

Л. С. Миль.

# Трудовой договоръ.

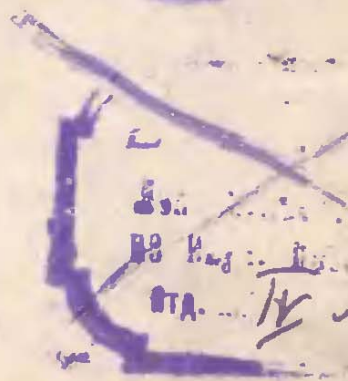
ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНИЕ.

Часть II: Внутренній порядокъ хозяйственныхъ предприятий.



*пр. 1946,*

ЯРОСЛАВЛЬ.  
Типография Губернскаго Правленія.  
1918.



## ОГЛАВЛЕНИЕ.

Предисловіе . . . . .	IV—VII
Введеніе . . . . .	1—3
Глава I. Индивидуальное соглашеніе, какъ основаніе трудового отношенія . . . . .	4—22
Ученіе о <i>contrats d'adhésion</i> (5). Теорія Салейля (6), Долла (7). Газена (12), Штейнбаха и Мешленн (16). Соглашеніе въ трудовомъ договорѣ сводится къ подчиненію внутреннему порядку предпріятія и хозяйской власти (20).	
Глава II. Правовая организація хозяйственнаго предпріятія .	23—51
Понятіе о предпріятіи, какъ о правовомъ явленіи (23). Участіе предпріятія въ оборотѣ (25). Теорія олицетворенія (26). Предпріятіе, какъ организованная социальная ячейка (28), независимость и отличіе отъ свойства юридической личности (30). Юридически релевантныя и иррелевантныя социальные соединенія (32). Внутренній строй или порядокъ, какъ характерный признакъ первыхъ (33). Основанія обязательности этого порядка (37). Понятіе о частномъ правопорядкѣ (39). Уставы, какъ примѣръ нормъ частнаго правопорядка (40). Другіе примѣры (45). Частный правопорядокъ, какъ категория объективнаго права (46). Отличіе отъ индивидуальныхъ правоотношеній (50).	
Глава III. Источники частнаго правопорядка . . . . .	52—98
Особенности частнаго правопорядка по сравненію съ общимъ (52). Его правообразующія силы: 1) законъ (53). Преобладаніе принудительныхъ нормъ, критерій для ихъ разграниченія отъ диспозитивныхъ (54). 2) Обычай и обыкновенія (57).	



Партикулярный характер послѣднихъ (60). 3) Практика общихъ и спеціальныхъ (промысловыхъ) судовъ (61). Значеніе послѣднихъ въ области трудового договора (64). 4) Автономные акты (66). Историческая эволюція понятія объ автономіи (67). Ея значеніе, какъ источника современнаго частнаго права (70). Ученія Пухты (71), Гербера (72), Маурера (75), Вильда (77). Автономія, какъ проявленіе способности къ правосозданію (80). Отличіе частной отъ соціальной автономіи (81). Юридическая природа послѣдней (82). 5) Административные акты (87). Юридическая природа нормативныхъ актовъ власти (88). Ученіе О. Майера (89) и Оріу (92). Значеніе этихъ актовъ, какъ источника внутренняго порядка хозяйственныхъ предпріятій (94). Административная практика (95).

Глава IV. Природа и виды хозяйской власти . . . . . 99-188

I) Эволюція понятія о власти надъ человѣкомъ въ частномъ правѣ (100). Огождествленіе власти съ силой (103). Власть, какъ субъективное право (105). Отличіе права надъ чужою личностью отъ обязательственнаго права (109). Ученія Кокошкина (110), Розина (112), Шершеневича (113), Навіаскаго (114). Власть, какъ сочетаніе правъ и обязанностей; ученіе Петражицкаго (116). Власть, какъ элементъ союзной организаціи; ученіе Гирке (121). II) Понятіе о власти надъ человѣкомъ въ гражданскихъ законахъ (125). Характеръ семейной власти въ римскомъ (126) и средневѣковомъ правѣ (129). Кодексы 19 вѣка (123). Измѣненіе характера мужней власти въ современномъ правѣ (135). Ослабленіе идеи главенства мужа и ея вытѣсненіе идеєю блага семьи (137). Эволюція отцовской (родительской) власти (139). Русское право (142) и новѣйшія западныя уложенія (144). III) Хозяйская власть какъ правовая проблема (146). Попытки обоснованія ея обязательности (147). Отношеніе къ ней гражданскихъ кодексовъ и спеціальнаго законо-

### III

дательства (151). IV) Формы проявленія хозяйской власти (155) А: Диспозитивная власть или право дирекціи (156). Неправильность ея подведенія подъ «права правомочія» и право арбитражнаго восполненія договора (157). Матеріально-бланкетный характеръ трудового договора (160). Б: Дисциплинарная власть (163). Теорія, отождествляющія ея съ карательной властью (164) и съ правомъ принужденія при отношеніи властвованія (167), функція поддержанія порядка внутри подвластной сферы; ея смѣшеніе съ автономією (172). Дисциплинарная власть какъ видъ правомѣрной самопомощи (174). Самопомощь какъ институтъ частнаго права (175), индивидуальная и социальная (178). В: Нормативная власть, ея сущность (184). Ученіе Зинцгеймера о социальномъ самоопредѣленіи (185). Формы нормативныхъ актовъ (187).

---



## ПРЕДИСЛОВІЕ.

По первоначальному плану вторая часть нашего изслѣдованія должна была обнимать ученіе о юридической природѣ предпріятія и дѣйствующаго въ немъ внутренняго правопорядка, а также о возникновеніи, предметѣ, содержаніи и прекращеніи трудового отношенія. Выполненіе этой задачи во всемъ объемѣ оказалось невозможнымъ безъ ознакомленія съ иностранною журнальною литературою и матеріалами судебной практики, недоступными во время войны. Мы поэтому ограничились суммарнымъ разборомъ всѣхъ перечисленныхъ вопросовъ въ нашихъ очеркахъ промышленнаго права (Москва 1916 г.), предметомъ же монографическаго изслѣдованія мы пока избрали проблему правовой организаціи хозяйственнаго предпріятія. Въ это изслѣдованіе должны были войти, кромѣ содержащихся въ настоящей книгѣ четырехъ главъ, еще три главы: 1) односторонніе нормативные акты, 2) нормативныя соглашенія и 3) правопорядокъ предпріятія и неотъемлемыя права личности. Но тутъ встрѣтилось новое, неожиданное препятствіе. Со времени революціи типографія, въ которой печаталась книга, отказалась продолжать печатаніе вслѣдствіе переобремененности текущею работою и недостатка рабочихъ рукъ. Съ большимъ трудомъ удалось довести до конца главу о хозяйской власти; печатаніе же остальной части рукописи пришлось отложить, надѣемся, не надолго.

