ой и 3-й категорій представляетъ большія затрудненія, и французская юриспруденція трактуетъ тѣ и другія ошибки въ зависимости отъ различія сдѣлокъ, примѣняя далеко не одни и тѣ же правила къ ошибкѣ при заключеніи брака и другихъ договоровъ, къ ошибкѣ при односторонніхъ и двусторонніхъ волеизъявленіяхъ и т. д. Ошибка въ правѣ приравнивается къ ошибкѣ въ фактѣ, и если кто-нибудь вступаетъ въ сдѣлку, не зная закона или заблуждаясь въ его смыслѣ, то онъ можетъ требовать ея уничтоженія по тѣмъ же основаніямъ, что̀ и при фактической ошибкѣ [1]).

О новомъ нѣмецкомъ уложеніи можно сказать, что оно близко къ французскому кодексу, но вноситъ какъ въ него, такъ и въ теорію „общаго права“ нѣкоторыя улучшенія, не дѣлая, однако, ничего для установленія самаго понятія ошибки. Эти улучшенія состоятъ въ слѣдующемъ: 1) во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ прежняя теорія объявляла ничтожность сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ ошибки, принимается болѣе соотвѣтствующая существу этихъ случаевъ оспоримость сдѣлки, распространяемая одинаково на ошибку въ волеизъявленіи и въ его содержаніи; 2) та и другая ошибка опредѣляются одновременно субъективнымъ и объективнымъ моментомъ: первый находитъ свое выраженіе въ требованіи такихъ качествъ ошибки, наличность которыхъ позволяла бы думать, что сдѣлка не была бы заключена, если бы эта ошибка сознавалась при ея заключеніи; второй — выступаетъ въ требованіи обсужденія этой ошибки согласно воззрѣніямъ гражданскаго оборота (§ 119); 3) рѣшеніе вопроса объ извинительности ошибки для каждой отдѣльной сдѣлки, въ случаѣ заявленія спора о ней, предоставляется свободному усмотрѣнію судьи; 4) въ случаяхъ договоровъ, оспоренныхъ на основаніи ошибки, за потерпѣвшей стороной, если она не знала при заключеніи договора объ ошибкѣ, признается право искать тѣ убытки, которые понесены ею вслѣдствіе признанія договора недѣйствительнымъ (§ 122) [2]); наконецъ, 5) не упоминается болѣе о различіи между ошибкой въ фактѣ и ошибкой въ правѣ, откуда слѣдуетъ заключить, что новое уложеніе прощается съ этимъ, хотя и общепринятымъ, но несправедливымъ въ отношеніи къ слабымъ и чисто фиктивнымъ различіемъ, въ которомъ нельзя не отмѣтить

---

[1]) Planiol, стр. 106—107. Capitant, стр. 254—262.

[2]) Это—такъ наз. „отрицательные убытки“ (negatives Vertragsinteresse), открытые Іерингомъ въ его статьѣ „Culpa in contrahendo“ (Jahrb. f. Dogm. IV) и реципированные отъ него новымъ законодательствомъ; особая рѣчь о нихъ будетъ въ обязательственномъ правѣ.

злоупотребленія нормой, не позволяющей никому ссылаться на незнаніе законовъ (ignorantia juris non excusat) [1]). Эта норма, установленная исключительно въ интересахъ твердости и обезпеченности объективнаго правопорядка, была бы отвлечена отъ своей цѣли, если бы она не давала защиты и тѣмъ, кто вступаетъ въ сдѣлки по заблужденію не только въ фактическихъ обстоятельствахъ дѣла, но и въ законѣ.

Б) Обманъ—въ смыслѣ намѣреннаго возбужденія однимъ лицомъ у другого ложныхъ представленій о какихъ-либо обстоятельствахъ съ цѣлью вовлечь это другое лицо въ условленную такими представленіями сдѣлку — есть также одинъ изъ случаевъ ошибки, и именно — ошибки въ мотивахъ сдѣлки. И такъ какъ ошибка происходитъ здѣсь не вслѣдствіе какого-либо порока во внутреннемъ процессѣ самоопредѣленія воли, напр., забывчивости, недосмотра, описки и т. д., а подъ, очевидно, внѣшнимъ вліяніемъ посторонняго лица и вторженія его въ сферу свободнаго самоопредѣленія того, кто побуждается къ сдѣлкѣ путемъ исключенія этого самоопредѣленія,—то неудивительно, что какъ римское право, вмѣстѣ съ его современной теоріей, такъ и почти всѣ новыя законодательства отступаютъ и въ этомъ случаѣ отъ принципа безразличія мотивовъ сдѣлки для ея юридическихъ послѣдствій и постановляютъ, въ видѣ общаго правила, оспоримость всякой сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ обмана. Требуютъ только причинной связи между обманомъ и заключеніемъ сдѣлки, или опредѣляющаго значеніе обмана для сдѣлки, такъ что, если бы данная сдѣлка могла быть заключена и безъ посредства обмана, то оспариваніе ея не было бы допущено. При этомъ считаютъ безразличнымъ отношеніе обмана къ ошибкѣ въ волеизъявленіи, его содержаніи, качествахъ лица и предмета, равно какъ и въ мотивахъ сдѣлки. Оспариваніе сдѣлки происходитъ во всѣхъ этихъ случаяхъ одинаково, но въ случаяхъ первой категоріи оно конкурируетъ съ оспариваніемъ сдѣлки на основаніи ошибки, тогда какъ въ послѣднемъ случаѣ, т.-е. при вызванной обманомъ ошибкѣ въ мотивѣ сдѣлки, оспариваніе ея получаетъ самостоятельное значеніе и можетъ повести къ уничтоженію сдѣлки даже тамъ, гдѣ ссылка на другіе виды ошибки, напр., на ошибку въ существенныхъ пунктахъ сдѣлки, не дала бы этого результата. Возьмемъ, напр., ст. 1100 французскаго кодекса, которая допускаетъ оспариваніе сдѣлки по ошибкѣ, не связанной съ обманомъ, только въ случаяхъ ошибки въ предметѣ и въ лицѣ. Напротивъ, вызванная обманомъ ошибка служитъ всегда по тому же кодексу (ст. 1116) основаніемъ для оспоримости сдѣлокъ, если только она имѣетъ опредѣляющее для нихъ значеніе. И это различіе въ дѣйствіи той и другой ошибки иллю-

---

[1]) Eck, стр. 137 — 147. Kuhlenbeck, стр. 402–421. Menger, Das Bürg. Gesetzbuch und die arbeitlosen Klassen.

стрируется лучше всего случаями ошибки въ мотивѣ сдѣлки безъ участія и съ участіемъ обмана. Въ первомъ случаѣ, если я, напр., покупаю новую лошадь только потому, что считаю по ошибкѣ свою старую лошадь погибшей, то заключенная мною сдѣлка останется въ силѣ, несмотря на опредѣляющее для нея значеніе моей ошибки. Во второмъ случаѣ, когда я покупаю ту же лошадь и допускаю ту же ошибку, подъ вліяніемъ обманныхъ дѣйствій продавца лошади, я могу разсчитывать на объявленіе заключенной мной сдѣлки недѣйствительной. Еще важное различіе ошибки безъ обмана и съ обманомъ состоитъ въ томъ, что въ первомъ случаѣ послѣдствія ошибки ложатся, по общему правилу, своей тяжестью на того, кто ошибается, тогда какъ во второмъ случаѣ можно всегда искать вознагражденіе за понесенные убытки.

Не надо только упускать изъ виду, что обманъ составляетъ понятіе не одного гражданскаго, но и уголовнаго права, и что онъ сопровождается какъ гражданскими, такъ и уголовными послѣдствіями. Въ уголовномъ правѣ обманъ есть преступленіе, караемое наказаніемъ и квалифицируемое какъ особымъ поведеніемъ того, кто его совершаетъ, такъ и имущественнымъ ущербомъ для того, кто дѣлается его жертвой. Въ гражданскомъ правѣ обманъ не влечетъ за собой обязательно наказанія, не заключаетъ въ себѣ спеціальной квалификаціи поведенія и не сопровождается необходимо имущественнымъ ущербомъ обманутаго; этотъ послѣдній можетъ возражать противъ обмана, направленнаго и въ его пользу. Поэтому понятіе обмана въ гражданскомъ правѣ гораздо шире этого же понятія въ правѣ уголовномъ и, обнимая послѣднее, выходитъ за его предѣлы. Здѣсь оно берется въ смыслѣ, издавна прилагаемомъ европейской юриспруденціей къ римскому понятію dolus — притомъ, лишь въ одномъ изъ его различныхъ примѣненій. Въ этомъ примѣненіи dolus противополагается bona fides, доброй совѣсти, и означаетъ не только обманъ и ложь, но и всякое безнравственное и безчестное поведеніе, имѣющее цѣлью путемъ возбужденія ложныхъ представленій воздѣйствовать на чужую волю. Сюда подойдетъ не только сообщеніе ложныхъ извѣстій и фактовъ, но и умолчаніе истины, если оно противно доброй совѣсти и обычаямъ гражданскаго оборота. Но это умолчаніе вмѣняется въ вину только участникамъ сдѣлки, а не третьимъ лицамъ, и въ отношеніи къ участникамъ сдѣлки различается, смотря по тому, входятъ-ли они въ сдѣлки, обязывающія къ дѣйствіямъ въ чужомъ интересѣ, или въ сдѣлки такого эгоистическаго типа, какъ купля-продажа, наемъ и т. д. И если для совокупности всѣхъ такихъ дѣйствій и умолчаній у насъ нѣтъ другого слова, кромѣ слова „обманъ“, то, избѣгая смѣшенія съ уголовнымъ обманомъ, мы должны говорить о гражданскомъ обманѣ — по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о вовлеченіи кого-либо въ ошибку не только преступными, но и просто безчестными, противными доброй совѣсти дѣйствіями. Отличіе этой ошибки

отъ всѣхъ другихъ и единственное условіе ея юридическихъ послѣдствій лежитъ въ томъ, что она намѣренно вызывается или поддерживается другимъ лицомъ и приводитъ къ сдѣлкѣ путемъ возбужденія какихъ-либо ложныхъ представленій. Исходъ этихъ ложныхъ представленій въ сдѣлку предполагается споромъ о гражданскомъ обманѣ, которому чуждо понятіе покушенія и необходимо воплощеніе обмана въ дѣйствіе. Но проведеніе точной границы между обманными и необманными дѣйствіями вообще затруднительно и можетъ быть передано только усмотрѣнію судьи. Признавъ основаніемъ оспоримости обманныхъ сдѣлокъ безнравственность обмана, мы не можемъ отрицать, что объективному праву такъ же опасно становиться на исключительно нравственную точку зрѣнія, какъ и усвоивать себѣ точку зрѣнія только дѣловой морали [1]).

При всей безнравственности сдѣлокъ, основанныхъ на обманѣ, онѣ не считались недѣйствительными ни по римскому праву, ни по практикѣ этого послѣдняго въ Германіи, такъ какъ обманутый давалъ на нихъ свое согласіе. Это—остатокъ ригоризма древняго права, поколебленный уже къ концу республиканскаго періода древняго Рима и перешедшій въ томъ же поколебленномъ видѣ и въ европейскую юриспруденцію. Согласіе обманутаго на сдѣлку средствами, осуждаемыми правомъ, признано согласіемъ, опороченнымъ этими средствами, и обманутому предоставленъ искъ о возмѣщеніи убытковъ противъ виновника обмана (actio doli); въ случаѣ предъявленія со стороны этого послѣдняго какихъ-либо требованій по обманной сдѣлкѣ дана защита въ формѣ соотвѣтственнаго возраженія (exceptio doli). Этотъ искъ и это возраженіе носятъ какъ въ римскомъ, такъ и въ современномъ правѣ обязательственный характеръ — въ томъ смыслѣ, что они дѣйствуютъ только противъ участниковъ сдѣлки, отвѣтственныхъ, однако, и въ томъ случаѣ, если они и не совершали обмана, но своевременно узнавали или должны были узнать о немъ (Code civ. art. 1116, BGB. § 123). Если обманъ есть исключительно дѣло третьяго лица, то пострадавшая сторона можетъ искать съ него убытки, но не можетъ требовать уничтоженія договора, заключеннаго съ лицомъ, неповиннымъ въ обманѣ. Въ этомъ отношеніи обманутый защищенъ слабѣе, чѣмъ тотъ, кто заключаетъ сдѣлку подъ гнетомъ принужденія: этотъ послѣдній защищенъ, какъ мы увидимъ это ниже, не только противъ виновника принужденія, но и противъ третьихъ лицъ. Тѣмъ не менѣе, и защита обманутаго, разъ заключенная имъ сдѣлка оспорена, идетъ противъ третьихъ лицъ—въ томъ смыслѣ, что недѣйствительность сдѣлки касается вообще не только сторонъ, но и ихъ правопреемниковъ, насколько эти послѣдніе не покрываются своимъ добросовѣстнымъ пріобрѣтеніемъ, такъ что, оспаривая, напр., совершонную подъ вліяніемъ

[1]) Regelsberger, стр. 536—7.

обмана передачу обязательства, я уничтожаю вмѣстѣ съ тѣмъ и передачу этого обязательства обманувшимъ меня лицомъ всѣмъ третьимъ лицамъ, если они не покрыты опять своимъ добросовѣстнымъ пріобрѣтеніемъ.

Слѣдуетъ еще упомянуть о довольно распространенной и проникшей во многія новыя законодательства доктринѣ, въ силу которой обманъ производитъ недѣйствительность сдѣлки, если онъ вызываетъ ея заключеніе или касается ея существенныхъ частей (dolus causam dans), тогда какъ въ случаяхъ, когда обманъ имѣетъ отношеніе только къ подробностямъ уже рѣшенной сдѣлки или ведетъ къ ея заключенію въ менѣе благопріятныхъ условіяхъ, чѣмъ тѣ, въ которыхъ она была бы заключена помимо такого обмана (dolus incidens), онъ не трогаетъ дѣйствительности сдѣлки и можетъ произвести одно лишь требованіе убытковъ. Но это различіе едва-ли представляетъ большую цѣнность, такъ какъ вопросъ объ опредѣляющемъ значеніи обмана для заключенной сдѣлки рѣшается однимъ судьей, и только послѣ его рѣшенія можно говорить о томъ, съ какого рода обманомъ въ сдѣлкѣ мы имѣемъ дѣло въ каждомъ представляющемся случаѣ. Разъ же это заключеніе выводится только изъ рѣшенія судьи, оно, очевидно, не можетъ ни предшествовать ему, ни претендовать на какое бы то ни было самостоятельное значеніе.

Всѣ приведенныя положенія о гражданскомъ обманѣ усвоены и нѣмецкимъ уложеніемъ, которое въ своемъ § 123 опредѣляетъ, что волеизъявленіе, вызванное обманными дѣйствіями (arglistige Täuschung), можетъ быть оспорено обманутымъ, и тогда оно съ самаго начала недѣйствительно (§ 142).