Впрочемъ необходимость въ отсрочкѣ печатанія главъ о нормативныхъ актахъ и соглашеніяхъ диктуется еще дру-



гими соображеніями. Въ области трудовыхъ отношеній, въ связи съ измѣненіемъ нашего государственнаго и соціальнаго строя, происходитъ быстрый и глубокой переворотъ. Все пришло въ движеніе. Законодательство не поспѣваетъ за жизнью, несмотря на большую работу, сдѣланную министерствомъ труда за короткое время его существованія. Движеніе затронуло также нормативные акты. Единственный доселѣ извѣстный нашему законодательству видъ этихъ актовъ—правила внутренняго распорядка—на нашихъ глазахъ постепенно утрачиваетъ свой односторонній характеръ, по мѣрѣ роста профессиональныхъ организацій и, въ частности, значенія фабрично-заводскихъ комитетовъ (зак. 23 апр. 1917 г.). Въ противоположность имъ, значеніе коллективныхъ соглашеній (тарифныхъ договоровъ) увеличивается съ каждымъ днемъ. До революціи они составляли для насъ чисто теоретическую проблему, мало интересовавшую даже нашихъ ученыхъ,—юристовъ и экономистовъ. За послѣдніе мѣсяцы у насъ заключено очень большое количество такихъ соглашеній. Въ нихъ надѣются обрѣсти нѣкоторый оплотъ прочности и устойчивости заработной платы и прочихъ условій труда, быстрая смѣна которыхъ составляетъ едва-ли не самое большее изъ золъ, переживаемыхъ нашею промышленностью. Въ Министерствѣ труда производится и близится къ концу пересмотръ общаго и спеціального законодательства о личномъ наймѣ. Въ соответствующемъ законопроектѣ отведено также мѣсто двумъ видамъ нормативныхъ соглашеній: коллективному или тарифному договору и соглашенію казны или органовъ общественнаго самоуправленія съ подрядчиками и концессионерами объ условіяхъ труда въ предпріятіяхъ этихъ лицъ. Указанныя проблемы могутъ такимъ образомъ, при благопріятныхъ условіяхъ, стать въ недалекомъ будущемъ весьма крупными явленіями нашей правовой жизни. Это обстоятельство побуждаетъ насъ расширить и углу-



бить посвященные имъ главы нашего изслѣдованія, отсылая читателя пока къ нашимъ статьямъ о тарифномъ договорѣ (Спб. 1909) и о концессионныхъ договорахъ городскихъ общественныхъ управленій (Спб. 1915).

Въ то время, когда пишутся эти строки, на улицахъ Москвы и въ другихъ городахъ нашего отечества происходитъ братоубійственная война подъ знаменемъ соціальной революціи. Когда окончится это новое,—быть можетъ—самое тяжкое испытаніе и наша изстрадавшаяся родина снова вернется къ мирной жизни, люди будутъ искать лучшихъ, болѣе справедливыхъ и совершенныхъ формъ жизни и взаимоотношеній, чѣмъ приведшія насъ къ пережитымъ и переживаемымъ ужасамъ. Они будутъ искать ихъ не только для государства и общества какъ цѣлаго, но также для каждой соціальной ячейки и организованной группы и, прежде всего, для тѣхъ хозяйственныхъ микрокосмовъ, въ которыхъ непрерывныя тренія между интересами капитала и труда, между хозяйской властью и сильными своею солидарностью кадрами трудящихся раскаляютъ атмосферу и препятствуютъ мирному сотрудничеству. Сознательное исکانіе болѣе справедливыхъ и болѣе совершенныхъ формъ взаимоотношеній въ этой области предполагаетъ ясное и отчетливое пониманіе того, каковы природа и источники внутренняго правопорядка хозяйственныхъ предпріятій, на чемъ онъ зиждется, какъ онъ въ дѣйствительности создается и какимъ онъ, по справедливости, долженъ быть. Въ настоящей книгѣ мы, по мѣрѣ силъ, пытаемся отвѣчать на эти вопросы въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ отвѣтъ на нихъ можетъ быть данъ юристомъ при современномъ состояніи науки гражданскаго права. Изученіе этой проблемы выводитъ насъ за предѣлы такъ наз. общаго правопорядка или объективнаго права (въ общепринятомъ смыслѣ). Изучаемыя явленія лежатъ въ другой, еще мало изслѣдован-

ной, плоскости социального права, составляющего плодъ не только государственнаго, (въ частности — законодательнаго), правотворчества, но въ гораздо большей мѣрѣ результатъ правосозидательной дѣятельности отдѣльныхъ социальныхъ образованій или группъ. Передъ цивилистическою наукою открываются новыя перспективы и встаетъ новая, — теоретически и практически важная — задача: опредѣлить и освѣтить корни, пути и формы этого правотворчества, реальное значеніе котораго растеть по мѣрѣ роста нормативной дѣятельности союзовъ и другихъ организованныхъ соединеній въ сферѣ частнаго права. Мы поставили себѣ цѣлью разрѣшеніе этой задачи не во всемъ ея объемѣ, а только въ предѣлахъ нашей темы — трудового договора.

Москва 1 ноября 1917 г.

Пресф. Л. С. Таль.



## Введеніе.

Исторически сложившіяся въ хозяйственномъ быту правовыя формы пользованія чужимъ трудомъ, какъ мы показали въ первой части нашего изслѣдованія, не совпадаютъ съ типами договоровъ о трудѣ, усвоенными большинствомъ законодательствъ и наукою гражданского права. Эта несогласованность закона и научныхъ догматовъ съ реальными явленіями по вопросу, затрагивающему жизненные интересы громаднаго большинства населенія, вызвала движеніе въ пользу коренной реформы гражданскихъ законовъ, давшее уже нѣкоторые практическіе результаты и обѣщающее гораздо болѣе значительные въ недалекомъ будущемъ <sup>1)</sup>.

На основаніи анализа трудовыхъ сдѣлокъ, наблюдаемыхъ въ современномъ хозяйственномъ быту, мы пришли къ заключенію, что онѣ могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ типамъ: къ договорамъ о служебномъ трудѣ или «трудовому договору» въ техническомъ смыслѣ и договорамъ о предпринимательскомъ трудѣ. Трудовымъ договоромъ мы называемъ всякую сдѣлку (независимо отъ отрасли хозяйства и соціального положенія работника), которою одно лицо обѣщаетъ другому приложеніе своей рабочей силы, на опредѣленный или неопредѣленный срокъ, къ его предпріятію или иному хозяйству, въ качествѣ самостоятельнаго работника, подчиняясь въ предѣлахъ, опредѣляемыхъ договоромъ, закономъ или обычаемъ, хозяйской власти работодателя и внутреннему порядку его предпріятія или хозяйства <sup>2)</sup>. Характерныя

<sup>1)</sup> См. Трудовой договоръ, ч. I, гл. IV.

<sup>2)</sup> Это опредѣленіе встрѣтило возраженія со стороны нѣкоторыхъ рецензентовъ нашей книги. Такъ проф. Б. В. Поповъ (Право за 1914 г. № 7)



особенности трудового договора, по сравненію съ другими договорами о трудѣ, мы усматриваемъ въ томъ, что устанавливаемое имъ отношеніе рассчитано на длительное существованіе, что имъ, по общему правилу, рабочая сила лица, обязавшагося къ работѣ, въ значительной мѣрѣ поглощается и направляется на чуждыя ему задачи и что, помимо конкретныхъ обязательствъ, устанавливаемыхъ договоромъ, между сторонами возникаетъ особое отношеніе власти и подчиненія, черпающее свое содержаніе не изъ договора сторонъ и дополняющихъ его положеній закона, а изъ другихъ источниковъ.

Господствующее ученіе считаетъ единственнымъ основаніемъ всѣхъ отношеній, возникающихъ между работодателемъ и работникомъ, соглашеніе сторонъ. Теоретически, конечно, мыслимы такіе случаи, когда содержаніе трудового отношенія нечернывающимъ образомъ опредѣ-

полагаетъ, что изъ трехъ указанныхъ признаковъ существенное значеніе имѣетъ только одинъ: несамостоятельность работника. Приложение же рабочей силы къ чужому предпріятію или хозяйству и ея подчиненіе хозяйской власти не составляетъ *essentiale negotii* въ трудовомъ договорѣ. Г. Догадовъ (Юридич. Вѣстникъ 1914 г. кн. VII) также находитъ, что въ признакъ несамостоятельности уже содержится указаніе на то, что работникъ прилагаетъ свою рабочую силу къ чужому хозяйству. Однако, то, что обѣщанный работникомъ трудъ не составляетъ предмета собственного промысла, собственной планообразной, хозяйственной дѣятельности—въ этомъ смыслѣ мы говоримъ о „несамостоятельности“ (см. ч. I, стр. 82),—составляетъ отрицательный моментъ. Необходимо включить въ опредѣленіе трудового договора корреспондирующие положительные признаки, характеризующіе трудовое отношеніе. Таковыми и являются 1) то, что работникъ прочно связываетъ свою рабочую силу съ чужимъ предпріятіемъ или хозяйствомъ, обѣщаетъ ея „приложеніе“; 2) то, что онъ подчиняется въ извѣстныхъ предѣлахъ хозяйской власти и внутреннему порядку. По мнѣнію проф. Попова это не необходимые, а лишь „обыкновенные“ (*naturalia*) элементы трудового договора, ибо возможны случаи, гдѣ „взаимное соглашеніе устранило проявленіе хозяйской распорядительности надъ личностью и ходомъ занятій работника“. Такая возможность дѣйствительно существуетъ, также какъ возможность уклоненія въ противоположную сторону полнаго подчиненія работника хозяйской волѣ и порядку, устанавливаемому безъ его участія. Но это аномалія. Мы же имѣемъ въ виду нормальный и типичный для современнаго хозяйственнаго быта составъ трудового договора.



ляется договоромъ, но въ жизни такое явленіе встрѣчается чрезвычайно рѣдко. Гораздо чаще наблюдается противоположная крайность: значеніе индивидуальнаго соглашенія, какъ источника взаимныхъ правъ и обязанностей, отступаетъ на второй планъ. Имъ указывается лишь общій характеръ «должности», но подробности правового положенія работника и взаимныя отношенія сторонъ опредѣляются установившимся или впредь устанавливаемымъ въ обслуживаемомъ хозяйствѣ порядкомъ и хозяйскою властью, какъ однимъ изъ элементовъ этого порядка. Суженіе пространства для соглашенія неодинаково въ разныхъ отрасляхъ хозяйственной жизни и по отношенію къ различнымъ категоріямъ слугъ и работниковъ. Но оно никогда не доходитъ до полнаго упраздненія договорнаго элемента. Для возникновенія трудового отношенія послѣдній юридически необходимъ, составляетъ *conditio sine qua non*.

Ближайшая наша задача и будетъ заключаться въ выясненіи роли и значенія элемента индивидуальнаго соглашенія въ трудовомъ договорѣ, его особенностей по сравненію съ другими договорами гражданскаго оборота. Изъ сказаннаго уже явствуетъ, что не имъ исключительно или главнымъ образомъ опредѣляется связанное съ договоромъ трудовое отношеніе. Откуда послѣднее черпаетъ свое содержаніе, на чемъ зиждется его обязательная сила въ той части, которая не можетъ признаваться результатомъ воли сторонъ, словомъ—каковы остальные, кромѣ индивидуальнаго соглашенія, основанія трудового отношенія? Этой, еще мало изученной, проблемѣ и, въ частности, опредѣленію юридической природы внутренняго правопорядка хозяйственныхъ предпріятій и его источниковъ будутъ посвящены дальнѣйшія главы второй части нашего изслѣдованія.

---



## ГЛАВА I.

### Индивидуальное соглашение как основание трудового отношения.

Соглашению приписывается въ области частнаго права только одна функція: въ немъ проявляется способность людей автономно опредѣлять въ предѣлахъ объективнаго правопорядка ихъ конкретныя взаимоотношенія. Созданное такимъ путемъ договорное отношеніе воспринимается нашимъ правосознаніемъ какъ обязательное и ненарушимое. Юридическій эффектъ общей воли контрагентовъ, охраняемый правопорядкомъ, въ этомъ отношеніи не отличается отъ абстрактной нормы объективнаго права. Римскіе и современные юристы иногда говорятъ о *lex privata*<sup>1)</sup> или частной нормѣ<sup>2)</sup>, подчеркивая аналогію между нею и закономъ. Господствующее ученіе, однако, признаетъ, что не всѣ правовыя послѣдствія договора создаются автономною волею сторонъ, и проводитъ коренное различіе между сдѣлкою и закономъ, какъ правооснованіями. По вопросу о значеніи каждаго изъ нихъ, какъ извѣстно, происходитъ споръ между сторонниками волевой и легальной теорій<sup>3)</sup>. Одни усматриваютъ первоисточникъ

1) См. Putschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, стр. 92 сл.; Pernice, *Labes* I стр. 479; Ryck, *Juristische Abhandlungen* (Festgabe f. Beseler) стр. 125 сл. Особою категорично: Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte* I изд. (1897) стр. 5: Das Rechtsgeschäft ist lex, ist Gesetz, ist Norm.

2) Bierling, *Juristische Principienlehre*, II, стр. 117 сл.; Hölder, *Pandekten*, стр. 211; Krug, *Die Zulässigkeit der reinen Willensbedingung* (1904) § 2; ср. Петражицкаго, *Теорія права и государства*, 2 изд. (1910 г.) т. I стр. 451 сл. и 597 сл.

3) См. литературу, указанную у Виндшейда, *Pand.* I § 69, N. 1a, а также Affolter въ *Arch. f. bürg. R.* Bd. VIII: Zur Lehre vom Verträge, Dérenx



обязательности юридической сделки въ творческой силѣ человѣческой воли, лишь восполняемой или ограничиваемой нормами закона. Другіе наоборотъ, считаютъ правовой эффектъ сделки производнымъ и объясняютъ его управомочіемъ<sup>1)</sup> или санкціею<sup>2)</sup> со стороны правопорядка. Въ последнее время пользуется большимъ успѣхомъ ученіе, по которому воля договаривающихся сторонъ сознательно направлена только на опредѣленный экономическій эффектъ, а правовыя послѣдствія договора мыслятся ими какъ средство для его осуществленія, о которомъ они могутъ не имѣть и часто не имѣютъ яснаго представленія (теорія эмпирическаго намѣренія)<sup>3)</sup>. Ни одно изъ этихъ ученій не колеблетъ основного догмата, что функція договорнаго соглашения въ области частнаго права исчерпывается установленіемъ, измѣненіемъ или прекращеніемъ конкретныхъ, индивидуальныхъ правоотношеній.

Трудовой договоръ въ томъ видѣ, въ какомъ мы его наиболѣе часто встрѣчаемъ въ хозяйственномъ быту, не укладывается въ рамки этого догмата. Соглашеніемъ сторонъ, правда, и тутъ въ большей или меньшей степени устанавливаются права и обязанности сторонъ. Но содержаніе связаннаго съ договоромъ отношенія власти и подчиненія не можетъ считаться *результатомъ* общей воли. Въ дѣйствительности соглашеніе сторонъ, въ области трудовыхъ отношеній, чрезвычайно часто сводится къ простому согласію одного изъ контрагентовъ подчиняться опредѣленному порядку вещей и, въ извѣстныхъ предѣлахъ, указаніямъ другого контрагента.

De l'interprétation des actes juridiques (1905); Gounot. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (Thèse Dijon 1912).

<sup>1)</sup> См. напр. Windscheid I § 68, N. 1, Regelsberger Pand. стр. 128.

<sup>2)</sup> См. напр. Dernburg, Pand. I § 79; Hölder, Pand. стр. 212. Ср. также Pernice, Rechtsgeschäfte u. Rechtsordnung, въ Zeitschr. f. priv. u. öff. Recht VIII (1880) стр. 465 сл.