3. Принужденіе и угрозы дѣйствуютъ на чувство, какъ ошибка и обманъ на умъ, и могутъ привести подвергающееся имъ лицо къ тѣмъ же несоотвѣтствующимъ его волѣ сдѣлкамъ, которыя признаются объективнымъ правомъ ничтожными или оспоримыми. Въ пандектномъ правѣ различаютъ физическое или абсолютное принужденіе (vis absoluta) отъ психическаго или компульсивнаго (vis compulsiva). Подъ первымъ понимаютъ примѣненіе физической силы, которая идетъ прямо къ намѣченной цѣли, не прибѣгая къ воздѣйствію на волю; формой выраженія этого принужденія служатъ обыкновенно такія дѣйствія, какъ, напр., отнятіе вещи, лишеніе свободы, веденіе чужой рукой для подписи подъ обязательствомъ и т. д. Въ этихъ случаяхъ не можетъ быть никакого волеизъявленія, никакой юридической сдѣлки: все, что вынуждается такими средствами, по необходимости, ничтожно. Другое дѣло психическое или компульсивное принужденіе, которое достигаетъ своей цѣли не прямо, а косвенно, и именно—воздѣйствіемъ на чужую волю, давленіемъ на нее, угрозами и т. д. Такое принужденіе различается по своимъ условіямъ и производитъ различныя юридическія послѣдствія.

Не слѣдуетъ только думать, вмѣстѣ съ установившимся мнѣніемъ, чтобы то и другое принужденіе обусловливались необходимо: первое—физическими,

а второе — психическими дѣйствіями. Какъ физическія дѣйствія могутъ служить иногда средствомъ для компульсивнаго принужденія, — напр., если продолжительными истязаніями приводятъ кого-нибудь къ заключенію невыгодной для него сдѣлки, — такъ и психическими дѣйствіями можетъ опредѣляться въ нѣкоторыхъ случаяхъ и абсолютное принужденіе, т.-е. они также могутъ дѣлать невозможнымъ сознательное волеизъявленіе. Въ доказательство сказаннаго сошлемся на явленія гипнотизма, которыя обсуждаются уже съ точки зрѣнія уголовнаго права, но не находятъ еще себѣ признанія въ гражданскомъ правѣ. Но что они и здѣсь могутъ получить извѣстное значеніе, это легко увидѣть на научно обставленныхъ опытахъ надъ гипнотизмомъ, произведенныхъ, напр., подъ руководствомъ проф. Бернгейма въ Нанси. Въ ряду этихъ опытовъ, довольно указать на одинъ: субъектъ, получившій въ гипнотическомъ состояніи внушеніе совершить на слѣдующій день, въ такомъ-то часу, у такого-то нотаріуса, завѣщаніе такого-то содержанія, исполнилъ въ точности данное ему внушеніе уже въ послѣ-гипнотическомъ состояніи. Если бы подобный случай подвергся обсужденію суда, то этому послѣднему пришлось бы признать абсолютное, а не компульсивное принужденіе: дѣло шло бы о невмѣняемомъ психическомъ автоматѣ, безсознательномъ орудіи въ рукахъ гипнотизера, словомъ — о лицѣ, которое юридически не дѣйствуетъ и не способно къ волеизъявленію въ юридическомъ смыслѣ.

Компульсивное принужденіе дѣйствуетъ черезъ страхъ и служитъ такимъ же мотивомъ воли, какъ и обманъ. Отличіе состоитъ лишь въ томъ, что, вмѣсто ошибки, имъ вызывается такая обусловленная страхомъ ограниченность свободы выбора между различными рѣшеніями, которая опорочиваетъ сдѣлки въ томъ же смыслѣ, какъ и обманъ. Поэтому римскіе юристы и называли это принужденіе metus, а не vis, т.-е. страхомъ, а не насиліемъ, что, однако, не исправляетъ установленной по этому вопросу терминологіи, такъ какъ не страхъ, самъ по себѣ, вліяетъ на юридическія послѣдствія вызываемыхъ имъ сдѣлокъ, а только такой страхъ, который возбуждается угрозой какого-либо настоящаго или будущаго зла. Вотъ почему идея компульсивнаго принужденія и передается лучше словомъ „угроза“, хотя и объ угрозахъ, дѣйствующихъ на мотивы воли, слѣдуетъ также сказать, что онѣ ведутъ къ юридическимъ послѣдствіямъ не сами по себѣ, а лишь по достиженіи своей цѣли, т.-е. переходя въ сдѣлку. Кромѣ того, угрозы встрѣчаются въ жизни въ столь различныхъ формахъ, что ни одно право въ мірѣ не дѣлаетъ изъ нихъ, какъ таковыхъ, общаго основанія для ничтожности или оспоримости сдѣлокъ. Возьмемъ, напр., такія угрозы, какъ угрозу прервать дѣловыя сношенія, оставить мѣсто, вступить въ договоръ съ другимъ лицомъ, открыть конкуррирующее промышленное заведеніе и т. д. Подобныя угрозы составляютъ повседневное явленіе и не оказываютъ вліянія на дѣйствительность сдѣлокъ. Для того, чтобы опорочить сдѣлку,

угрозы должны удовлетворять извѣстнымъ условіямъ, отличающимъ ихъ отъ другихъ болѣе или менѣе сильно дѣйствующихъ мотивовъ воли, и указаннымъ самимъ объективнымъ правомъ. Какія же это условія, и какія юридическія послѣдствія сопровождаютъ заключенныя въ этихъ условіяхъ сдѣлки?

Римское право объявляло сдѣлку, совершонную подъ вліяніемъ компульсивнаго принужденія, дѣйствительной въ виду наличности въ ней воли, но въ извѣстныхъ условіяхъ давало лицу, подвергшемуся этому принужденію, сверхъ чрезвычайной преторской охраны, носившей названіе in integrum restitutio, еще два обыкновенныхъ средства защиты: actio quod metus causa и exceptio quod metus causa. Первое изъ этихъ средствъ защиты принадлежало, по современной терминологіи, къ категоріи actiones in rem scriptae, т.-е. это былъ обязательственный искъ съ дѣйствіемъ вещнаго, другими словами—онъ могъ быть предъявленъ не только къ виновнику принужденія, но и ко всякому третьему лицу, получившему какую-либо выгоду отъ сдѣлки, возникшей при посредствѣ принужденія. Съ помощью exceptio quod metus causa пострадавшій отъ принужденія защищался противъ его виновника въ случаѣ предъявленія этимъ послѣднимъ какихъ-либо требованій изъ вынужденной сдѣлки. И всѣ эти конкуррирующія между собой средства защиты были разсчитаны на устраненіе вредныхъ послѣдствій принужденія: они возвращали пострадавшему его собственность, если она утрачивалась, возстановляли его нарушенныя права по обязательствамъ и возмѣщали его убытки. Но этими средствами защиты могъ пользоваться только потерпѣвшій отъ принужденія со своими наслѣдниками, а никакъ не третьи лица, которыя могли бы ссылаться на принужденіе въ томъ случаѣ, если бы вынужденная сдѣлка считалась ничтожной. Она была только оспоримая и уже поэтому не предоставляла третьимъ лицамъ никакихъ правъ.

Условія оспоримости этой сдѣлки были по римскому праву таковы: а) угроза—все равно, идетъ-ли она отъ стороны въ сдѣлкѣ, или отъ третьяго лица,—должна быть дѣйствительная, а не мнимая, такъ что, если кто-нибудь побуждается къ сдѣлкѣ изъ субъективнаго страха, не оправдываемаго объективными условіями, напр., подозрительнымъ видомъ бродяги или страхомъ передъ старшими и начальствомъ, то объ оспоримости сдѣлки на основаніи принужденія не можетъ быть рѣчи; б) угрозы должны быть значительныя, способныя поколебать солиднаго человѣка („metus non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadit“, l. 6 D. 4, 2); таковы, напр., угрозы жизни, свободѣ какъ угрожаемаго, такъ и его семьѣ, но не угрозы доброму имени клеветой или процессуальнымъ споромъ; объ угрозахъ имуществу не упоминается; в) угрожаемое зло должно быть во власти того, кто имъ угрожаетъ, такъ что сюда не подойдутъ угрозы войной, эпидеміей и т. д.; г) угрозы должны быть юридически или нравственно недозволенныя, такъ что

угроза дозволеннымъ или такимъ дѣйствіемъ, на которое грозящій имѣетъ право, не опорочиваетъ вызванной ею сдѣлки; д) лицо, подвергающееся принужденію, должно терпѣть отъ него ущербъ; должникъ, котораго принудятъ къ платежу его долга даже недозволеннымъ дѣйствіемъ, напр., побоями, не получитъ ни in integrum restitutio, ни actio quod metus causa [1]).

Мы вошли въ нѣкоторыя детали римскаго ученія о принужденіи въ виду того, что это ученіе принято съ небольшими видоизмѣненіями почти всѣми современными законодательствами. Правда, что французскій кодексъ въ ст. 112—114 говоритъ о „personne raisonnable“ вмѣсто римскаго „homo constantissimus“ и ставитъ, сверхъ требованія угрозы по адресу именно такого „разсудительнаго человѣка“, еще условіе противозаконности угрозы, а многія нѣмецкія законодательства, и, въ ихъ числѣ, новое гражданское уложеніе, идутъ еще далѣе въ дѣлѣ смягченія условій оспоримости компульсивнаго принужденія, не требуя для него особыхъ качествъ ни въ лицѣ того, кто ему подвергается, ни въ благахъ, которыя оно имѣетъ своимъ предметомъ, ни въ немъ самомъ, если оно только противозаконно. Довольно, если принужденіе побуждаетъ данное лицо къ вступленію въ невыгодную для него сдѣлку. Физическія и духовныя слабости жертвы принужденія, ея нервозность, боязнь скандала, особыя условія, въ которыя она поставлена и т. д., могутъ вызвать оспоримость сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ и такого принужденія, которое въ обыкновенныхъ условіяхъ не возбуждаетъ противъ себя реакціи права. Точно также и принадлежность угрожаемаго блага къ категоріи указанныхъ римскими юристами правъ не составляетъ въ настоящее время условія оспоримости принужденія, такъ какъ цѣнность благъ измѣняется, и римскія воззрѣнія на этотъ предметъ несомнѣнно устарѣли. Поэтому и угрозы клеветой, судебнымъ споромъ, имущественнымъ ущербомъ и т. д. могутъ служить теперь такимъ же основаніемъ для оспариванія вынужденной сдѣлки, какъ и угрозы жизни и свободѣ. Единственнымъ условіемъ оспоримости сдѣлки на основаніи принужденія служитъ въ современномъ правѣ противозаконность и безнравственность дѣйствій, стѣсняющихъ свободу выбора, вмѣстѣ съ опредѣляющимъ значеніемъ такихъ дѣйствій для заключенной сдѣлки, и эту безнравственность и противозаконность относятъ одинаково къ угрозамъ, какъ средству вынудить сдѣлку, такъ и къ достигаемому черезъ нихъ результату. Вотъ почему оспоримыми признаются теперь, съ одной стороны, сдѣлки, вынужденныя не только недозволенными, но и дозволенными средствами, если они осуждаются нравственностью, каковы, напр., угроза доносами, перемѣной религіи и т. д., а съ другой—и сдѣлки, достигающія незаконными и безнравственными средствами, напр., побоями, вполнѣ законнаго результата, напр., платежа

[1]) Regelsberger, стр. 529—532. Kuhlenbeck, стр. 453 и слѣд.

долга. Послѣдній случай считается, однако, спорнымъ, такъ какъ многіе юристы стоятъ еще на римской точкѣ зрѣнія и, не допуская оспариванія того, что было исполнено въ силу обязанности („dolo facit qui petit quod redditurus est"), принимаютъ здѣсь отвѣтственность за одно лишь самоуправство. Мы предпочитаемъ противоположное рѣшеніе и могли бы подкрѣпить его многими законодательными нормами, хотя бы § 123 нѣмецкаго уложенія, не исключающимъ изъ общаго правила объ оспоримости принужденія и сдѣлокъ, вынужденныхъ самоуправствомъ. Достаточно сказать, что законъ вступалъ бы въ противорѣчіе съ самимъ собой, если бы онъ, съ одной стороны, наказывалъ кредитора за самоуправство, а съ другой—премировалъ его за это же самоуправство предоставленіемъ преимущественнаго удовлетворенія передъ другими, менѣе склонными къ насилію, кредиторами [1]).

Всѣ указанныя смягченія римскаго ученія, сдѣланныя болѣе всего подъ вліяніемъ „теоріи воли", не мѣшаютъ новымъ законодательствамъ оставаться на почвѣ римскаго права какъ въ основныхъ началахъ ученія о принужденіи, такъ даже и въ его частностяхъ.

Это особенно слѣдуетъ сказать о различіи между абсолютнымъ и компульсивнымъ принужденіемъ, изъ которыхъ первое продолжаетъ вызывать ничтожность, а второе—оспоримость сдѣлокъ, и о различіи юридическихъ послѣдствій сдѣлокъ, оспариваемыхъ на основаніи обмана и принужденія: тамъ—послѣдствія обязательственнаго, здѣсь—послѣдствія вещнаго права. И это различіе можно объяснить тѣмъ, что обманъ представляетъ собой менѣе рѣзкое посягательство на права личности, чѣмъ принужденіе, и, не находя въ первомъ случаѣ достаточнаго основанія для стѣсненія гражданскаго оборота привлеченіемъ къ отвѣтственности третьихъ лицъ, объективное право находитъ это основаніе во второмъ случаѣ достаточнымъ. Кромѣ того, защититься противъ обмана легче, чѣмъ противъ принужденія, и если бы въ послѣднемъ случаѣ все ограничивалось отвѣтственностью одного виновника принужденія, часто неплатежеспособнаго, то защита противъ этого порока сдѣлки была бы весьма призрачна.

Замѣтимъ еще, что изъ общаго правила объ оспоримости сдѣлокъ на основаніи компульсивнаго принужденія дѣлается исключеніе для посмертныхъ сдѣлокъ, которыя объявляются прямо ничтожными, разъ онѣ заключены подъ вліяніемъ того же принужденія, и вотъ по какимъ соображеніямъ. Объ оспариваніи этихъ сдѣлокъ ихъ авторомъ не можетъ быть рѣчи, такъ какъ его нѣтъ въ живыхъ. Такъ же не можетъ быть рѣчи объ оспариваніи этихъ сдѣлокъ и наслѣдниками умершаго, такъ какъ они сами или виновники принужденія или дестинатеры его выгодныхъ послѣдствій. Поэтому дѣйствительная помощь можетъ быть оказана

---

[1]) Eck, стр. 152—153.

здѣсь признаніемъ вынужденной сдѣлки ничтожной, а не только оспоримой [1]).

Обращаясь теперь къ нормамъ нашего права объ ошибкѣ, обманѣ и принужденіи, мы не можемъ не замѣтить крайней скудости и невыработанности этихъ нормъ вообще и совершеннаго отсутствія руководящихъ положеній по вопросу объ ошибкѣ, въ частности. Единственныя общія статьи нашего X т., которыя могли бы быть привлечены къ этому вопросу и дѣйствительно привлекаются къ нему практикой, это—ст. 700 и 701. Первая изъ нихъ уже приводилась: она говоритъ о непринужденномъ произволѣ и согласіи, какъ необходимыхъ условіяхъ законности способовъ пріобрѣтенія правъ по имуществу, а вторая—дополняетъ эти условія требованіемъ свободы произвола и указываетъ на исключеніе его: 1) принужденіемъ и 2) подлогомъ (см. еще ст. 571 и 1528). О другихъ разсмотрѣнныхъ выше обстоятельствахъ, опорочивающихъ сдѣлки вслѣдствіе оказывающагося въ нихъ противорѣчія между волей и ея выраженіемъ, нашъ законъ умалчиваетъ, и, встрѣчаясь съ ними, судамъ не остается ничего, какъ опираться на тѣ же 700 и 701 ст., дополняемыя нѣкоторыми частными указаніями Свода Законовъ.

На основаніи ст. 701, указывающей только на принужденіе и подлогъ и вовсе не упоминающей объ ошибкѣ, въ нашей литературѣ высказывалось даже мнѣніе, что ошибка по нашему праву не вредитъ вообще силѣ юридической сдѣлки, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда самъ законъ объявляетъ совершонную подъ ея вліяніемъ сдѣлку недѣйствительной (Мейеръ). Но это мнѣніе справедливо отвергается и большинствомъ нашихъ юристовъ, и судебной практикой, склоняющимися скорѣе къ тому взгляду, что приведенныя выше статьи нашего X т. служатъ достаточнымъ основаніемъ для оспариванія сдѣлокъ, совершонныхъ подъ вліяніемъ существенной ошибки, которой исключается какъ „непринужденный произволъ и согласіе“, такъ и предъявляемое спеціально къ договорамъ требованіе ихъ „правильнаго составленія“ (ст. 569) [2]). Это мнѣніе тоже не можетъ быть принято во всей его цѣлости, такъ какъ и въ нашемъ правѣ есть случаи, когда даже существенная ошибка остается безъ вліянія на дѣйствительность сдѣлки.

Такъ, мы имѣемъ ст. 72 Векс. Уст., по смыслу которой лицо, акцептирующее по забывчивости два образца векселя, обязано заплатить полностью по обоимъ образцамъ, предъявленныхъ къ нему одинъ за другимъ отъ разныхъ векселедержателей. Онъ можетъ искать убытки только съ виновнаго въ подлогѣ одного изъ этихъ образцовъ, если такой подлогъ имѣлъ мѣсто, но ошибка, вызванная какъ забывчивостью акцептанта,

---

[1]) Regelsberger, стр. 534.

[2]) Побѣдоносцевъ, Курсъ I, стр. 120 и слѣд. Анненковъ, Система I, стр. 388—390.

такъ и подлогомъ векселя, не колеблетъ силы этой сдѣлки и не избавляетъ того, кто ошибается, отъ невыгодныхъ послѣдствій его ошибки, не всегда исправляемыхъ и искомъ объ убыткахъ, кромѣ случая очевидности подлога, когда акцептантъ не обязанъ платить по позже акцептированному имъ образцу векселя (та же ст. 72, въ концѣ). Аналогичное постановленіе мы имѣемъ и въ X т., котораго ст. 2015 говоритъ о непріемлемости никакихъ показаній должника и его наслѣдниковъ о безденежности крѣпостныхъ заемныхъ писемъ. Изъ этого закона слѣдуетъ, что нельзя заявлять спора о безденежности крѣпостныхъ заемныхъ писемъ, ссылаясь и на существенную ошибку, сопровождавшую ихъ совершеніе, такъ что, если основываться только на этомъ законѣ и Вексельномъ Уставѣ, то можно было бы думать, что у насъ вовсе не признается вліянія ошибки на силу юридической сдѣлки. Но это заключеніе было бы невѣрно потому, что извѣстное безразличіе ошибки въ отношеніи къ силѣ юридическихъ сдѣлокъ принимается какъ европейскимъ, такъ и нашимъ правомъ не вообще, а лишь для нѣкоторыхъ сдѣлокъ, и особенно абстрактныхъ и формальныхъ актовъ оборотнаго права, требующихъ, какъ это намъ уже извѣстно, особой прочности и особаго довѣрія къ себѣ, независимо отъ своихъ субъективныхъ моментовъ [1]).

Чтобы убѣдиться въ томъ, что наше право относится къ ошибкѣ во многихъ случаяхъ иначе, чѣмъ оно дѣлаетъ это въ указанныхъ сейчасъ нормахъ, довольно сослаться на ст. 529 и 1206 X т. Ст. 529 имѣетъ въ виду слѣдующій случай: кто-нибудь, владѣя ошибочно какимъ-нибудь имѣніемъ на основаніи права законнаго наслѣдованія, когда имѣніе это уже завѣщано другому, продаетъ его третьему лицу, такъ же не освѣдомленному объ ошибочности даннаго владѣнія. Ни одно изъ ошибающихся здѣсь лицъ не терпитъ ущерба отъ своей ошибки: имѣніе остается за покупщикомъ, а продавецъ возвращаетъ собственнику лишь вырученныя отъ продажи деньги, оставляя, какъ добросовѣстный владѣлецъ, за собой плоды и доходы съ имѣнія, которымъ онъ владѣлъ по ошибкѣ, не зная о недостаткѣ легальныхъ качествъ этого владѣнія. Ст. 1206 опредѣляетъ, что духовныя завѣщанія, учиненныя съ очевидной ошибкой въ лицѣ или имуществѣ, недѣйствительны, и, по аналогіи, это правило распространено какъ многими изъ нашихъ юристовъ, такъ и сенатской практикой, особенно часто оперирующей имъ, и на другія сдѣлки [2]).

О дѣйствіи обмана на юридическія сдѣлки мы имѣемъ прямое указаніе въ приводившейся уже ст. 701, гдѣ обманъ названъ подлогомъ и не безъ основанія сопоставленъ съ принужденіемъ: въ обоихъ случаяхъ

---

[1]) Ср. Дювернуа, Чтенія, стр. 648—9, гдѣ правильно указывается на такой же формальный и безповоротный характеръ и множества сдѣлокъ ипотечной системы.

[2]) Анненковъ, тамъ же.

совершитель сдѣлки служитъ невольнымъ орудіемъ чужихъ цѣлей. И, хотя въ нашей юридической литературѣ остается спорнымъ, опорочивается-ли сдѣлка только подлогомъ, какъ видомъ обмана, носящимъ несомнѣнно уголовный характеръ, или вообще обманными дѣйствіями, могущими и не носить такого характера, нашъ Сенатъ разрѣшаетъ этотъ споръ въ смыслѣ опороченія сдѣлокъ не только уголовнымъ, но и гражданскимъ обманомъ. Въ неоднократныхъ рѣшеніяхъ по этому вопросу (1878, № 129, 1890, № 9, 1901, № 86 и др.) установлено съ совершенной очевидностью, что „свободная воля договаривающихся подрывается не только обманомъ въ смыслѣ уголовномъ, но и въ случаѣ введенія въ заблужденіе обманутой стороны для склоненія ея къ заключенію невыгодной сдѣлки, какъ посредствомъ ложныхъ удостовѣреній, такъ и черезъ умолчаніе истины, и безъ тѣхъ признаковъ, которыми опредѣляется обманъ, какъ уголовное преступленіе“. Такія дѣйствія устраняютъ, по разъясненіямъ Сената, наличность требуемаго ст. 700 и 1528 свободнаго согласія на заключеніе сдѣлки и могутъ вести къ признанію ея недѣйствительности даже въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствія эти и не составляютъ уголовно-наказуемаго обмана.

Этотъ выводъ, признающій за всякими обманными дѣйствіями способность опорочивать сдѣлку, если только ими нарушается свобода согласія, подтверждаютъ и другія постановленія нашего закона. Такъ, въ силу ст. 1518 X т., въ случаѣ передачи по договору купли-продажи движимаго имущества, несоотвѣтствующаго по добротѣ условіямъ договора, таковое отдается по просьбѣ покупщика обратно продавцу. Ст. 546 XI т. 2 ч. Уст. Торг. объявляетъ недѣйствительнымъ договоръ морского страхованія, между прочимъ, и въ тѣхъ случаяхъ, когда кто-либо, заключая этотъ договоръ, скрываетъ дѣйствительныя качества или количества отдаваемыхъ на страхъ товаровъ, груза, или преувеличиваетъ ихъ дѣйствительную стоимость и т. д.

Что касается принужденія, то мы видѣли, что оно признано нашимъ законодательствомъ (ст. 701) обстоятельствомъ, нарушающимъ свободу произвола и поэтому уже опорочивающимъ сдѣлку, совершонную подъ его вліяніемъ. Опредѣленіе принужденія даетъ намъ ст. 702: „Принужденіе бываетъ, когда кто-либо, бывъ захваченъ во власть другого, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательство насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество“. Указаніе въ этомъ законѣ на особый признакъ принужденія въ словахъ: „бывъ захваченъ во власть другого“ заимствовано изъ гл. X, ст. 251 Уложенія царя Алексѣя Михайловича и даетъ поводъ нѣкоторымъ изъ нашихъ юристовъ, напр., Побѣдоносцеву, и высказывавшейся до послѣдняго времени въ томъ же смыслѣ сенатской практикѣ—думать, что принужденіе опорочиваетъ у насъ юридическія сдѣлки только тогда, когда оно сопровождается насиль-

ственными дѣйствіями, караемыми, притомъ, уголовнымъ закономъ [1]). Но толкованіе это невѣрно по слѣдующимъ соображеніямъ. Во-1) указанный въ приведенныхъ словахъ признакъ физическаго насилія носитъ, вслѣдствіе своего чисто-механическаго воспроизведенія изъ Уложенія 1649 г., казуистическій характеръ и не имѣетъ рѣшающаго значенія для принужденія, какъ обстоятельства, исключающаго свободу произвола [2]). Во-2) невозможность ограничить понятіе принужденія однимъ физическимъ насиліемъ вытекаетъ изъ послѣднихъ словъ той же ст. 702, которыя говорятъ о принужденіи къ сдѣлкѣ „страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть лицо (угрожаемаго) или (его) имущество“ [3]). Наконецъ, въ-3) оставленіе въ составѣ X т. изд. 1887 г. ст. 702, вмѣстѣ съ исключеніемъ изъ него и перенесеніемъ въ Уложеніе о наказаніяхъ тѣхъ статей, которыя говорили о принужденіи, какъ объ уголовно-наказуемомъ дѣяніи, указываетъ на то, что принужденіе можетъ состоять и у насъ въ дѣйствіяхъ, не составляющихъ наказуемаго дѣянія, или преступленія. Въ этомъ смыслѣ высказывается въ послѣднее время и нашъ Кассаціонный Сенатъ, разъясняя что „по смыслу ст. 700 и 701 X т. I ч., подъ принужденіемъ, нарушающимъ свободу произвола и согласія, слѣдуетъ разумѣть не одно только насильственное физическое дѣйствіе, наказуемое уголовнымъ закономъ, но и нравственное принужденіе, посредствомъ угрозъ, возбуждающее серьезный страхъ передъ настоящимъ и будущимъ дѣйствительнымъ зломъ“ (рѣш. 1901 г. № 21). Въ нашемъ законѣ нѣтъ ближайшаго опредѣленія этого страха, и если Дювернуа упрекаетъ за это нашъ законъ въ томъ, что онъ ставитъ слишкомъ широко признаки опорочивающаго сдѣлки принужденія, то мы готовы согласиться скорѣе съ редакторами проекта нашего будущаго гражданскаго уложенія, когда они говорятъ, что „разрѣшеніе вопроса о вліяніи страха на свободу воли, въ связи съ значительностью ожидаемаго вреда, зависитъ отъ особенностей каждаго даннаго случая и отъ субъективныхъ свойствъ даннаго лица, опредѣляемыхъ его возрастомъ, поломъ, умственнымъ развитіемъ, и что, слѣдовательно, едва-ли возможно преподать по сему предмету въ законѣ какія-либо твердыя руководящія правила для судебной практики“ [4]).

Дѣйствительные недостатки постановленій нашего законодательства о принужденіи мы видимъ въ томъ, что эти постановленія во-1) не указываютъ на причинную связь между насильственнымъ дѣйствіемъ и вызываемой имъ сдѣлкой, и во-2) ограничиваютъ понятіе оспоримаго принужденія зломъ, наносимымъ въ настоящемъ или будущемъ одному угро-

---

[1]) Журналъ гражд. и угол. права, III, стр. 125—6.
[2]) Дювернуа, стр. 652.
[3]) Мейеръ, Русское гражд. право, стр. 145—9.
[4]) Гражданское Уложеніе съ объясненіями, I, стр. 192

жаемому лицу. Между тѣмъ еще римскіе юристы указывали справедливо на то, что, напр., родителей, по ихъ любви къ дѣтямъ, гораздо легче напугать угрозами, направленными на дѣтей, чѣмъ на нихъ самихъ, и почти всѣ европейскіе кодексы распространяютъ понятіе оспоримаго принужденія и на эти случаи. Проектъ нашего гражданскаго уложенія идетъ еще дальше, допуская, по примѣру „общаго права“ Германіи, оспариваніе принужденія не только противъ родственниковъ (супруговъ, восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ по французскому кодексу) угрожаемаго, но и противъ его близкихъ, къ числу которыхъ можно отнести друзей, воспитанниковъ и т. д. [1]).

Слѣдуетъ еще упомянуть о неопредѣленномъ постановленіи ст. 703 X т., тоже заимствованномъ изъ Уложенія Алексѣя Михайловича и требующемъ во-1) немедленнаго заявленія въ полицію о принужденіи потерпѣвшаго отъ него лица и во-2) просьбы его о производствѣ изслѣдованія объ этомъ принужденіи въ теченіе, по крайней мѣрѣ, недѣльнаго срока. Эти требованія не имѣютъ, однако, юридическаго значенія, такъ какъ во-1) за ними не стоитъ никакой санкціи, и во-2) они тѣсно связаны съ несуществующимъ теперь слѣдственнымъ процессомъ [2]). Единственно возможный смыслъ этихъ требованій можетъ лежать, по вѣрному замѣчанію Дювернуа, въ томъ, что они хотятъ побудить заинтересованное лицо къ немедленному оглашенію событія принужденія, и, конечно, эта цѣль достигается лучше нѣмецкимъ уложеніемъ, когда оно оговариветъ только „умышленное промедленіе“ („schuldhaftes Zögern“) и устанавливаетъ, вмѣстѣ съ другими законодательствами, короткій срокъ давности въ 1 годъ для предъявленія всѣхъ споровъ о принужденіи [3]).

13. Добавочныя опредѣленія воли при юридическихъ сдѣлкахъ.

Если юридическія сдѣлки кристализуются, какъ мы это видѣли, въ извѣстные типы, представляющіе ихъ законный составъ (essent. neg.), то это не значитъ, чтобы къ нимъ нельзя было прибавить ничего, не принадлежащаго къ этому составу и обязаннаго своимъ происхожденіемъ свободному усмотрѣнію сторонъ. Законный составъ сдѣлки не исключаетъ дополняющихъ его индивидуальныхъ опредѣленій частной воли, такъ какъ люди — не шаблоны, и то, что кажется достаточнымъ при обычномъ ходѣ жизни, можетъ въ иныхъ обстоятельствахъ оказаться и недостаточнымъ. Правда, существуютъ сдѣлки, которыя не допускаютъ въ своемъ

---

[1]) Тамъ же, стр. 193.
[2]) Анненковъ, тамъ же, стр. 387—8.
[3]) Дювернуа, тамъ же, стр. 655—6.