<sup>3)</sup> См. Труд. дог. ч. I, стр. 109, прил. 4.



Существованіе частноправовыхъ договорныхъ отношеній, содержаніе которыхъ нельзя, не погрѣшая противъ реальныхъ явленій жизни, считать результатомъ ни соглашенія сторонъ, ни общихъ нормъ объективнаго права, не осталось незамѣченнымъ. Оно побудило нѣкоторыхъ изслѣдователей построить новую юридическую категорію. Впервые мы такую попытку находимъ у покойнаго Салеяля въ сочиненіи, посвященномъ изученію юридической сдѣлки въ германскомъ гражданскомъ уложеніи. «Есть договоры, говоритъ онъ<sup>1)</sup>, являющіеся договорами только по названію. Ихъ юридическую конструкцію еще предстоитъ сдѣлать и по отношенію къ нимъ (изложенныя) правила интерпретаціи должны подвергаться существеннымъ модификаціямъ. Мы можемъ называть ихъ, за неимѣніемъ лучшаго термина, договорами о присоединеніи (*contrats d'adhésion*). Въ нихъ воля одной стороны принадлежитъ исключительное преобладаніе, проявляющееся въ томъ, что она диктуетъ свои условія (*sa loi*) уже не отдѣльному индивиду, а неопредѣленному количеству лицъ. Но она же односторонне связываетъ себя на случай присоединенія (*adhésion*) тѣхъ, кто приметъ условія договора и непользуетъ обязательства, коими предложившій связалъ самого себя. Таковы трудовые договоры въ крупной промышленности, договоры перевозки съ желѣзнодорожными обществами, вообще все договоры, принимающіе характеръ коллективной нормы (*loi collective*) и приближающіеся, какъ уже указывали римляне, гораздо больше къ нормѣ (*lex*), чѣмъ къ соглашенію воли».

Салеяль не останавливается подробно на природѣ этихъ сдѣлокъ, а ограничивается нѣкоторыми указаніями относительно ихъ интерпретаціи. Однако не только пред-

<sup>1)</sup> Saleilles, De la déclaration de volonté (1901), стр. 229 сл.



ложенное имъ названіе «*contrat d'adhésion*» <sup>1)</sup> быстро и прочно привилось въ французской доктринѣ, его бѣглыя замѣчанія послужили толчкомъ для ряда обстоятельныхъ изслѣдованій, посвященныхъ выясненію и освѣщенію природы этой новой юридической категоріи <sup>2)</sup>. Кругъ сдѣлокъ, обозначенный указаннымъ терминомъ опредѣляется изслѣдователями неодинаково. Ихъ вниманіе пока преимущественно привлекаетъ необходимость борьбы съ послѣдствіями социальнаго неравенства сторонъ т. е. лицъ, диктующихъ и лицъ, принимающихъ диктуемыя условія. Сообразно съ этимъ въ монографіяхъ о *contrats d'adhésion* гораздо больше мѣста отводится правиламъ объ ихъ толкованіи, чѣмъ выясненію ихъ юридической природы <sup>3)</sup>.

Авторъ первой по времени работы, посвященной этому вопросу, Долла <sup>4)</sup> пошелъ по стопамъ Салея, т. е. по пути отрицанія договорнаго характера подобныхъ соглашеній. По его опредѣленію тутъ «одна сторона, желающая совершить сдѣлку, но относящаяся безразлично къ тому, кто будетъ ея контрагентомъ, опредѣляетъ и объявляетъ во всеобщее свѣдѣніе свои условія, въ ожиданіи, что кто нибудь ихъ приметъ, а другая сторона ограничивается простымъ изъявленіемъ согласія, не входя въ ихъ обсужденіе» (стр. 3). Подъ это обширное опредѣленіе подходятъ сдѣлки, «не имѣющія между собою ничего общаго, кромѣ способа возникновенія, и потому не поддающіяся рациональной и цѣлесообразной классификаціи». Долла относитъ сюда слѣдующіе случаи:

<sup>1)</sup> Dècux („*Revue trim. de droit civil*“ за 1907 г., стр. 540) и др. не безъ основанія указываютъ, что правильнѣе было-бы называть ихъ „*contrats par adhésion*“, т. е. договорами, заключаемыми путемъ присоединенія.

<sup>2)</sup> См. наше литер. обозрѣніе въ „*Вѣстн. Гражд. Права*“ за январь, 1914 г.

<sup>3)</sup> Имъ специально посвящена диссертация Fortier. *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion* (Dijon 1909).

<sup>4)</sup> Dollat, *Les contrats d'adhésion* (thèse, Paris, 1905).



Хозяинъ издаетъ правила внутренняго распорядка для своего заведенія; кто либо поступаетъ въ это заведеніе въ качествѣ рабочаго.

Между профессиональнымъ союзомъ и главою предприятия состоялось коллективное соглашеніе. Лица, въ немъ не участвовавшія, нанимаются на установленныхъ имъ условіяхъ.

Транспортное общество публикуетъ цѣны и условія перевозки; пассажиры принимаютъ его услуги.

Страхователь подписываетъ полисъ, содержащій ссылку на общія полисные условія.

Купецъ предлагаетъ посредствомъ публикаціи свой товаръ на опредѣленныхъ условіяхъ; ему даютъ заказы.

Общество, пользующееся монополіею, снабжаетъ жителей города на извѣстныхъ условіяхъ водою, газомъ или электричествомъ, или устраиваетъ пути сообщенія; обыватели записываются въ абоненты общества.

Сюда же имъ причисляются приобрѣтеніе акцій, билетовъ на театральное представленіе, права на выставленіе своихъ произведеній на условіяхъ, опубликованныхъ выставочнымъ комитетомъ, и т. п.

Сопоставивъ столь разнородныя, по типу и характеру, сдѣлки, Долла отмѣчаетъ въ нихъ, кромѣ того, что всѣ онѣ заключаются *par adhésion*, одно характерное свойство: фактический перевѣсъ воли офферента надъ волею «присоединяющагося», исключашій для послѣдняго всякую возможность внести какія нибудь измѣненія въ диктуемые условія. При такомъ положеніи вещей, по его мнѣнію, неправильно говорить о договорномъ соглашеніи, а можетъ быть рѣчь только объ «одностороннемъ доминирующемъ волеизъявленіи», принимаемомъ или отвергаемомъ *en bloc*. «Присоединеніе (*l'adhésion*)» въ приведенныхъ случаяхъ не конститутивный факторъ, не элементъ общей воли, порождающей договорное отношеніе, а составляетъ



условіе (*conditio juris*), отъ котораго зависить обязательность для адхерента всего того, чему онъ подчинился. Вопросъ, чему онъ подчинился, чему нѣтъ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ рѣшить судъ. Долла полагаетъ, что по дѣйствующему праву для него обязательны всѣ условія офферта, о которыхъ онъ зналъ въ моментъ присоединенія или могъ знать при должной осмотрительности, а также всѣ *naturalia negotii*, входящія въ составъ подобныхъ сдѣлокъ, хотя бы о нихъ особо не упоминалось. Не обязательны только условія, оставшіяся ему неизвѣстными безъ всякой вины съ его стороны. *De lege lata* въ это ученіе, по мнѣнію Долла, можетъ быть внесенъ только одинъ коррективъ: не слѣдуетъ предполагать у адхерента знанія такихъ условій, на которыя онъ, очевидно, не согласился бы, если бы съ ними раньше ознакомился. Но *de lege ferenda* авторъ считаетъ эту гарантію недостаточною, такъ какъ фактически публика всецѣло отдана во власть учреждений или лицъ, могущихъ, по своему положенію, диктовать ей свои условія. Единственный выходъ отсюда онъ видитъ въ надлежащемъ расширеніи предѣловъ судейской интерпретаціи по отношенію къ *contrats d'adhésion* въ энергичномъ вмѣшательствѣ законодателя въ пользу экономически болѣе слабой стороны и, наконецъ, въ широкомъ развитіи ассоціацій.