составѣ никакихъ дополненій и измѣненій: таковы, напр., бракъ, узаконеніе, усыновленіе, переходъ собственности по ипотечнымъ книгамъ и т. д. Но внѣ этого круга чисто легальныхъ по своему составу сдѣлокъ (actus legitimi), стороны могутъ вводить отъ себя въ подавляющее большинство сдѣлокъ и такіе фактическіе моменты, которые расширятъ или сузятъ ихъ содержаніе и болѣе или менѣе приблизятъ его къ ихъ настоящимъ потребностямъ и цѣлямъ. Эти присоединяемыя къ сдѣлкѣ волей ея сторонъ и осложняющія ея законный составъ части сдѣлки и называютъ обыкновенно добавочными опредѣленіями, изъ пестрой массы которыхъ выдѣляются два, а иногда и три наиболѣе важныхъ вида: условіе, срокъ и такъ наз. modus, передаваемый на русскій языкъ описательнымъ выраженіемъ: „возложенія обязанности“.

Сходство этихъ трехъ добавочныхъ опредѣленій сдѣлки между собой состоитъ въ томъ, что всѣ они во-1) одинаково добавочны, т.-е. не входятъ въ законный составъ сдѣлки, хотя и могутъ имѣть такое существенное значеніе, что безъ нихъ данная сдѣлка вовсе не была бы заключена; во-2) всѣ они отвлекаются въ извѣстной мѣрѣ отъ настоящаго и приспособляютъ содержаніе сдѣлки къ будущему положенію дѣлъ. Отличіе же, въ частности, условія отъ срока лежитъ въ томъ, что тамъ юридическія послѣдствія сдѣлки пріурочиваются къ неизвѣстному будущему событію и могутъ какъ наступить, такъ и не наступить, здѣсь—эти же послѣдствія пріурочиваются къ достовѣрному въ будущемъ событію и всегда наступаютъ. Но какъ условіе, такъ и срокъ отличаются отъ „возложенія обязанности“ тѣмъ, что тамъ юридическія послѣдствія обусловливаются или задерживаются будущимъ событіемъ, здѣсь—они наступаютъ безъ всякаго условія или задержки и обязываютъ только къ извѣстному дѣйствію. Разсмотримъ теперь каждое изъ этихъ добавочныхъ опредѣленій сдѣлки въ отдѣльности.

А) Условіе (condicio). Слово „условіе“ употребляется на юридическомъ языкѣ въ широкомъ и тѣсномъ, или техническомъ смыслѣ. Въ широкомъ смыслѣ условіемъ называютъ всякій актъ соглашенія между двумя или нѣсколькими лицами, или ту часть этого соглашенія, безъ которой другія его части не могли бы существовать. Въ первомъ случаѣ мы говоримъ о заключеніи „условія“, какъ говоримъ о заключеніи сдѣлки, и понятіе условія совпадаетъ съ понятіемъ общаго состава сдѣлки. Во второмъ случаѣ мы имѣемъ въ виду существенныя части состава сдѣлки, ея essentialia (conditio juris), и тутъ понятіе условія сближается съ понятіемъ самаго основанія сдѣлки. Но въ тѣсномъ, или технически-юридическомъ смыслѣ условіе не смѣшивается ни съ общимъ, ни съ существеннымъ составомъ сдѣлки. Условіе въ этомъ смыслѣ есть только добавочное и чуждое само по себѣ законному составу сдѣлки опредѣленіе частной воли, которымъ юридическія послѣдствія сдѣлки ставятся въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія какого-либо неизвѣстнаго и

лежащаго въ будущемъ событія. И это событіе обусловливаетъ только юридическія послѣдствія сдѣлки, но не самую сдѣлку, которая существуетъ уже въ настоящемъ и разсматривается независимо отъ своихъ нерѣшенныхъ еще послѣдствій. Поэтому, напр., болѣе позднее завѣщаніе, сдѣланное и подъ какимъ-либо условіемъ, отмѣняетъ болѣе раннее завѣщаніе, если это послѣднее даже ничѣмъ не условлено [1]).

Обычную грамматическую форму условія представляютъ два поставленныхъ во взаимную связь предложенія, изъ которыхъ первое начинается частицей „если", а второе—частицей „то". Но это, конечно, не единственная и, можетъ быть, даже не наиболѣе употребительная въ гражданскомъ оборотѣ форма условныхъ сдѣлокъ. Можно, напр., обязаться къ выдачѣ извѣстной суммы денегъ для постройки дома,—и эта постройка окажется условіемъ выдачи денегъ,—или обязаться къ пріобрѣтенію извѣстнаго числа акцій на какое-нибудь предпріятіе въ предположеніи, что значительная часть тѣхъ же акцій будетъ разобрана другими лицами,—и это предположеніе опять составитъ условіе даннаго обязательства.

Чтобы оцѣнить практическое значеніе условной сдѣлки, надо вдуматься въ отношеніе между ея составными частями. Предложеніе, начинающееся съ частицы „если", выражаетъ мотивъ сдѣлки, перенесенный въ будущее. Предложеніе, открывающееся частицей „то", указываетъ на обусловливаемый этимъ мотивомъ результатъ. Поэтому условная сдѣлка имѣетъ значеніе антиципаціи, или предваренія будущаго. Она принимаетъ впередъ мѣры на случай того или другого положенія вещей, имѣющаго возникнуть въ моментъ наступленія условія. Напр., я хочу купить имѣніе, которое и продавецъ хочетъ уступить мнѣ, но у меня нѣтъ сейчасъ денегъ, которыя я разсчитываю получить только по наступленіи извѣстнаго событія. Ставя наступленіе этого событія условіемъ даннаго пріобрѣтенія, я и продавецъ имѣнія достигаемъ желанной цѣли, которая безъ этого условія была бы недостижима. Или: должностное лицо нанимаетъ въ столицѣ квартиру на случай своего перевода въ столицу, или выговариваетъ себѣ отступленіе отъ подобнаго же договора найма въ случаѣ своего перемѣщенія въ другой городъ. Еще примѣръ: я обязываюсь купить извѣстный участокъ земли, если въ его окрестности пройдетъ предполагаемая желѣзная дорога, и т. д.

Все это имѣетъ огромное практическое значеніе. „Ни одинъ гражданскій оборотъ, какъ бы ничтоженъ онъ ни былъ—писалъ Іерингъ—не можетъ ограничить себя исключительно потребностями настоящаго. Уже простѣйшія потребности толкаютъ человѣка къ будущему, и право должно указать ему формы, въ которыхъ онъ могъ бы обезпечить это будущее за собой, за своими цѣлями. Кто, имѣя надобность въ какомъ-нибудь сервитутѣ, въ виду сооружаемаго имъ зданія, могъ бы ждать окончанія

[1]) Enneccerus, ук. соч., I, стр. 175. Windscheid-Kipp, стр. 452 и слѣд.

постройки этого зданія для обезпеченія за собой неотложно требуемаго сервитута? Отсюда—необходимость для гражданскаго оборота срока (dies ex quo). Но одного срока недостаточно. Цѣлесообразныя и необходимыя распоряженія о будущемъ зависятъ часто отъ различныхъ состояній этого будущаго. Если бы они предпринимались только на основаніи настоящаго, то во многихъ случаяхъ отъ нихъ пришлось бы воздержаться. Вотъ гдѣ лежитъ основаніе оборотной потребности въ условіи. Оно только и даетъ полное и практическое выраженіе идеѣ юридическаго господства надъ будущимъ. Притягивая къ кругу нашихъ дѣйствій различныя комбинаціи, разсчеты, ожиданія, и предоставляя намъ средство распоряжаться тѣмъ, что только возможно, съ такой же увѣренностью, съ какой мы распоряжаемся тѣмъ, что уже существуетъ,—условіе эманципируетъ насъ отъ рамокъ настоящаго и подчиняетъ намъ будущее, безъ подчиненія насъ этому будущему“ [1]).

Отсюда уже видно, какъ ошибочно представленіе Савиньи и большинства слѣдующихъ за нимъ нѣмецкихъ пандектистовъ объ условіи, какъ о такъ наз. „самоограниченіи воли“. Въ основаніи этого представленія лежитъ, очевидно, смѣшеніе понятія условія въ житейскомъ и широкомъ смыслѣ, — гдѣ оно дѣйствительно ограничиваетъ волю или какъ ея необходимый мотивъ (я хочу только въ извѣстныхъ условіяхъ, а не безусловно), или какъ часть законнаго состава сдѣлки (я могу хотѣть только въ предписываемыхъ объективнымъ правомъ условіяхъ),— съ условіемъ въ технически-юридическомъ смыслѣ, которымъ область господства частной воли не только не ограничивается, а, напротивъ, расширяется отъ настоящаго на будущее. Это условіе, въ своемъ юридическомъ строеніи, есть форма, при посредствѣ которой сдѣлка, стоящая, по общему правилу, въ зависимости только отъ своего законнаго состава, ставится еще въ такую же зависимость и отъ своихъ мотивовъ. Это, такъ сказать—индивидуальное распространеніе фактическаго состава сдѣлки, придатокъ къ ея законному составу, какъ это видно уже изъ римскаго обозначенія условія словами: con-dicio.

Устанавливаемая условіемъ зависимость юридическихъ послѣдствій сдѣлки отъ наступленія какого-нибудь будущаго и неизвѣстнаго событія выражается въ томъ, что эти послѣдствія или возникаютъ, или прекращаются съ наступленіемъ обусловливающаго ихъ событія. Отсюда— основное различіе между суспензивными, или отлагательными, и резолютивными, или разрѣшительными условіями. Первыми обусловливается возникновеніе, вторыми—прекращеніе юридическихъ послѣдствій сдѣлки, и обѣ категоріи условія одинаково предполагаютъ до своего наступленія промежуточное и нерѣшенное состояніе права: въ первомъ случаѣ—состояніе бездѣйствія, переходящее съ наступленіемъ условія въ полноту дѣйствія;

[1]) Ihering, Geist, IV, стр. 164.

во второмъ—дѣятельное состояніе, разрѣшающееся съ тѣмъ же наступленіемъ условія въ полную бездѣятельность.

Эта нерѣшенность юридическаго состоянія, во все время передъ наступленіемъ условія, и эта неизвѣстность поставленнаго самими сторонами условія — составляютъ характерныя черты условія въ технически-юридическомъ смыслѣ, и отличаютъ его отъ другихъ только отчасти сходныхъ съ нимъ юридическихъ фактовъ, которые называютъ часто „ненастоящими условіями“ именно потому, что эти послѣдніе не заключаютъ въ себѣ ни элемента неизвѣстности, ни иниціативы участниковъ сдѣлки. Гдѣ нѣтъ неизвѣстности, и, притомъ, объективной, т.-е. такой, которая лежитъ въ природѣ вещей, а не только въ сознаніи участниковъ сдѣлки, тамъ нѣтъ и условія. Его нѣтъ и тамъ, гдѣ обусловленность юридическихъ послѣдствій есть результатъ опредѣленій, постороннихъ волѣ участниковъ сдѣлки. Поэтому изъ понятія условія исключается а) по отсутствію элемента неизвѣстности:

во-1) все, что принадлежитъ настоящему и прошлому. Область объективно-неизвѣстнаго есть только будущее, и если ничто не мѣшаетъ обусловливать сдѣлки и обстоятельствами, лежащими въ прошломъ и настоящемъ, и только субъективно-неизвѣстными, то такія сдѣлки не будутъ условными уже потому, что онѣ не вызовутъ того неопредѣленнаго и нерѣшеннаго состоянія юридическихъ отношеній, которое составляетъ главную особенность условныхъ сдѣлокъ и главное основаніе для спеціальнаго регулированія возникающихъ здѣсь отношеній. При обусловленности сдѣлки событіемъ, которое объективно извѣстно и неизвѣстно лишь для ея сторонъ, мы получимъ такую альтернативу: или это событіе имѣло мѣсто, и тогда сдѣлка была съ самаго начала безусловная, или оно не имѣло мѣста, и сдѣлка не произведетъ никакихъ послѣдствій, какъ бы ея вовсе не было.

Но такъ какъ и въ будущемъ многое можетъ быть объективно-извѣстно, то изъ понятія „условія“ исключаются:

во-2) и всѣ невозможныя условія, т.-е. такія, о которыхъ уже при заключеніи сдѣлки можно сказать, что они не наступятъ—все равно, по естественнымъ или юридическимъ основаніямъ. Приведемъ примѣрно упоминаемое римскими юристами условіе коснуться пальцемъ неба („si coelum digito tetigeris“) или условіе о пріобрѣтеніи вещи, изъятой изъ гражданскаго оборота. Здѣсь съ самаго начала ясно, что условіе не наступитъ, и не возникнетъ также предполагаемаго имъ состоянія нерѣшенности даннаго юридическаго отношенія. Поэтому въ подобныхъ случаяхъ и не можетъ быть вопроса объ условномъ или безусловномъ характерѣ сдѣлки, а можетъ быть вопросъ только о дѣйствительности или недѣйствительности сдѣлки, поставленной въ связь съ невозможнымъ условіемъ, и этотъ вопросъ разрѣшается различно, смотря по значенію какъ этой связи, такъ и самой невозможности условія.

Къ невозможнымъ причисляютъ обыкновенно и безнравственныя условія, запрещенныя объективнымъ правомъ, и новыя законодательства сходятся съ римскимъ правомъ въ томъ, что они объявляютъ всѣ сдѣлки, заключенныя подъ такимъ условіемъ — все равно, суспензивнымъ или резолютивнымъ,—одинаково недѣйствительными. Это само собой объясняется тѣмъ, что условіе вводится сторонами въ составъ сдѣлки и не можетъ содержать въ себѣ ничего, что ставило бы ее въ противорѣчіе съ принудительными запретами права. Но здѣсь необходима слѣдующая оговорка.

Невозможныя условія ведутъ, по общему правилу, къ недѣйствительности сдѣлки тогда, когда они выступаютъ, въ то же время, суспензивными условіями, и отъ нихъ зависитъ наступленіе какихъ-либо юридическихъ послѣдствій. Наоборотъ, если невозможное условіе есть резолютивное, и имъ опредѣляется только прекращеніе какихъ-нибудь юридическихъ послѣдствій, то оно не вредитъ дѣйствительности сдѣлки и остается безъ вліянія на нее. Во французскомъ кодексѣ мы находимъ еще такое ограничивающее вліяніе невозможныхъ условій постановленіе (art. 900): присоединенныя къ возмезднымъ сдѣлкамъ, эти условія аннулируютъ эти сдѣлки; присоединенныя, напротивъ, къ безмезднымъ сдѣлкамъ, какъ посмертнымъ, такъ и прижизненнымъ, они только зачеркиваются и оставляютъ эти сдѣлки въ силѣ. Это постановленіе представляетъ собой не что иное, какъ неудачное обобщеніе и расширеніе одного изъ римскихъ правилъ толкованія юридическихъ сдѣлокъ. Въ силу этого правила невозможныя условія должны вести, въ случаяхъ сомнѣнія, къ недѣйствительности только прижизненныхъ сдѣлокъ, тогда какъ распоряженія послѣдней воли, въ виду уваженія къ этой волѣ, должны, по возможности, удерживаться въ силѣ, а присоединенныя къ нимъ невозможныя условія—считаться, какъ бы, не существующими и не препятствующими исполненію этихъ распоряженій. Но это правило толкованія можетъ примѣняться только тамъ, гдѣ невозможность условія не сознается тѣмъ, кто его ставитъ. Если же это сознаніе налицо, какъ, напр., въ случаѣ отказа извѣстной суммы денегъ подъ условіемъ воздушнаго полета на луну, то единственно допустимымъ толкованіемъ такого распоряженія послѣдней воли нормальнаго человѣка было бы то, что это распоряженіе есть дурная шутка или замаскированное нежеланіе какого бы то ни было отказа. Примѣненіе къ подобнымъ случаямъ римскаго правила толкованія послѣдней воли было бы противно какъ справедливости, такъ и самому принципу уваженія послѣдней воли, и нѣмецкое уложеніе не заключаетъ въ себѣ ни французскаго, ни римскаго различія сдѣлокъ въ отношеніи къ оцѣнкѣ невозможныхъ условій, предоставляя это дѣло исключительно усмотрѣнію суда. И рѣшающую роль въ практикѣ этого дѣла играетъ теперь не столько содержаніе условія, сколько тенденція сдѣлки, которая поддерживается правомъ въ сопровожденіи даже невозможныхъ условій, если она идетъ на удовлетвореніе серьезныхъ интересовъ, и осуждается

имъ, если условіе служитъ только средствомъ для достиженія безнравственныхъ цѣлей.

По тому же соображенію о недостаткѣ неизвѣстности въ понятіе условія не входятъ:

въ-3) и такъ наз. необходимыя условія, т.-е. такія, которыя при самомъ заключеніи сдѣлки не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что они наступятъ или не наступятъ. Напр., я обязуюсь заплатить столько-то, если такое-то лицо умретъ, или покупаю домъ подъ условіемъ, чтобъ его не посѣщалъ духъ умершаго владѣльца, и т. д. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ замаскированное опредѣленіе срока, во второмъ—такое невозможное условіе, которое не вліяетъ на дѣйствительность заключенной сдѣлки и не дѣлаетъ ее ни на мигъ условной.

Несовмѣстима съ понятіемъ условія:

въ-4), и такъ назыв. condicio perplexa, т.-е. противорѣчивое условіе, заключающее въ себѣ внутреннее противорѣчіе; имъ одинаково вызывается недѣйствительность сдѣлокъ какъ между живыми, такъ и на случай смерти.

б) По отрѣшенности отъ иниціативы участниковъ сдѣлки понятіемъ условія исключаются и упоминавшіяся выше condiciones juris, повторяющія какое-либо законное предположеніе юридическихъ послѣдствій той или другой сдѣлки. Это предположеніе можетъ основываться или на юридической природѣ сдѣлки, требующей, напр., брака для приданаго, смерти завѣщателя для юридическихъ послѣдствій завѣщанія и т. д., или на положительномъ законѣ, предписывающемъ, напр., платежъ или кредитованіе цѣны вещи для пріобрѣтенія собственности на нее по договору купли-продажи и т. д. Такія условія представляютъ собой ненужный и не имѣющій юридическаго значенія придатокъ къ безусловной сдѣлкѣ, такъ какъ они содержатъ въ себѣ только то, что обязательно уже въ силу закона. Къ нимъ не примѣняютъ положеній, установленныхъ для настоящихъ условій, и ихъ называютъ также молчаливыми условіями. Но этого названія лучше избѣгать, такъ какъ оно подаетъ поводъ къ смѣшенію законнаго состава сдѣлки съ молчаливыми волеизъявленіями самихъ участниковъ сдѣлки, которыя могутъ заключать въ себѣ и настоящія условія.

Общее правило относительно постановки условія таково: кто имѣетъ право изъявлять свою волю, тотъ имѣетъ право и связывать ее тѣмъ или другимъ условіемъ, насколько это явно или конклюдентно не исключено закономъ. Такое исключеніе можетъ опираться или на нравственныя соображенія (напр., запрещеніе условнаго брака, условнаго усыновленія, такого же признанія законности рожденія и т. д.), или на интересы гражданскаго оборота (напр., запрещеніе условной ипотеки, условнаго зачета, условнаго принятія наслѣдства и т. д.), или на требованія юридической опредѣленности (напр., запрещеніе условныхъ векселей и т. д.). Въ

общемъ, можно еще замѣтить, что сдѣлки имущественнаго права, за немногими исключеніями, допускаютъ всѣ удовлетворяющія указаннымъ выше требованіямъ условія, какъ остановливающія, такъ и прекращающія ихъ юридическія послѣдствія, тогда какъ сдѣлки, имѣющія отношеніе къ правамъ личнаго состоянія и вообще правамъ личности, противятся, какъ общее правило, включенію въ нихъ какихъ бы то ни было условій.

Виды условія. Условіе можетъ быть:

во-1), фактическое, когда оно вытекаетъ изъ фактическаго отношенія, напр., я заплачу столько-то, если такое-то лицо умретъ въ такой-то промежутокъ времени, и юридическое, когда оно основано на юридическомъ отношеніи, напр., заплачу столько-то, если N вступитъ со мной въ договоръ займа;

во-2), положительное, если для его наступленія требуется какое-нибудь измѣненіе въ существующемъ порядкѣ вещей, напр., я плачу столько-то, если ты выѣдешь за границу, и отрицательное, когда такое измѣненіе не только не требуется, но и исключается намѣреніемъ сторонъ, напр., плачу столько-то, если ты останешься на родинѣ;

въ-3) случайное (condicio causalis), когда оно не зависитъ отъ воли участвующихъ сторонъ, и произвольное (condicio potestativa), когда оно требуетъ для своего наступленія дѣйствія или бездѣйствія той стороны, которой оно поставлено. Произвольныя, или потестативныя условія раздѣляются, въ свою очередь, на:

а) просто-потестативныя, выражаемыя какимъ-либо внѣшнимъ дѣйствіемъ, напр., актомъ брака или переселенія въ такой-то городъ, когда тотъ и другой актъ дѣлаются условіемъ заключенной сдѣлки; и б) чисто-потестативныя, стоящія въ зависимости только отъ усмотрѣнія того или другого участника сдѣлки, внѣ связи съ какимъ бы то ни было инымъ, имѣющимъ проявиться во внѣ дѣйствіемъ: напр., я заплачу, если захочу („si voluerim“), или если ты этого захочешь („si volueris“). Первая категорія потестативныхъ условій не препятствуетъ возникновенію юридическихъ послѣдствій условной сдѣлки даже въ томъ случаѣ, если такого рода условіе ставится обязанной въ ней сторонѣ, такъ какъ, несмотря на зависимость его отъ воли этой стороны, оно все-таки обязываетъ ее на случай вступленія въ бракъ, переселенія въ городъ и т. д. Приведемъ, въ видѣ примѣра такого потестативнаго условія, еще слѣдующій случай: я предоставляю Вамъ право преимущественной покупки моего дома, если только я продамъ его. Обязательство зависитъ здѣсь отъ моей воли, такъ какъ я могу продать и не продать своего дома; но, разъ рѣшившись на эту продажу, я буду обязанъ совершить ее Вамъ, а не кому-либо другому, и потестативное условіе вступитъ въ силу. Напротивъ, потестативныя условія второй категоріи, поставленныя въ исключительную зависимость отъ усмотрѣнія управомоченной или обязанной стороны, или вовсе не будутъ условіями, или будутъ не-

дѣйствительными условіями. Первый случай представитъ намъ такое потестативное условіе на сторонѣ кредитора, который останется такъ же управомоченнымъ, какъ если бы этого условія не было (condicio juris); второй случай мы будемъ имѣть при подобномъ же потестативномъ условіи на сторонѣ должника, который ни къ чему не обязывается, обусловливая свое обязательство только своимъ усмотрѣніемъ.

Различаютъ, наконецъ, въ-4) суспензивное и резолютивное условія, и это различіе мы разсмотримъ нѣсколько подробнѣе, такъ какъ оно представляется наиболѣе существеннымъ.

а) Суспензивныя условія, характеризуемыя тѣмъ, что они опредѣляютъ собой возникновеніе юридическаго эффекта сдѣлки, представляютъ, наравнѣ съ резолютивными условіями, два послѣдовательныхъ состоянія всякой условной сдѣлки: 1) начинающееся въ моментъ ея заключенія и продолжающееся до наступленія или ненаступленія условія состояніе нерѣшенности предположенныхъ ею юридическихъ послѣдствій (condicio pendenti), и 2) состояніе рѣшенности этихъ послѣдствій (condicio existit) въ положительномъ или отрицательномъ смыслѣ, смотря по тому, наступаетъ или не наступаетъ поставленное для нихъ условіе. Наступленіе этого условія состоитъ въ совершеніи событія или исполненіи дѣйствія, составляющаго содержаніе условія, а ненаступленіе — въ доказанной невозможности того же событія или дѣйствія. Что надо считать наступленіемъ и ненаступленіемъ условія, и съ какого момента, это опредѣляется толкованіемъ сдѣлки и зависитъ отъ фактической обстановки каждаго даннаго случая. И не этотъ вопросъ составляетъ проблему и главную особенность условной сдѣлки, а вопросъ объ юридической квалификаціи того промежуточнаго состоянія, которое предшествуетъ событію, устанавливающему „быть или не быть“ сдѣлки. Это состояніе есть частный случай уже встрѣчавшагося намъ послѣдовательнаго осуществленія состава сдѣлки: условіе возводится волей сторонъ въ конститутивный факторъ или существенный моментъ того состава сдѣлки, который не производитъ всѣхъ своихъ юридическихъ послѣдствій иначе, какъ въ связи съ обусловливающимъ ихъ событіемъ. Но съ извѣстными и весьма существенными послѣдствіями условной сдѣлки, создающими юридическую связанность ея сторонъ, мы встрѣчаемся уже въ этомъ приготовительномъ состояніи къ полнотѣ ея юридическаго эффекта. И если эти послѣдствія должны быть строго отличены отъ другихъ, еще не возникшихъ и могущихъ только возникнуть изъ условной сдѣлки правъ и обязанностей, то въ нихъ все-таки лежитъ, какъ мы это сейчасъ увидимъ, и характерная особенность условной сдѣлки, и основаніе ея такъ наз. „обратнаго дѣйствія“.

Условное волеизъявленіе сдѣлано, и, удовлетворяя требованіямъ своего законнаго состава, оно такъ же обязательно для сдѣлавшаго его лица, какъ и волеизъявленіе, ничѣмъ не обусловленное. Если это—договоръ, то

отступленіе отъ него возможно только на тѣхъ основаніяхъ, на которыхъ совершается отступленіе и отъ всѣхъ другихъ договоровъ. Договаривающіяся стороны обязаны относиться къ предмету условной сдѣлки такъ же заботливо, какъ и къ предмету всякой иной сдѣлки, и нарушеніе этой обязанности влечетъ за собой отвѣтственность за убытки. Это, равно какъ и другія послѣдствія условной сдѣлки, на которыя мы сейчасъ укажемъ, еще въ періодъ ея нерѣшеннаго состоянія (pendente condicione), объясняются тѣмъ, что условная сдѣлка, хотя и разсчитана на будущее, должна производить юридическія послѣдствія и въ настоящемъ: иначе ея цѣль не была бы достигнута, послѣдствія въ настоящемъ суть предположеніе дѣйствія въ будущемъ. Въ ряду этихъ послѣдствій отмѣтимъ слѣдующія.

Условно-обязанному лицу воспрещено препятствовать—все равно, злонамѣренно (dolo malo) или по неосмотрительности—наступленію условія. Римское право защищало въ этомъ случаѣ управомоченнаго по условной сдѣлкѣ тѣмъ, что предоставляло ему считать нарушенное злонамѣренно условіе, какъ бы, наступившимъ. Такъ же поступаетъ, отрѣшаясь отъ предположенія о злонамѣренности, и большинство европейскихъ законодательствъ, въ числѣ которыхъ мы находимъ какъ французскій кодексъ (art. 1178), такъ и новое нѣмецкое уложеніе, заключающее въ своемъ § 162 слѣдующее постановленіе: „Если препятствіе наступленію условія оказано вопреки доброй совѣсти (wider Treu und Glauben) стороной, терпящей невыгоду отъ наступленія условія, то условіе считается наступившимъ. Если наступленіе условія вызвано вопреки доброй совѣсти стороной, которой это выгодно, условіе считается не наступившимъ“.

Такая юридическая связанность условно-обязаннаго, а, слѣдовательно, и юридическая защита условно-управомоченнаго лица—идетъ еще дальше. Она вводитъ условную сдѣлку въ составъ имущества, позволяетъ переносить содержащееся въ ней условное право въ другія руки, отчуждать его, закладывать, передавать по наслѣдству, предъявлять въ судъ искъ о признаніи этого права, требовать обезпеченія его залогомъ, поручительствомъ, депозитомъ и, въ извѣстныхъ случаяхъ, даже арестомъ имущества должника. Наконецъ, условное право должника поступаетъ въ учреждаемый надъ его имуществомъ конкурсъ, а предъявленное въ тотъ же конкурсъ условное право кредитора получаетъ здѣсь свое обезпеченіе. Но еще важнѣе то, что юридическая связанность воли сторонъ въ условной сдѣлкѣ даетъ мѣсто, съ одной стороны, иску объ убыткахъ противъ обязаннаго подъ суспензивнымъ условіемъ лица, если ненаступленіе условія можетъ быть поставлено въ вину этому лицу (§ 160), и съ другой—поражаетъ въ случаѣ наступленія того же условія недѣйствительностью всѣ несовмѣстимыя съ нимъ распоряженія, предпринятыя въ періодъ нерѣшеннаго состоянія сдѣлки (§ 161). Возникаетъ, слѣдовательно, какъ обязательственная связанность, затрагивающая только участниковъ сдѣлки (возмѣщеніе убытковъ), такъ и вещная связанность, которая захватываетъ

третьихъ лицъ и вызываетъ недѣйствительность распоряженій (напр., продажи, залога), препятствующихъ наступленію всѣхъ юридическихъ послѣдствій условной сдѣлки [1]).