Конструкція преобладающаго односторонняго волеизъявленія опирается на двухъ весьма спорныхъ положеніяхъ: что послѣдствія договора устанавливаются «общеею волею» сторонъ и что о договорѣ можно говорить только при извѣстномъ минимумѣ соціального равенства контрагентовъ. Перваго мы уже коснулись (см. Трудовой договоръ, ч. 1, стр. 142 и сл.). Мы убѣдились, что презумпція молчаливаго подчиненія сторонъ правовымъ нормамъ, восполняющимъ содержаніе договора, не болѣе какъ



фикція, прикрывающая фактическое отсутствіе сознательной воли. Долла прибавляет сюда еще вторую, ничѣмъ не лучшую фикцію, что присоединившійся, когда давалъ согласіе, зналъ, какія условія онъ принимаетъ.

Требованіе социальнаго равенства контрагентовъ для договорнаго соглашенія не имѣетъ никакой почвы въ дѣйствующемъ правѣ<sup>1)</sup>. Последнее отнюдь не признаетъ неравенства социальнаго положенія контрагентовъ фактомъ, опорочивающимъ дѣйствительность сдѣлки. Договоръ, по господствующему ученію, отличается отъ односторонняго волеизъявленія лишь тѣмъ, что въ немъ участвуютъ двѣ стороны, сходятся два взаимно дополняющихъ волеизъявленія. Наличие соглашенія въ этомъ смыслѣ составляетъ одно изъ формальныхъ условій для возникновенія извѣстнаго правового эффекта. Но какъ велико фактически конститутивное значеніе каждаго изъ двухъ волеизъявленій, въ какой мѣрѣ имъ опредѣляется матеріальное содержаніе сдѣлки, отъ этого ея договорный характеръ совершенно не зависитъ.

Несостоятельность изложенной конструкціи заставила позднѣйшихъ изслѣдователей<sup>2)</sup> отказаться отъ теоріи «преобладающаго односторонняго волеизъявленія» и вернуться къ фигурѣ договора. Но и они не отказываются отъ объединенія въ общую категорію *contrats d'adhésion* всѣхъ дого-

---

<sup>1)</sup> См. статью проф. Т. М. Яблочкова въ Юр. Зап. Дем. Лицея за 1914 г. № 4: Гражданское право и экономическое неравенство. Въ французской литературѣ отрицаніе договорнаго характера сдѣлки довольно часто выводится не только экономистами, но и юристами изъ неравенства сторонъ. См. напр. Duguit, *L'état, etc.*, стр. 598: tout contrat suppose l'égalité de situation de ceux, qui contractent (на этомъ основаніи имъ отвергается договорный характеръ *contrats de travail*). Ср. также его статью въ „*Revue de droit public*“ за 1907 г., стр. 428, и Hauriou, *Notes dans Sirey*, за 1908 г. III, 19, и за 1909 г. III, 137.

<sup>2)</sup> Déreux, *De la nature juridique des contrats d'adhésion* („*Revue trim.*“ 1910 г., стр. 503 сл.); Pichon, *Des contrats d'adhésion, leur interpretation et leur nature*, (thèse, Lyon, 1912).



воровъ, при заключеніи которыхъ одна сторона диктуетъ условія, а другая принимаетъ ихъ безъ разсужденій. Изъ этого факта, по ихъ мнѣнію, вытекаетъ, что не все эти условія имѣютъ одинаковую силу и не все должны признаваться судомъ въ одинаковой мѣрѣ обязательными для присоединившагося контрагента. При толкованіи подобныхъ договоровъ судья долженъ различать «существенныя» условія отъ «акцессорныхъ», назначеніе которыхъ состоитъ въ дополненіи или болѣе точномъ опредѣленіи содержанія договора, но не въ измѣненіи его сущности и природы. Акцессорныя условія содержатся, напр., въ большемъ количествѣ въ такъ называемыхъ общихъ полисныхъ условіяхъ, въ транспортныхъ правилахъ, правилахъ внутренняго распорядка и тому подобныхъ актахъ. Не въ нихъ, а только въ «существенныхъ» условіяхъ проявляется «истинная воля сторонъ», единственная, съ которою судья долженъ считаться... Поэтому, «когда акцессорныя условія становятся средствомъ для извращенія фізіономіи договора..., судьи имѣютъ право и обязаны смягчать ихъ строгость, сообразно съ требованіями справедливости» <sup>1)</sup>).

Договорная теорія такъ же, какъ конструкція «преобладающаго односторонняго волеизъявленія», остается на почвѣ волевого догмата. Послѣдствія договора обязательны для сторонъ постольку, поскольку они соотвѣтствуютъ ихъ «истинной волѣ». Но такое рѣшеніе вопроса не устраниваетъ главнаго затрудненія, испытываемаго изслѣдователями тѣхъ видовъ *contrats d'adhésion*, при которыхъ контрагентъ заранѣе подчиняется извѣстному порядку, установленному или впредь устанавливаемому безъ его участія. Пассажиръ и грузоотправитель, рабочій и служанцій, поступающіе въ промышленное или торговое за-

<sup>1)</sup> Déreux, ук. соч., стр. 527.



ведение, посетители театра, страхователи и т. д. то и дѣло наталкиваются на правила и предписанія, исполненіе которыхъ ими отнюдь не было заранее обѣщано. Почему эти правила для нихъ обязательны, хотя они не установлены ни договоромъ, ни закономъ? На этотъ вопросъ изложенная теорія отвѣта не даетъ. Она обходитъ его, прибѣгая къ произвольному дѣленію условій договора на существенныя и вспомоگательныя и предоставляя судѣ discretionary власть при рѣшеніи вопроса объ обязательности или необязательности послѣднихъ <sup>1)</sup>.

Другой недостатокъ изложенныхъ ученій заключается въ объединеніи въ одну группу и отнесеніи къ одной юридической категоріи тѣхъ случаевъ, когда принятіе офферта безъ возраженій составляетъ чисто техническій приемъ заключенія договора (напр. абонементъ газеты, покупка въ автоматѣ и т. под.) и тѣхъ, когда сущность договора заключается *въ подчиненіи* контрагента определенному порядку, въ установленіи котораго онъ никакого участія не принималъ, или власти другого контрагента. Фактическое и юридическое значеніе пассивности лица, «присоединяющагося» въ обопхъ этихъ случаяхъ отнюдь не одинаковы.

Болѣе удачную попытку опредѣлить сущность *contrats d'adhésion* мы находимъ въ содержательномъ изслѣдованіи Газена <sup>2)</sup>, хотя этотъ вопросъ имъ затронутъ лишь попутно при изученіи института правилъ внутренняго распорядка. Авторъ анализируя отношенія между хозяиномъ и рабочими въ промышленныхъ предпріятіяхъ, констатируетъ, что не всеѣ они вытекаютъ непосредственно

---

<sup>1)</sup> Ср. Cailleux, *Revue d'économie politique* 1901 г. стр. 870: *L'accessoire, cela est évident, engage en fait beaucoup plus gravement le travailleur que le contrat lui même.*

<sup>2)</sup> Henri Gazin, *La nature juridique des réglemens de travail. Contribution à l'étude des „contrats d'adhésion“* (Paris, 1913).