Однако, и при указанныхъ юридическихъ послѣдствіяхъ состоянія, предшествующаго наступленію условія, условное право не можетъ считаться уже возникшимъ, какъ зародышъ человѣческаго существа (nasciturus) не можетъ считаться лицомъ и субъектомъ права. Тотъ, кто передаетъ въ другія руки подъ суспензивнымъ условіемъ собственность или обязательство, остается до наступленія этого условія попрежнему собственникомъ и кредиторомъ своего должника. Онъ не только пользуется своимъ правомъ и удерживаетъ за собой его плоды и другія выгоды даже въ томъ случаѣ, если условіе переданнаго имъ права наступитъ, но и настолько свободно распоряжается этимъ правомъ, что всѣ его распоряженія сохраняютъ силу на случай, если условіе заключенной имъ сдѣлки не наступитъ. Условное право не можетъ быть осуществлено до наступленія его условія, и въ случаѣ обратнаго требованія платежа, произведеннаго по обязательству, условіе котораго еще не наступило, этотъ платежъ возвращается, какъ недолжный. Условное право есть только юридически защищенное ожиданіе права, которое при ненаступленіи условія лишается своего содержанія и исчезаетъ. Но наступленіе условія дѣлаетъ это ожиданіе права настоящимъ правомъ и, открывая возможность его осуществленія, превращаетъ условную сдѣлку въ безусловную. И это превращеніе происходитъ ipso jure, безъ участія сторонъ, которыя сдѣлали уже все, что отъ нихъ требовалось. Такимъ образомъ, завершеніе условной сдѣлки мы имѣемъ только въ моментъ наступленія ея условія, когда вопросъ о предположенныхъ ею правахъ и обязанностяхъ получаетъ утвердительное разрѣшеніе. Съ этого лишь момента мы можетъ говорить о полнотѣ юридическаго эффекта условной сдѣлки.

Но какъ исчислять пріобрѣтеніе права по этой сдѣлкѣ: со времени-ли ея заключенія или наступленія ея условія? Этотъ вопросъ есть вопросъ объ „обратномъ дѣйствіи“ условія, и онъ принадлежитъ къ числу наиболѣе обсуждавшихся и контроверзныхъ вопросовъ во всей теоріи пандектнаго права. Господствовавшая до послѣдняго времени доктрина, опираясь на нѣкоторыя и, притомъ, весьма спорныя рѣшенія римскихъ юристовъ, утверждала „обратное дѣйствіе“ условія, т.-е. восхожденіе въ случаѣ наступленія условія къ моменту заключенія условной сдѣлки, и этой послѣдней приписывалось поэтому то же дѣйствіе, что и всякой безусловной сдѣлкѣ. Въ основаніи этой доктрины лежитъ, очевидно, фикція возникновенія права еще до наступленія опредѣляющаго его условія, и, хотя эта фикція принята французскимъ кодексомъ (art.

[1]) Dernburg, Bürg. R., стр. 456—8. Biermann, стр. 296—9.

1179) и нѣкоторыми другими законодательствами, напр., цюрихскимъ (art. 1163—64), она, какъ и всѣ фикціи, противорѣчитъ дѣйствительности и, кромѣ того, опровергается какъ своимъ первоисточникомъ, т.-е. римскимъ правомъ, такъ и спеціальными постановленіями даже мирящихся съ нею законодательствъ. Напр., французскій же кодексъ, въ своемъ art. 1182, снимаетъ съ продавца по суспензивно-условной сдѣлкѣ всякую отвѣтственность за цѣлость вещи, если эта послѣдняя погибаетъ безъ вины продавца въ промежутокъ времени между заключеніемъ сдѣлки и наступленіемъ ея условія. Поэтому-то французская юриспруденція и утверждается все болѣе и болѣе въ томъ взглядѣ, что, не производя само по себѣ никакихъ юридическихъ послѣдствій, указанная фикція имѣетъ цѣлью только объяснить нѣкоторыя изъ приведенныхъ выше послѣдствій условной сдѣлки въ стадію ея нерѣшеннаго состоянія, и что внѣ этой функціи она лишена всякаго значенія [1]).

О нѣмецкой юриспруденціи двухъ послѣднихъ десятилѣтій надо сказать, что, подъ вліяніемъ Виндшейда и своего новаго гражданскаго уложенія, она впадаетъ въ противоположную крайность и приходитъ къ совершенному отрицанію „обратнаго дѣйствія“ условія, внѣ того случая, когда оно установлено самими сторонами въ сдѣлкѣ [2]). Этимъ самымъ она лишаетъ себя возможности объяснить тѣ признанныя ею же объективныя послѣдствія условной сдѣлки, которыя наступаютъ раньше, чѣмъ разрѣшается ея условіе. Основаніе этимъ послѣдствіямъ закладывается, несомнѣнно, въ болѣе ранній моментъ, чѣмъ тотъ, когда условное право разрѣшается въ безусловное, и вотъ почему какъ эти уже указанныя нами послѣдствія, такъ и нѣкоторыя другія, какъ, напр., essentialia сдѣлки, ея дата и т. д., пріурочиваются къ моменту заключенія сдѣлки, а не къ моменту наступленія ея условія. Напротивъ, другія и важнѣйшія послѣдствія той же сдѣлки, а именно—непосредственное осуществленіе условнаго права, отвѣтственность за гибель вещи, пользованіе ея плодами, теченіе исковой давности противъ того же права и т. д.—пріурочиваются къ моменту наступленія условія, такъ что, отвергая „обратное дѣйствіе“ условія, когда его относятъ ко всѣмъ послѣдствіямъ условной сдѣлки и трактуютъ эту послѣднюю такъ, какъ бы она была готова и заключала всѣ свои послѣдствія уже въ моментъ своего заключенія, мы утверждаемъ это „обратное дѣйствіе“, когда его принимаютъ въ отношеніи не ко всѣмъ, а лишь къ нѣкоторымъ изъ послѣдствій условной сдѣлки, возникающимъ ранѣе наступленія ея условія. И такъ какъ обѣ категоріи и оба направленія послѣдствій условной сдѣлки признаются одинаково какъ сторонниками, такъ и противниками „обратнаго дѣйствія“

---

[1]) Capitant, ук. соч., стр. 317—320.

[2]) Windscheid Kipp, стр. 473—476. Biermann, стр. 301. Crome, стр. 445—446.

условія, то мы можемъ считать настоящій споръ чисто словеснымъ, или „стилистическимъ“ [1]).

Во всякомъ случаѣ, „обратное дѣйствіе“ условія въ разъясненномъ сейчасъ смыслѣ должно быть принято изъ практическихъ соображеній, такъ какъ безъ него условныя сдѣлки не достигали бы своей цѣли, и если нѣмецкое гражданское уложеніе отрицаетъ въ принципѣ „обратное дѣйствіе“ условія (§ 158), то оно же признаетъ его въ своихъ отдѣльныхъ постановленіяхъ. Это видно, между прочимъ, изъ установленныхъ имъ въ § 161 и приведенныхъ выше послѣдствій вещнаго права условныхъ сдѣлокъ. Если я закладываю, напр., 1 марта мою вещь въ формѣ условной сдѣлки А и, затѣмъ, въ періодъ нерѣшеннаго состоянія этой сдѣлки, закладываю 1 мая ту же вещь безъ всякаго условія Б, между тѣмъ какъ условіе первой сдѣлки наступаетъ 1 іюля, то залоговое право А исчисляется съ 1 марта, а не съ 1 іюля, и предпочитается, какъ болѣе старшее, залоговому праву Б. Или: собственникъ продаетъ и передаетъ свою вещь подъ суспензивнымъ условіемъ и, вступая снова во владѣніе этой вещью, вторично продаетъ и передаетъ ее до наступленія условія первой продажи другому лицу. Второй покупщикъ при наступленіи условія первой продажи подвергается виндикаціонному иску перваго покупщика, и вторая продажа оказывается недѣйствительной. Точно также въ случаѣ уступки (цессіи) или залога подъ суспензивнымъ условіемъ какого-либо обязательства и вторичной уступки или залога того же обязательства другому лицу, позднѣйшая уступка и позднѣйшій залогъ при наступленіи условія болѣе раннихъ сдѣлокъ будутъ недѣйствительны. Все это есть не что иное, какъ „обратное дѣйствіе“ условія—въ томъ же смыслѣ, въ какомъ мы говоримъ въ исключительныхъ случаяхъ и объ обратномъ дѣйствіи закона, и все это вполнѣ гармонируетъ съ оборотной функціей условныхъ сдѣлокъ, которая иначе ничѣмъ не была бы гарантирована.

Эта функція чужда условнымъ сдѣлкамъ на случай смерти, и поэтому въ отношеніи къ нимъ объ обратномъ дѣйствіи условія не можетъ быть рѣчи. Но и въ договорныхъ отношеніяхъ „между живыми“ это „обратное дѣйствіе“ примѣнимо лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда оно не исключено соглашеніемъ сторонъ, и его никогда не слѣдуетъ толковать въ смыслѣ завершенія условной сдѣлки въ моментъ ея заключенія. Это противорѣчило бы, съ одной стороны, природѣ суспензивнаго условія, не допускающей раздѣленія суспензивно-условной сдѣлки на двѣ части, но предполагающей, напротивъ, единство этой сдѣлки и необходимую связанность ея юридическихъ послѣдствій поставленнымъ для нихъ условіемъ,—и, съ другой стороны, это противорѣчило бы и прямымъ законодательнымъ постановленіямъ, исключающимъ „обратное дѣйствіе“, какъ мы это уже

[1]) Leonhard, Der allg. Theil des BGB., стр. 404—405.

видѣли, въ отношеніи, напр., къ осуществленію условнаго права, плодамъ вещи и т. д.

б) Резолютивныя условія ставятъ въ зависимость отъ наступленія какого-либо будущаго и неизвѣстнаго событія не возникновеніе, а прекращеніе уже возникшаго юридическаго отношенія, и имѣютъ поэтому цѣлью расторженіе состоявшейся юридической сдѣлки и уничтоженіе уже возникшихъ послѣдствій этой сдѣлки на случай наступленія событія, которое должно положить конецъ какъ существованію сдѣлки, такъ и всѣмъ ея юридическимъ послѣдствіямъ: таково, напр., уничтоженіе продажи въ случаѣ несвоевременной уплаты цѣны за вещь и т. д.

Въ своемъ практическомъ значеніи резолютивныя условія уступаютъ на много суспензивнымъ, и они были долго неизвѣстны даже римскому праву, тонко разработавшему все ученіе о сдѣлкахъ. Признанныя здѣсь довольно поздно и снабженныя послѣдствіями вещнаго права только при Юстиніанѣ, они конструировались римскими юристами, какъ добавочныя сдѣлки подъ суспензивнымъ условіемъ, присоединяемыя къ главной и безусловной сдѣлкѣ. И дѣйствительно, если я продаю вещь подъ условіемъ уничтоженія этой продажи въ случаѣ неуплаты мнѣ въ такой-то срокъ цѣны за проданную вещь, я дѣлаю два волеизъявленія: одно—безусловное и направленное на установленіе права покупщика на проданную ему вещь, и другое—суспензивно-условное, имѣющее содержаніемъ уничтоженіе этого права въ случаѣ неуплаты цѣны за вещь. Такимъ образомъ, мы имѣемъ здѣсь сдѣлку, производящую всѣ свои юридическія послѣдствія независимо отъ условія, которое присоединяется къ ней только для уничтоженія этихъ послѣдствій, и поэтому римскіе юристы были правы, когда они говорили о резолютивномъ условіи: obligatio pura, quod sub conditione resolvitur. Но современные юристы протестуютъ обыкновенно противъ такого расщепленія резолютивнаго условія на двѣ сдѣлки и видятъ въ немъ, по большей части, такое же единство сдѣлки, какъ и при суспензивномъ условіи.

Указываемое различіе между римскимъ и новымъ взглядомъ не имѣетъ, однако, практическаго значенія, такъ какъ, и при допущеніи въ случаѣ резолютивнаго условія двухъ сдѣлокъ, онѣ не отдѣляются другъ отъ друга, не слѣдуютъ различнымъ судьбамъ, а остаются связанными. И новые юристы, и новыя законодательства, слѣдуютъ въ большинствѣ случаевъ Юстиніанову праву въ томъ, что они признаютъ послѣдствія вещнаго права за наступленіемъ и резолютивнаго условія. Такъ, напр., нѣмецкое уложеніе уравниваетъ почти во всемъ резолютивное условіе съ суспензивнымъ и въ своемъ § 158 устанавливаетъ, что съ наступленіемъ резолютивнаго условія сдѣлка прекращаетъ свое юридическое существованіе: „съ этого момента возстановляется прежнее юридическое состояніе“, т.-е. то состояніе, которое предшествовало заключенію сдѣлки. Отсюда—слѣдующія послѣдствія: владѣлецъ резолютивно-условленнаго права можетъ во все время до наступленія условія располагать своимъ правомъ во всемъ его объемѣ,

отчуждать его, искать по суду, устанавливать въ немъ и для него сервитуты, требовать исполненія содержащагося въ немъ обязательства и т. д. Но пріобрѣтеніе резолютивно-условленнаго права слѣдуетъ считать все-таки нерѣшеннымъ (in pendente), такъ какъ съ наступленіемъ резолютивнаго условія всѣ поставленныя въ зависимость отъ него права и обязанности прекращаютъ свое существованіе въ силу закона (ipso jure). Поэтому и производныхъ отъ нихъ правъ лишаются также третьи лица.

Нѣтъ сомнѣнія, что эти послѣдствія вещнаго права имѣютъ характеръ „обратнаго дѣйствія", такъ какъ приведенный выше § 161 нѣмецкаго уложенія касается, наравнѣ съ суспензивными, и резолютивныхъ условій. Смягчается и ограничивается это „обратное дѣйствіе" какъ резолютивныхъ, такъ и суспензивныхъ условій многочисленными нормами того же уложенія въ пользу добросовѣстныхъ владѣльцевъ. Но вопреки тѣмъ же послѣдствіямъ вещнаго права, участники резолютивно-условной сдѣлки, подобно суспензивной, могутъ связать себя и только личными обязательствами, которыя не затронутъ при наступленіи условія правъ третьихъ лицъ. Такое значеніе можетъ получить, напр., сдѣлка о прекращеніи совершонной уже купли-продажи, если купленный товаръ не понравится покупщику. Наконецъ, резолютивнаго условія касается и цитированный выше § 162 нѣмецкаго уложенія.

Наше право не содержитъ въ себѣ ни опредѣленія, ни особыхъ нормъ, касающихся условій. Но что условія и въ разъясненномъ выше смыслѣ имъ допускаются, на это мы имѣемъ многочисленныя указанія какъ въ нашей сенатской практикѣ, такъ и въ слѣдующихъ законахъ X т. I ч.: ст. 1530 дозволяетъ включать въ договоръ всякія условія, закону не противныя; ст. 1425 и 1428 повторяютъ то же относительно купчихъ крѣпостей (ср. ст. 63 Полож. о нотар. ч.); ст. 976 разрѣшаетъ дѣлать дары подъ условіемъ; ст. 933 говоритъ, что въ случаѣ пожалованія казенной земли подъ условіемъ ея заселенія или устройства на ней хозяйственнаго заведенія, она обращается въ полную собственность лица, ее получившаго, не прежде, какъ по исполненіи этихъ условій, и т. д.

Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ ни положительнаго, ни отрицательнаго отвѣта и на вопросъ объ „обратномъ дѣйствіи" условія. Судебная практика и мнѣнія нашихъ теоретиковъ такъ же противорѣчивы по вопросу объ этомъ „обратномъ дѣйствіи", какъ и европейская юриспруденція и законодательства. По высказаннымъ уже соображеніямъ мы стоимъ за „обратное дѣйствіе" въ приведенномъ выше значеніи этого понятія, насколько оно не исключено противоположнымъ ему соглашеніемъ сторонъ, и въ этомъ же смыслѣ высказывается отчасти и нашъ проектъ новаго гражданскаго уложенія—въ отношеніи, по крайней мѣрѣ, тѣхъ условныхъ обязательствъ, „которыя состоятъ въ передачѣ особливо опредѣленнаго имущества (недвижимаго имѣнія, движимой вещи или права)" [1].

[1]) Гражданское Уложеніе съ объясненіями, I, стр. 228.

Б) Срокъ (dies), присоединяемый къ сдѣлкѣ, понимается также въ широкомъ и тѣсномъ (техническомъ) смыслѣ. Въ первомъ случаѣ срокомъ называютъ добавочное волеизъявленіе, которымъ начало или конецъ юридическихъ послѣдствій сдѣлки ставится въ зависимость отъ времени, въ которое то или другое событіе можетъ наступить, все равно, извѣстно или неизвѣстно наступленіе этого событія въ указанное для него время. Понятіе срока въ этомъ смыслѣ обнимаетъ собой и понятіе условія, такъ какъ срокъ, относительно котораго мы не знаемъ, наступитъ-ли онъ, хотя бы намъ и указывался возможный моментъ его наступленія (dies incertus an, certus quando), не отличается отъ условія и подчиняется тѣмъ же правиламъ, что̀ и это послѣднее. Въ примѣръ неизвѣстности срока при извѣстности момента его возможнаго наступленія приведемъ обязательство уплатить опредѣленную сумму денегъ въ день совершеннолѣтія кредитора или достиженія имъ 70-тилѣтняго возраста, а какъ на примѣръ неизвѣстности срока, соединенной съ неизвѣстностью и момента его наступленія (dies incertus an et quando), можно указать на обязательство уплатить что-либо въ день вступленія кредитора въ бракъ или рожденія его перваго ребенка.

Въ тѣсномъ или техническомъ смыслѣ срокъ есть лишь такое присоединяемое къ сдѣлкѣ сторонами добавочное опредѣленіе воли, въ силу котораго юридическія послѣдствія сдѣлки ставятся въ зависимость, цѣликомъ или отчасти, отъ момента времени, который необходимо долженъ наступить, и который уже поэтому, несмотря на свое отношеніе къ будущему, не заключаетъ въ себѣ ничего неизвѣстнаго. Срокъ въ этомъ смыслѣ есть всегда dies certus, могущій быть, однако, какъ dies certus an, certus quando, когда онъ опредѣляется по календарю (напр., обязуюсь уплатить въ такой-то день такого-то года), такъ и dies certus an, incertus quando, когда извѣстность срока затемнена неизвѣстностью момента его наступленія (напр., обязуюсь уплатить въ день смерти такого-то). Этотъ смыслъ срока есть преобладающій какъ въ законодательныхъ опредѣленіяхъ, такъ и въ юриспруденціи, и мы, прежде всего, скажемъ, что и такой срокъ сходенъ во многомъ съ условіемъ. Это сходство выражается въ слѣдующемъ.

Во-1) какъ срокъ, такъ и условіе покоятся на частной волѣ, характеризуются чертами добавочныхъ опредѣленій сдѣлки и не требуются ея законнымъ составомъ.

Во-2) какъ срокъ, такъ и условіе устанавливаютъ зависимость юридическихъ послѣдствій сдѣлки отъ будущаго и непремѣнно возможнаго событія, такъ что, напр., вексель, написанный на 30 февраля, будетъ признанъ недѣйствительнымъ.

Въ-3) какъ условіемъ, такъ и срокомъ опредѣляется или возникновеніе, или прекращеніе юридическихъ послѣдствій сдѣлки, и различію суспензивныхъ и резолютивныхъ условій соотвѣтствуетъ такое же

различіе суспензивныхъ и резолютивныхъ сроковъ; первые означаютъ обыкновенно словами: dies ex quo, или начальнымъ срокомъ (Anfangstermin), послѣдніе—dies ad quem, или конечнымъ срокомъ (Endtermin). Тамъ срокомъ обусловлено возникновеніе, здѣсь—прекращеніе послѣдствій сдѣлки, и въ обоихъ случаяхъ наступленію срока предшествуетъ промежуточная стадія сдѣлки, соотвѣтствующая нерѣшенному состоянію ея послѣдствій при суспензивныхъ и резолютивныхъ условіяхъ.

Въ-4) сдѣлки, не допускающія присоединенія къ себѣ условія [1]), не допускаютъ, по общему правилу, и присоединенія срока, хотя, въ противоположность римскому праву, которое разрѣшало, съ одной стороны, назначеніе наслѣдника подъ суспензивнымъ условіемъ, но не суспензивнымъ срокомъ (этотъ послѣдній зачеркивался) и, съ другой—запрещало здѣсь какъ резолютивныя условія, такъ и резолютивные сроки,—новыя законодательства часто разрѣшаютъ въ этомъ случаѣ и суспензивныя условія, и резолютивные сроки, напр., назначеніе наслѣдникомъ одного лица послѣ другого.

Указанными чертами сходства между срокомъ и условіемъ объясняется распространеніе на срокъ, во всѣхъ случаяхъ сомнѣнія, правилъ, установленныхъ для условія, напр, отвѣтственность обязаннаго по срочному обязательству лица за убытки передъ управомоченнымъ по этому же обязательству лицомъ, уничтоженіе всѣхъ сдѣланныхъ до наступленія срока распоряженій, насколько они несовмѣстимы съ предположенными срочными сдѣлками послѣдствіями, и т. д. [2]).

Но между срокомъ и условіемъ есть и существенное различіе, состоящее, прежде всего, въ извѣстности перваго и неизвѣстности второго. Этимъ различіемъ вызывается бо́льшая прочность и надежность правъ, пріобрѣтаемыхъ по срочной сдѣлкѣ: это—не только эвентуальныя, но и во всякомъ случаѣ пріобрѣтаемыя права, почему, напр., французскій кодексъ (art. 1185) и опредѣляетъ срокъ, какъ событіе, только откладывающее исполненіе обязательства. То же различіе срока отъ условія устраняетъ само собой и аналогическое распространеніе на срокъ тѣхъ установленныхъ для условія положеній, которыя касаются недостовѣрности послѣдствій условной сдѣлки, напр., положеній о препятствованіи наступленію условія [3]).

Наконецъ, присоединеніе срока къ сдѣлкѣ можетъ имѣть два значенія: а) право будетъ считаться возникшимъ въ моментъ заключенія сдѣлки, и только осуществленіе его отложено до наступленія срока, б) наступленіемъ срока будетъ обусловлено возникновеніе самого права.

---

[1]) См. выше, стр. 758, 763—4.

[2]) Regelsberger, стр. 575—9. Leonhard, стр. 413—418. Biermann, стр. 312—315. Crome, стр. 448—450.

[3]) Crome въ ук. м.

Первый случай мы имѣемъ, несомнѣнно, при всѣхъ срочныхъ обязательствахъ, разсчитанныхъ, какъ и всѣ обязательства, на будущее, и уже поэтому допускающихъ отдѣленіе момента своего возникновенія отъ момента осуществленія. Главное послѣдствіе обязательства—его исполненіе должникомъ—пріурочено въ срочныхъ обязательствахъ къ моменту наступленія ихъ срока: съ этого лишь момента должникъ, уклоняющійся отъ исполненія обязательства, несетъ невыгодныя послѣдствія просрочки, и съ этого же момента кредиторъ отправляетъ, по общему правилу, и свое право иска. Но если, съ другой стороны, намъ извѣстно, что уже условныя сдѣлки сопровождаются существенными юридическими послѣдствіями и до наступленія обусловливающихъ ихъ событій, то нельзя не признать того же и относительно срочныхъ обязательствъ. Это признаніе мы и находимъ въ большинствѣ европейскихъ законодательствъ и, особенно, въ новомъ нѣмецкомъ уложеніи, которое допускаетъ, съ одной стороны, досрочное, вопреки волѣ кредитора, исполненіе должникомъ своего обязательства (§ 271), и исключаетъ, съ другой стороны—въ противоположность тому, что происходитъ при условныхъ сдѣлкахъ,—обратное требованіе уплаченнаго по ошибкѣ до срока. Затѣмъ, мы уже указывали на отвѣтственность должника по срочнымъ обязательствамъ за убытки, причиняемые имъ кредитору и до наступленія срока по этимъ обязательствамъ, а изъ того, что кредиторъ распоряжается ими, какъ своимъ имуществомъ, включаетъ ихъ въ свой торговый балансъ, предъявляетъ на конкурсѣ, гдѣ сроки по этимъ обязательствамъ считаются уже наступившими, отчуждаетъ эти же обязательства, передаетъ ихъ по наслѣдству и т. д., нельзя не заключить, что срочныя обязательства существуютъ, какъ обязательства, съ самаго момента заключенія срочной сдѣлки, и что только осуществленіе ихъ отлагается до наступленія срока [1]).

Не такъ несомнѣнно и, во всякомъ случаѣ, видоизмѣнимо то же положеніе въ отношеніи къ срочнымъ сдѣлкамъ, имѣющимъ своимъ предметомъ вещныя права, распоряженія на случай смерти, и, вообще, такія волеизъявленія, которыя обусловливаютъ наступленіемъ срока, по общепринятому воззрѣнію, не осуществленіе права, а самое его существованіе. Древне-римское право, въ силу указаннаго выше принципа одновременности наступленія всѣхъ послѣдствій каждаго даннаго права [2]), не признавало до наступленія срока (dies ex quo) существованія права. Но новое римское право отступило отъ этого принципа въ отношеніи, по крайней мѣрѣ, къ суспензивнымъ срокамъ, и, принявъ аналогію между срокомъ, какъ моментомъ осуществленія права, и суспензивнымъ условіемъ, какъ моментомъ вступленія сдѣлки въ силу, оно отвергло, въ отношеніи

---

[1]) Dernburg, Das Bürgerl. R., I, стр. 462—3.

[2]) См. выше, стр. 631, 723.

къ передачѣ собственности (traditio) и нѣкоторыхъ другихъ правъ, такую же аналогію между резолютивнымъ условіемъ и срокомъ, какъ моментомъ прекращенія правъ (dies ad quem); и этому сроку было приписано только обязательственное дѣйствіе, не затрагивающее правъ третьихъ лицъ. Этотъ взглядъ справедливо оспаривался Іерингомъ, указавшимъ на отсутствіе всякаго основанія относиться и къ передачѣ собственности при суспензивномъ срокѣ иначе, чѣмъ при резолютивномъ: въ обоихъ случаяхъ слѣдуетъ или ограничиться обязательственными послѣдствіями, или принять и послѣдствія вещнаго права. Если же послѣдствія вещнаго права, которыя Іерингъ объясняетъ не „обратнымъ дѣйствіемъ", а „связанностью объекта права" (пассивное дѣйствіе права) [1]), признаны въ отношеніи къ условію, то нѣтъ основанія не признавать ихъ и въ отношеніи къ сроку; иначе невѣрное право пользовалось бы болѣе обезпеченной защитой чѣмъ вѣрное [2]).

Защищаемый Іерингомъ взглядъ принятъ и новымъ нѣмецкимъ уложеніемъ, котораго § 163 распространяетъ, съ одной стороны, нормы, установленныя для суспензивнаго условія, на суспензивные сроки (dies ex quo), и съ другой—допускаетъ послѣдствія вещнаго права и для резолютивнаго срока (dies ad quem). Этотъ послѣдній касается сдѣлки, получившей уже свое осуществленіе, и наступленіе его возстановляетъ прежнее состояніе непосредственно и ipso jure, т.-е. безъ содѣйствія сторонъ и въ силу одного закона (§ 158). Поэтому при резолютивномъ, какъ и при суспензивномъ срокѣ, распоряженія, касающіяся предмета сдѣлки, въ промежуточную стадію между ея заключеніемъ и наступленіемъ срока, будутъ недѣйствительны, поскольку они противорѣчатъ здѣсь наступленію только отсроченныхъ юридическихъ послѣдствій, а тамъ—возстановленію также отсроченнаго до извѣстнаго момента времени состоянія. Исключенія установлены, какъ и въ отношеніи къ условію, для добросовѣстныхъ пріобрѣтателей вещи, служащей предметомъ сдѣлки.

На старой точкѣ зрѣнія стоитъ еще французская юриспруденція, продолжая отрицать „обратное дѣйствіе" за резолютивнымъ срокомъ и признавать его только за резолютивнымъ условіемъ. Поэтому, напр., узуфруктъ и другія права, устанавливаемыя на время жизни даннаго лица, считаются прекращенными со смертью этого лица только на будущее время, безъ всякаго ущерба для извлеченныхъ изъ нихъ выгодъ въ прошломъ [3]).

Нашъ X т. не содержитъ въ себѣ особыхъ постановленій о срокѣ, какъ добавочномъ опредѣленіи воли, и смѣшиваетъ его въ этомъ смыслѣ съ условіемъ (ст. 1530). Такъ же поступаетъ и нашъ проектъ граж-

[1]) См. выше, стр. 384—7.

[2]) Ihering, Geist, IV, стр. 171, 535. Kuhlenbeck, стр. 379—383.

[3]) Planiol, стр. 122—3.

данскаго уложенія, подчиняя срокъ правиламъ, установленнымъ для условія (ст. 77).

В) „Возложеніе обязанности“ (Modus) въ широкомъ смыслѣ есть всякій модалитетъ сдѣлки, т.-е. указанный сторонами способъ ея осуществленія или оттѣнокъ этого осуществленія, который, не затрогивая типа сдѣлки, видоизмѣняетъ только ея исполненіе. Таковы, напр., опредѣленія сдѣлки объ исполненіи обязательства вмѣсто одного мѣста въ другомъ, о платежѣ серебромъ вмѣсто золота и т. д. Но въ тѣсномъ, или технически-юридическомъ смыслѣ „возложеніемъ обязанности“, или modus'омъ, называютъ добавочное опредѣленіе воли, присоединяемое только къ безмезднымъ сдѣлкамъ—все равно, прижизненнымъ или посмертнымъ (напр., даренію, предоставленію привилегіи, завѣщательному отказу, назначенію наслѣдникомъ и т. д.)—и налагающее извѣстную юридическую обязанность на лицо, въ пользу котораго сдѣлано данное имущественное распоряженіе. Это добавочное волеизъявленіе отличается особенностями, которыя надо отмѣтить.