изъ соглашенія сторонъ. Поэтому видѣть ихъ единствен-  
ное основаніе въ волеизъявленія одной стороны, прини-  
маемомъ другою, или въ «общей волѣ» можно только  
при помощи фиктивъ. Но «фикціямъ» говоритъ авторъ,  
при всей ихъ важности какъ техническаго средства,  
только прикрывается неудовлетворительность теорій». Съ  
другой стороны, однако, не можетъ быть рѣчи объ обя-  
зательности для рабочаго какихъ либо правилъ, исходя-  
щихъ отъ предпринимателя, если онъ не состоитъ съ  
нимъ въ договорныхъ отношеніяхъ. Для объясненія этого  
кажущагося противорѣчія Газенъ пользуется оригиналь-  
ною теоріею тулузскаго профессора Ориу, къ которой  
намъ не разъ еще придется возвращаться. Какъ въ пуб-  
личномъ, такъ и въ частномъ правѣ, учить Ориу<sup>1)</sup>,  
существуютъ «группы лицъ, организованныя и уравни-  
вѣленные въ силу внутренняго распредѣленія функций»  
и образующія «учрежденіе (institution)», обнимающее одно  
или нѣсколько «установившихся положеній (situations  
établies)». Учрежденіемъ называется «согласованная съ  
общимъ порядкомъ вещей социальная организація, дли-  
тельное индивидуальное существованіе которой обеспечи-  
вается внутреннимъ равновѣсіемъ, въ силу раздѣленія  
власти, и въ нѣдрахъ которой осуществлено правовое по-  
ложеніе» (Principes, стр. 129). Это «правовое положеніе»,  
являясь фактически результатомъ обычая (прецедентовъ)  
и предшествовавшихъ юридическимъ актовъ, поддержи-  
вается и опредѣляется двумя категоріями нормъ, другъ  
друга восполняющихъ и уравнивающихъ: нормами  
дисциплинарнаго и статутарнаго права. Первыя обни-  
маютъ «юридическія дѣйствія и правила поведенія, исхо-  
дяція отъ установленной социальной власти и имѣющія

<sup>1)</sup> Haurion, L'institution et le droit statutaire въ Revue de législation  
de Toulouse за 1906 г., ero-же Principes de droit public (1910) ch. III.



въ виду, главнымъ образомъ, интересы самаго учрежденія». Ихъ единственною санкціею служитъ предоставленное этой власти право принужденія. Но они имѣютъ не только репрессивный, но также созидательный («органический») характеръ. Статутарное право, въ противовѣсъ дисциплинарному, имѣетъ въ виду, на ряду съ опредѣленіемъ общихъ цѣлей и организациіи учрежденія, огражденіе индивидуальныхъ интересовъ его членовъ. Оно устанавливается посредствомъ «сложнаго акта единенія воли (un acte complexe), не имѣющаго характера договора въ обыкновенномъ смыслѣ, а принимающаго другія формы, обыкновенно форму учредительнаго акта или постановленія большинствомъ голосовъ. Этимъ актомъ создается извѣстный порядокъ, который, тотчасъ же, становится частью фактическаго положенія вещей въ данномъ учрежденіи». Съ тѣхъ поръ его обязательность для каждаго отдѣльнаго лица уже основывается на простомъ «подчиненіи факту» (*adhésion au fait, à un état de choses*).

Пользуясь построеніемъ Оріу, Газенъ усматриваетъ въ *contrat d'adhésion* (и, въ частности, въ *contrat de travail*) добровольное подчиненіе опредѣленному порядку или правовому положенію (*situation juridique*). Обязательность этого порядка. — какъ дисциплинарнаго такъ и статутарнаго — онъ основываетъ на «предшествовавшемъ согласіи» (*consentement préexistant*), выразившемся въ *adhésion au fait*. т. е. въ сопутствующемъ договору подчиненіи «установившемуся положенію вещей (*situation établie*)». Не слѣдуетъ только, оговаривается авторъ, утверждать, что «этотъ порядокъ составляетъ послѣдствіе или принадлежность трудового договора или входитъ въ составъ условій, содержащихся въ немъ явно или *implicite*». Онъ обязателенъ для рабочаго, «потому что онъ заключилъ трудовой договоръ, согласился поступить на заводъ, участвовать въ



промышленномъ заведеніи» (стр. 108), но не созданъ этимъ договоромъ.

Газенъ не обходитъ молчаніемъ, что понятіе и ученіе объ «учрежденіи», которыми онъ оперируетъ, сложились въ области публичнаго права, и не скрываетъ затрудненій, возникающихъ при его перенесеніи въ область частнаго права. Авторитетъ порядка публично-правоваго учрежденія зиждется на авторитетѣ государства, но чѣмъ объяснить обязательность порядка, установившагося въ частноправовомъ «учрежденіи», если она не вытекаетъ изъ договора или односторонняго волеизъявленія подчинившагося? На этотъ вопросъ мы и у Газена не находимъ удовлетворительнаго отвѣта. Онъ ссылается на ст. 1135 гражд. кодекса: «договоры обязываютъ не только къ тому, что въ нихъ прямо выражено, но ко всѣмъ послѣдствіямъ, вытекающимъ изъ нихъ по справедливости и обычаю, согласно съ природою обязательства». Но онъ-же самъ указываетъ, что отноудь не всѣ отношенія между предпринимателемъ и рабочимъ «вытекаютъ» изъ договора. Многія изъ нихъ, говоритъ онъ, возникаютъ лишь «вслѣдствіе договора (*à la suite d'un contrat*)». Если эти косвенныя послѣдствія договора тождественны съ тѣми, о которыхъ говорится въ ст. 1135, то какое же основаніе видѣть въ «подчиненіи (*adhésion*)» нѣчто отличное отъ договорнаго соглашенія и объявить ихъ отождествленіе «фикціею»?

Достоинство ученія Газена состоитъ въ томъ, что онъ, въ отличіе отъ другихъ авторовъ, ограничиваетъ кругъ такъ называемыхъ *contrats d'adhésion* дѣйствительно однородными по своей природѣ сдѣлками и правильно подчеркиваетъ ихъ специфическую особенность: подчиненіе одной или обѣихъ сторонъ «установившемуся положенію». Разсужденія Газена, съ логическою необходимостью приводятъ къ заключенію, что центръ тяжести



проблемы лежить не въ особенностяхъ «договора», а въ юридической сущности того «положенія», которому стороны «подчиняются», и что въ такомъ подчиненіи проявляется другая функція воли, чѣмъ въ конститутивномъ соглашеніи, регулирующемъ конкретныя взаимоотношенія контрагентовъ. Но Газенъ самъ этихъ выводовъ не дѣлаетъ, не рѣшаясь порвать съ господствующимъ ученіемъ. Онъ изображаетъ это «положеніе» какъ косвенное послѣдствіе договора въ смыслѣ 1135 ст. гр. код., хотя въ то же время ищетъ опоры въ позанметствованномъ изъ публичнаго права понятіи объ «учрежденіи», подъ которое подводитъ также хозяйственныя (промышленныя) предприятия. Характернымъ и наиболѣе существеннымъ элементомъ трудового договора онъ признаетъ подчиненіе (*adhésion*) порядку или организаціи предприятия, создаваемымъ, по теоріи Ориу, особымъ «сложнымъ актомъ». Но на природѣ этого акта авторъ не останавливается, ограничиваясь указаніемъ, что его не должно смѣшивать съ трудовымъ договоромъ.

Мы еще остановимся на попыткѣ двухъ видныхъ австрійскихъ юристовъ—Штейнбаха <sup>1)</sup> и Мешлени (*Meszlény*) <sup>2)</sup>—объяснить указанную особенность трудового договора путемъ построения новой категоріи юридическихъ сдѣлокъ. Такой категоріею они считаютъ «сдѣлки хозяйственной организаціи» или просто «организаціонныя

<sup>1)</sup> Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation (Wien 1907) стр. 2. Мы уже коснулись его ученія въ первой части, стр. 67.