Во-1) основаніе спеціальнаго отношенія modus'а къ безмезднымъ сдѣлкамъ лежитъ въ его отличіи отъ взаимнаго дѣйствія, предполагаемаго всякой возмездной сдѣлкой и сообщающаго ей типъ купли-продажи, найма, товарищества и т. д. Напротивъ, безмездныя сдѣлки не предполагаютъ никакого взаимнаго дѣйствія, и присоединяемое къ нимъ „возложеніе обязанности“ отличается отъ взаимнаго дѣйствія въ возмездныхъ сдѣлкахъ именно тѣмъ, что оно не входитъ въ законный составъ безмездной сдѣлки, не опредѣляетъ ея юридической природы и имѣетъ отношеніе только къ ея исполненію. Иначе это было бы не „возложеніемъ обязанности“, а законнымъ составомъ сдѣлки и противорѣчіемъ понятію даренія, которое не измѣняетъ своей юридической природы отъ того, что одаренному вмѣняютъ, напр., въ обязанность обратить часть дара въ пользу бѣдныхъ. Поэтому же modus не можетъ имѣть значенія и эквивалента, даже частичнаго, за пріобрѣтаемое право, и если бы, напр., какое-нибудь имѣніе было продано съ обязательствомъ для покупщика держать состоящій при этомъ имѣніи паркъ открытымъ для публики, это было бы не „возложеніемъ обязанности“, а составной частью цѣны за купленное имѣніе и элементомъ законнаго состава данной купли-продажи. Такого рода обязанности не имѣютъ надобности въ спеціальной юридической фигурѣ, представляемой modus'омъ, и если многіе считаютъ этотъ послѣдній возможнымъ и при возмездныхъ сдѣлкахъ, когда онъ выступаетъ въ нихъ съ тѣми же чертами добавочнаго и только модулирующаго исполненіе сдѣлки опредѣленія частной воли, которыя отличаютъ его при безмездныхъ сдѣлкахъ, то новыя законодательства, какъ, напр., нѣмецкое уложеніе, говорятъ о „возложеніи обязанности“ только при дареніяхъ и распоряженіяхъ послѣдней воли [1]).

[1]) Regelsberger, стр. 603—7. Crome, стр. 340—1. Endemann, стр. 742—3.

Во-2) отличительная черта сдѣлки, снабженной modus'омъ, есть та, что эта сдѣлка преслѣдуетъ двойную цѣль: а) безвозмездную передачу имущества однимъ лицомъ другому, б) исполненіе этимъ послѣднимъ возложенной на него обязанности. Первая цѣль есть главная цѣль сдѣлки, опредѣляющая ея юридическую природу; вторая — имѣетъ только добавочное значеніе и, не опредѣляя собой сдѣлки, производитъ лишь послѣдствія обязательственнаго права. Существенна — передача имущества, такъ какъ она составляетъ главную цѣль сдѣлки, а исполненіе возложенной обязанности есть только послѣдствіе этой цѣли и стоитъ на второмъ планѣ. Поэтому и пріобрѣтеніе права происходитъ здѣсь независимо отъ исполненія возложенной обязанности, и недѣйствительность возложенія этой обязанности, если оно направлено, напр., на безнравственное или невозможное дѣйствіе, не влечетъ за собой недѣйствительности сдѣланнаго пріобрѣтенія. Точно также и чисто обязательственныя послѣдствія modus'а возникаютъ лишь въ томъ случаѣ, когда „возложеніе обязанности“ сдѣлано съ намѣреніемъ связать имъ юридически того, на кого оно разсчитано: иначе это было бы простымъ совѣтомъ или выраженіемъ желанія, исполненіе котораго зависѣло бы отъ чувства благодарности или приличія, и не имѣло бы юридической силы. Отсюда видно и различіе „возложенія обязанности“ отъ потестативно-суспензивнаго условія, съ которымъ оно сходно только съ внѣшней стороны. Крылатыя слова Савиньи: „суспензивное условіе останавливаетъ, но не принуждаетъ; modus принуждаетъ, но не останавливаетъ“ — остаются вѣрными и для современнаго права [1]). Суспензивное условіе производитъ на волю болѣе сильное давленіе, чѣмъ „возложеніе обязанности“. Тамъ сдѣлка приходитъ къ совершенію только тогда, когда наступаетъ условливающее ее событіе или дѣйствіе. Если это событіе или дѣйствіе не имѣетъ мѣста, — все равно, намѣренно или случайно, — вся сдѣлка трактуется, какъ несуществующая. Здѣсь, напротивъ, сдѣлка приходитъ къ совершенію и остается, по общему правилу, въ силѣ и тогда, если modus не исполняется. Противоположное толкованіе примѣняется лишь къ тѣмъ завѣщательнымъ, а теперь и всѣмъ инымъ „возложеніямъ обязанности“, относительно которыхъ можно допустить, что они не были бы сдѣланы иначе, какъ въ зависимости отъ указанной ими обязанности. Но подобное распоряженіе заключало бы въ себѣ условіе, а не modus, который рождаетъ только обязанность къ исполненію, вынуждаетъ тѣмъ или другимъ способомъ это исполненіе, но не опорочиваетъ сдѣлки. Поэтому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ и приходится изслѣдовать, съ чѣмъ мы имѣемъ дѣло: съ условіемъ или „возложеніемъ обязанности“, и употребленныя въ сдѣлкѣ

---

[1]) Savigny Syst., III, стр. 231. Ср. Motive zu dem Entwurfe eines BGB. I, стр. 262.

слова: „если“ и „съ тѣмъ, чтобы“ („si“ и „ut“) не всегда даютъ надежную опору для рѣшенія этого вопроса. Въ случаяхъ сомнѣнія это рѣшеніе дается въ пользу „возложенія обязанности“, какъ меньшаго ограниченія свободы выбора и распоряженія.

Въ-3) средства понужденія къ исполненію modus'a различаются по характеру устанавливающихъ его имущественныхъ распоряженій (дареніе, назначеніе наслѣдника, завѣщательные отказы и т. д.), и могутъ быть обстоятельно разсмотрѣны только въ связи съ этими распоряженіями. Ограничимся здѣсь замѣчаніемъ, что при неисполненіи modus'a по прижизненнымъ сдѣлкамъ, напр., даренію, пандектное право предоставляло лицу, отъ котораго исходило такое дареніе, или его наслѣдникамъ, выборъ между обратнымъ требованіемъ подареннаго и требованіемъ исполненія возложенной обязанности. При завѣщательныхъ распоряженіяхъ искъ объ исполненіи этой обязанности предоставлялся наслѣднику, эвентуально—душеприказчику, и государству, если это послѣднее заинтересовано въ ея исполненіи. Отсюда было недалеко до признанія обратнаго требованія того, что дано съ „возложеніемъ обязанности“ (sub modo), однимъ изъ моментовъ цѣли такой сдѣлки, и этотъ взглядъ былъ дѣйствительно представленъ въ теоріи „общаго права“ Германіи, гдѣ его выражали слѣдующимъ положеніемъ: распоряженія съ „возложеніемъ обязанности“ дѣлаются въ томъ предположеніи, что эта обязанность будетъ исполнена, и неисполненіе этой обязанности есть противорѣчіе волѣ того, кѣмъ она установлена [1]). Это положеніе было обобщено Виндшейдомъ въ его монографіи „Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung“ (1850) [2]), гдѣ „возложеніе обязанности“ разсматривалось, какъ одно изъ выраженій принципа, въ силу котораго юридическія послѣдствія сдѣлки подлежатъ оспариванію искомъ или возраженіемъ, если не наступаетъ то „предположеніе“, въ виду котораго данная сдѣлка заключена. „Предположеніемъ“ называется здѣсь „недоразвившееся условіе“ или всякое фактическое представленіе, побуждающее данное лицо къ заключенію сдѣлки, все равно, какъ бы это представленіе ни было выражено: явно или молчаливо. И это „предположеніе“ возводится въ самостоятельное юридическое понятіе, стоящее рядомъ съ условіемъ и срокомъ, и способное, въ случаѣ своего неосуществленія, такъ же опорочить сдѣлку, какъ и эти послѣдніе.

Ученіе Виндшейда отвергается теперь большинствомъ именитыхъ юристовъ, справедливо ставящихъ ему въ упрекъ, съ одной стороны, обобщеніе въ одинъ принципъ явленій, не допускающихъ такого обобщенія, и съ другой—отрицаніе самостоятельной природы modus'a. Все то, что одинаково подводится подъ этотъ принципъ: неосновательное

[1]) Regelsberger, стр. 605.
[2]) См. также его Пандекты, стр. 507—519.

обогащеніе одного лица на счетъ другого, оспариваніе прижизненныхъ сдѣлокъ при отсутствіи или недостаточности ихъ каузальнаго момента, оспариваніе завѣщательныхъ распоряженій въ силу ошибки въ мотивахъ воли и т. д.—принадлежитъ разнымъ институтамъ, мало связаннымъ какъ между собой, такъ и съ институтомъ „возложенія обязанности“, и объединять все это однимъ понятіемъ „предположенія“ невѣрно уже потому, что каждый изъ упомянутыхъ институтовъ имѣетъ свои собственныя „предположенія“. Особенно же невѣрно распространять это понятіе на договорныя волеизъявленія, которыя нельзя оспаривать только потому, что одна сторона обнаруживаетъ несоотвѣтствіе своего волеизъявленія съ тѣми субъективными представленіями, которыя служатъ его „предположеніемъ“. Оспаривать договоры можно только при объективной извѣстности этого несоотвѣтствія въ моментъ заключенія договора и другой сторонѣ. Иными словами—зависимость волеизъявленія отъ его „предположенія“ должна найти свое выраженіе въ самомъ договорѣ: присоединенномъ къ нему условіи, срокѣ, соглашеніи объ обратномъ требованіи того, что выдано, и т. д. Если бы дѣло стояло иначе, то безопасность гражданскаго оборота была бы пожертвована нигдѣ не обнаруженному и не поддающемуся никакому контролю усмотрѣнію каждаго изъ участниковъ сдѣлки. Подъ широкимъ покровомъ „предположенія“ всѣ мотивы сдѣлки были бы возведены въ основанія ея оспоримости. Ни одинъ договоръ не былъ бы надеженъ, и обезпеченность права была бы подорвана въ своемъ корнѣ [1]).

Что касается „возложенія обязанности“, то подчиненіе и этого института теоріи Виндшейдовскаго „предположенія“ означало бы пренебреженіе, съ одной стороны, къ волѣ дарителя и завѣщателя, и съ другой—къ тому кругу интересовъ, которые не всегда желательно защищать такими энергическими средствами, какъ объявленіе нарушающей ихъ сдѣлки недѣйствительной. Сюда можетъ быть отнесено, напр., возбужденіе патріотическаго настроенія, религіознаго чувства, уваженія къ памяти умершаго и т. д., и уничтожать сдѣлки за неисполненіе обязанности, возлагаемой по такимъ мотивамъ, было бы неправильно уже потому, что это противорѣчило бы цѣли сдѣлокъ, направленныхъ, прежде всего, на дареніе и уже потомъ—на „возложеніе обязанности“.

Правда, что недобросовѣстная эксплоатація чужого довѣрія и даже легкомысленное неисполненіе принятой на себя обязанности ведетъ и здѣсь къ менѣе рѣшительнымъ понудительнымъ мѣрамъ, въ родѣ требованія полученнаго обогащенія и т. д. Но эти мѣры примѣняются не иначе, какъ въ случаяхъ и формахъ, указанныхъ самимъ закономъ, и по изслѣдованіи индивидуальныхъ особенностей каждаго отдѣльнаго случая.

[1]) Дернбургъ, Пандекты, I, стр. 317—318. Regelsberger, стр. 606—7. Endemann, стр. 899. Kipp, въ Пандектахъ Виндшейда, стр. 509—510, пр. 1. Lenel, Arch f. civ. Praxis, B. 74, стр. 213. Kuhlenbeck, стр. 386—9.

Вотъ почему новое нѣмецкое уложеніе и отвергло ст. 742 своего перваго проекта, повторявшую теорію Виндшейдовскаго „предположенія“, и приняло соотвѣтствующую изложеннымъ выше началамъ регламентацію „возложенія обязанности“ только въ случаяхъ даренія и завѣщательныхъ распоряженій. Подобныя же постановленія заключаютъ въ себѣ и другія новыя законодательства, изъ числа которыхъ не слѣдуетъ исключать и наше.

Въ X т. I ч. мы находимъ рядъ статей, указывающихъ на возможность сдѣлокъ съ „возложеніемъ обязанности“. Сюда принадлежатъ, напр., ст. ст. 495 и 506, говорящія о пожалованіи майоратныхъ имѣній, съ тѣмъ, чтобы пожалованный вступилъ „въ сословіе дворянъ той губерніи и уѣзда, гдѣ имѣніе находится, пользовался всѣми представленными ему правами какъ по выборамъ, такъ и вообще во всѣхъ другихъ отношеніяхъ“, управлялъ имѣніемъ лично, „по возможности имѣлъ въ оном свое пребываніе“ и т. д. Точно также ст. 1086 дозволяетъ завѣщателю благопріобрѣтеннаго имѣнія возлагать на своихъ наслѣдниковъ на время ихъ жизни обязанность денежныхъ выдачъ постороннимъ лицамъ; ст. 976, хотя и говоритъ только объ условномъ дареніи, допускаетъ распространеніе и на такія даренія, которыя возлагаютъ на одаряемыхъ извѣстныя обязанности по отношенію къ дарителямъ; ст. 1428 разрѣшаетъ включать въ купчія крѣпости опредѣленія о переводѣ на покупщика обязанности платежа долговъ продавца и т. д.

Легальный терминъ для всѣхъ этихъ распоряженій у насъ есть „условіе“, но толковать всѣ эти распоряженія въ узко-техническомъ смыслѣ этого термина было бы неправильно уже потому, что наша ст. 1530 принимаетъ слово „условіе“ въ такомъ широкомъ смыслѣ, въ которомъ оно примѣнимо и къ „возложенію обязанности“. Кромѣ того, въ ст. 1092, 1094 и др. мы встрѣчаемся съ обозначеніемъ завѣщательныхъ распоряженій въ пользу различныхъ учрежденій словами: „назначеніе“, „способъ употребленія“ и т. д., а въ ст. 974—и съ правомъ дарителя требовать возврата сдѣланнаго имъ даренія, если одаренный оказываетъ ему „непочтеніе“. Нѣтъ сомнѣнія, что мысль, выраженная во всѣхъ этихъ законахъ, можетъ быть обобщена, и что включеніе „возложенія обязанности“ и въ иныя сдѣлки, кромѣ тѣхъ, которыя указаны нашимъ закономъ, возможно на основаніи той же ст. 1530, которая разрѣшаетъ включать въ договоры „всякія условія, законамъ не противныя“.

Конецъ.

Библіотека Императорской Академіи.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Стр.:	*Строка:*	*Напечатано:*	*Читать:*
3	3 снизу	идутъ	идетъ
6	2 „	діалективой	діалектикой
7	19 „	фетишомъ	фетишемъ
8	4 сверху	дѣсятилѣтія	десятилѣтія
9	2 снизу (прим.)	bürgerluhen	Bürgerlichen
13	9 „	Гобеса	Гоббса
14	18 „	поэтизированіе	поэтизированія
—	— „	преклоненіе	преклоненія
17	14 „	чуземному	чужеземному
38	17 „	нихъ	этихъ наукъ
42	5 сверху	субстактнымъ	субстактивнымъ
48	16 „	вводить	вводитъ
50	3 снизу	опредѣленіе	опредѣленію
85	25 „	остановилися	остановимся
—	4 „	оспоривать	оспаривать
95	1 „ (прим.)	dor	der
99	4 „ (прим.)	publie	public
172	1 сверху	своей цѣли	своей ближайшей цѣли
190	9 „	могущаго	могучаго
—	22 „	это былъ	это
199	21 „	содержанію	пониманію
200	11 „	права	право
203	19 „	другихъ	другихъ нормъ
224	17 „	не	онъ не
—	12 снизу	нѣмецкая	нѣмецкая юриспруденція.