<sup>2)</sup> Авторъ посвящаетъ этому вопросу рядъ изслѣдованій, изъ коихъ нѣкоторыя напечатаны на венгерскомъ языкѣ и намъ не доступны. На нѣмецкомъ языкѣ появились: A. Meszlény, Das Vermögen im bürgerl. GB. für das deutsche Reich und im schweiz. ZGB. 1908 г. (Gwür, Abhandlungen 29 Heft), Die persönlichen Dienstleistungen im Lichte einer organischen Gesellschaftsauffassung въ Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. 1910 г. стр. 692 сл. и Das Privatrecht als Organisationsrecht въ Ztschr. f. vergl. Rechtswiss. Bd. 30 Heft III, стр. 438 сл.



сдѣлки». «Не все договоры, говоритъ Штейнбахъ, имѣютъ своимъ предметомъ возмездное или безвозмездное отчужденіе вещей или пользованіе ими или исполненіе работъ и услугъ»... Въ хозяйственной жизни можно встрѣтить договоры, направленные на совершенно другую цѣль. Они напр. преслѣдуютъ не уступку хозяйственныхъ благъ, а восполненіе хозяйственнаго субъекта». Сюда относятся и тѣ виды личнаго найма, прототипомъ которыхъ является договоръ государства съ чиновникомъ. Для всѣхъ этихъ сдѣлокъ, по объясненію Штейнбаха (стр. 98), характерно то, что къ «сѣновому отношенію тутъ прибавляются элементы организаціоннаго договора». Организаціонный договоръ, въ противоположность «сѣновому» построенъ на предположеніи не о борьбѣ отдѣльныхъ субъектовъ, а о мирномъ сотрудничествѣ для осуществленія общей цѣли. Ихъ назначеніе — упорядочить это сотрудничество, объединить отдѣльныя клѣтки въ образованія высшаго порядка и регулировать ихъ взаимоотношенія» (стр. 106).

Меншени расширяетъ и углубляетъ предложенное Штейнбахомъ противопоставленіе. По его ученію все гражданское право распадается на двѣ части: на имущественное и организаціонное. Последнее обнимаетъ «совокупность нормъ, регулирующихъ непосредственно совместную дѣятельность людей (*menschliches Zusammenwirken*)<sup>1)</sup>». Оправданіе для такого разграниченія авторъ видитъ въ слѣдующихъ особенностяхъ организаціоннаго права. Имъ 1) опредѣляется положеніе человѣка въ общественной организаціи. «Функціи, связанныя съ такимъ положеніемъ, не являются чистымъ правомочіемъ (*reine Berechtigung*), онѣ всегда составляютъ одновременно и обязанность и правомочіе, на подобіе функцій лицъ въ государственномъ правѣ»; 2) носителемъ этихъ «функцій»

<sup>1)</sup> *Privatrecht*, стр. 444 сл.



или субъектомъ правъ общественной организаціи» могутъ быть только люди, а не искусственные субъекты; 3) Положеніе чловѣка въ общественной организаціи имѣетъ строго личный характеръ. Оно не допускаетъ преемства и связанныя съ нимъ функціи не могутъ быть осуществляемы черезъ представителя; 4) въ области «права общественной организаціи» преобладаютъ принудительныя нормы; ему свойственна тенденція къ суженію сферы «организаціонно-правовой автономіи».

Нормы организаціоннаго права, по ученію Меншени, встрѣчаются въ немаломъ количествѣ въ сферѣ имуще- ственнаго оборота. Имъ, напр., опредѣляется право- и дѣеспособность, положеніе лицъ, завѣдывающихъ имуще- ствомъ, связаннымъ опредѣленнымъ назначеніемъ, напр. учрежденіями, вообще всѣ тѣ «механизмы общественной организаціи, при помощи которыхъ мертвыя имуще- ственныя массы участвуютъ въ оборотѣ, осуществляютъ свою общественную функцію». Однако главную и преимуще- ственную область для ихъ примѣненія составляютъ семья, товарищества и союзы, мандатъ и трудовоі договоръ. Последнимъ, по опредѣленію Меншени, «устанавливается не порядокъ распредѣленія имущества (Güterordnung), а порядокъ хозяйственной организаціи въ смыслѣ правилъ поведенія людей, какъ членовъ союза»<sup>1)</sup>. «Трудовоі договоръ,—говорится въ другомъ мѣстѣ—<sup>2)</sup>, какъ форма организаціи, создаетъ личноправовое положеніе, изъ кото- раго проистекаютъ права и обязанности. Какъ во вся- комъ организаціонно-правовомъ отношеніи здѣсь осуще- ствленіе правъ неразрывно связано съ исполненіемъ обя- занностей. Только сочетаніе тѣхъ и другихъ образуетъ функцію, составляющую смыслъ и содержаніе этого право-

1) Die pers. Dienstleistungen, стр. 703.

2) Privatrecht, стр. 471.



отношенія. Такъ какъ трудовой договоръ, въ принципѣ, односторонняя организація, то въ ней работодателю принадлежить господствующее (*dominus negotii*), а работнику служебное положеніе. Этому отношенію власти и подчиненія въ его организующей части капиталистическое право не удѣляетъ никакого вниманія и лишь въ повѣйшее время оно начинаетъ занимать юристовъ. Оно получитъ свое надлежащее право лишь тогда, когда регулирование этого организаціоннаго типа (*organisatorischer Charakter*) будетъ сознательно направлено на установленіе порядка совместной дѣятельности людей, а не на нормировку эксплуатаціи человѣческаго труда».

Мешлени, далѣе, доказываетъ ссылкой на положенія дѣйствующаго закона, что нормы о трудовомъ договорѣ отличаются всѣми особыми свойствами, характеризующими организаціонное право и пытается отграничить его отъ договора о предпринимательскомъ трудѣ (*Werkvertrag*), отнесеніемъ перваго къ организаціоннымъ и втораго къ имущественнымъ (оборотнымъ) сдѣлкамъ. Мы не будемъ входить въ обсужденіе подробностей. Отметимъ только еще разъ основную мысль автора, что трудовымъ договоромъ, какъ «организаціонною сдѣлкою», создается «правовое положеніе», составляющее интегрирующую часть социальной организаціи и регулируемое особою категоріею нормъ — «правомъ общественной организаціи».

Какъ теоретическое построеніе, ученіе Мешлени находится еще въ зачаточномъ состояніи и предложенное имъ новое юридическое понятіе «организаціоннаго права» страдаетъ нѣкоторою неопредѣленностью и расплывчатостью. Съ извѣстной точки зрѣнія все право, весь правопорядокъ могутъ быть названы «порядкомъ общественной организаціи». Возрождающійся въ настоящее время социологическій методъ изученія институтовъ гражданскаго права не останавливается передъ утвержденіемъ, что



содержаніе всѣхъ договорныхъ отношеній опредѣляется главнымъ образомъ, нормами общественнаго порядка. «Не только заключеніе, но также содержаніе договора, говоритъ Эрлихъ <sup>1)</sup>, вытекаетъ изъ общественныхъ отношеній. Достаточно спросить себя относительно любого изъ договоровъ повседневной жизни, что свойственно ему самому и что въ него внесено общественнымъ порядкомъ, организаціею хозяйства, торговли, оборота, чтобы убѣдиться, въ какой мѣрѣ преобладаетъ второе».

Мешленн повидимому понимаетъ подъ нормами организаціоннаго права нѣчто другое, болѣе узкое, чѣмъ Эрлихъ. Онъ говоритъ о «порядкѣ совмѣстной дѣятельности людей» въ социальнихъ образованіяхъ. Но юридическая природа этого порядка и его отличие отъ общаго правопорядка имъ совершенно не выяснены. Какъ Штейнбахъ, такъ и Мешленн ограничиваются общими указаніями, что частное право регулируетъ не только участіе людей въ оборотѣ и ихъ имущественныя отношенія, но также возникновеніе и внутренней порядокъ «организацій для совмѣстной дѣятельности», и что его нормы въ томъ и другомъ случаѣ имѣютъ неодинаковый характеръ. Дѣленіе юридическихъ сдѣлокъ на «организаціонныя и оборотныя», быть можетъ, заслуживаетъ серьезнаго вниманія. Но что достигается причисленіемъ трудового договора къ организаціоннымъ сдѣлкамъ? Вѣдь имъ не создается та организація, звеномъ которой становится рабочая сила лица, обѣщавшаго свой трудъ, и не имъ опредѣляется правовое положеніе, занимаемое въ ней сторонами. Трудовымъ договоромъ, по словамъ самаго Мешленн, устанавливается «отношеніе господства и подчиненія» (*Herrschaftsverhältnis*) между работникомъ и «одностороннею» (вѣрнѣе — авторитарною) организаціею.

<sup>1)</sup> Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Sociologie des Rechts* (1913 г. стр. 38).



Содержаніе этого отношенія, по его же ученію, опредѣляется не столько договоромъ сторонъ, сколько особыми «нормами организаціоннаго права».

Не трудно видѣть, что конечные выводы австрійскихъ ученыхъ тѣ-же, что и французскихъ и имѣютъ скорѣе методологическое, чѣмъ догматическое значеніе. Они сводятся къ тому, что соглашеніе и одностороннія волеизъявленія нерѣдко, наряду съ конститутивнымъ эффектомъ, являются правовою формою для подчиненія сторонъ или одного изъ контрагентовъ нѣкоторому «порядку общественной организаціи». Но этотъ порядокъ не составляетъ содержанія договора, онъ опредѣляется другими нормативными фактами, требующими всесторонняго выясненія и изученія. Построеніе категоріи «организаціонныхъ сдѣлокъ» переноситъ проблему въ другую плоскость, но также мало разрѣшаетъ ее, какъ построеніе категоріи *contrat d'adhésion*.

Трудовой договоръ подчиняетъ работника власти хозяина и нерѣдко обоимъ контрагентамъ внутреннему порядку хозяйственнаго предпріятія, существованіе котораго ими молчаливо предполагается. По отношенію къ этому порядку соглашеніе имѣетъ не конститутивный, а ассензивный характеръ, т. е. сводится къ простому согласію или подчиненію (*adhésion*). Оно не составляетъ правооснованія (*causa efficiens*), а только правовое условіе (*conditio juris*) его обязательности для данныхъ лицъ.

Догматическое изслѣдованіе трудового договора по-этому не можетъ производиться по обычному шаблону выясненія типичныхъ элементовъ соглашенія сторонъ и логическаго развитія законоположеній, опредѣляющихъ и исполняющихъ его содержаніе. Оно должно отвѣтить на вопросъ: чему, собственно, стороны подчиняются, что представляютъ собою, съ точки зрѣнія дѣйствующаго права и цивилистической науки, порядокъ или организація



хозяйственного предприятия? Изобрѣтеніе новыхъ юридическихъ категорій, о которыхъ мы говорили выше, и причисленіе къ нимъ трудового договора методологически облегчаютъ и оправдываютъ постановку вопроса, но отвѣта на него не даютъ.

СЛБГУ



## ГЛАВА II.

### Правовая організація хозяйственного підприємствія.

Всякое хозяйство, планомерно осуществляющее какія либо постоянныя задачи и пользующееся наемнымъ трудомъ, нуждается, какъ показываетъ опытъ, въ опредѣленномъ порядкѣ. Не только техническая сторона, какъ то распредѣленіе занятій, время работы и отдыха и пр., но также взаимоотношенія занятыхъ въ підприємствіи лицъ, положеніе и функціи каждаго изъ нихъ, предѣлы ввѣренной имъ власти, вообще правовыя условія совмѣстной дѣятельности должны быть болѣе или менѣе точно установлены. Чѣмъ сложнѣе и крупнѣе задачи даннаго хозяйства, тѣмъ настоятельнѣе потребность въ твердой и наглядной организаціи, въ ясномъ и устойчивомъ порядкѣ.

Въ домашнемъ или небольшомъ сельскомъ хозяйствѣ или ремесленной мастерской эта потребность удовлетворяется, въ рамкахъ закона и обычая, распоряженіями и указаціями хозяина. Въ підприємствіяхъ съ большимъ количествомъ и различными категоріями рабочихъ и служащихъ такая упрощенная организація не достигаетъ цѣли. Тутъ невыясненность условій труда создаетъ благоприятную почву для массоваго недовольства и можетъ вызвать замѣшательство и разстройство производства. Въ существованіи точно опредѣленнаго, заранее установленнаго порядка поэтому заинтересованъ прежде всего самъ предприниматель. Но въ немъ заинтересовано также государство, ибо при отсутствіи такого порядка невозможенъ никакій надзоръ надъ условіями труда. Между тѣмъ установленіе такого надзора настоятельно требуется



жизнью и закономъ по отношенію къ нѣкоторымъ категоріямъ предпріятій. Естественно, что именно въ такихъ предпріятіяхъ (особенно въ промышленныхъ) переходъ отъ семейно-бытового уклада отношеній къ правовой организаціи совершился раньше, достигъ высшей ступени и уже создалъ рядъ юридическихъ институтовъ, съ которыми наука и практикѣ приходится считаться. Однако, зародыши правового порядка содержатся въ каждомъ хозяйствѣ, въ которомъ происходитъ постоянное планомерное сотрудничество. Современное правосознаніе повсюду стремится къ ихъ укрѣпленію и къ включенію хозяйскаго усмотрѣнія или хозяйской власти въ правовыя рамки. Вопросъ о правовой организаціи хозяйственныхъ предпріятій постепенно пріобрѣтаетъ общее значеніе и постоянно требуетъ научнаго освѣщенія. Хотя онъ пока практически касается преимущественно области промышленности, но его значеніе безпрестанно растетъ по мѣрѣ социальной эволюціи общества и роста правовой культуры.

Представленіе о предпріятіи, какъ о правовомъ явленіи, тѣсно связано съ возникновеніемъ и развитіемъ капиталистическаго хозяйства. На первыхъ порахъ оно не шло дальше принятія на себя по договору опредѣленной хозяйственной операціи, исполняемой силами и средствами предпринимателя. Въ этомъ смыслѣ «исполненіе предпріятія» (антреприза) противопоставалось исполненію собственными хозяйственными средствами и наемными силами <sup>1)</sup>.

Такое словоупотребленіе уже болѣе не соотвѣтствуетъ общепринятому смыслу термина «предпріятіе». Имъ въ

---

<sup>1)</sup> На этомъ построено противопоставленіе въ римскомъ правѣ *opus* и *opera*, какъ предметовъ договора *locatio conductio*. См. Трудовой договоръ, I стр. 191 и сл. Съ такимъ же понятіемъ о „предпріятіи“ мы встрѣчаемся въ нашемъ законѣ (т. X, ч. I, ст. 1737 и сл., Уст. о прям. нал., изд. 1903 г., ст. 145) и въ франц. кодексахъ (art. 1711, 1794, 1798).



настоящее время обыкновенно обозначается не отдельная хозяйственная операция или услуга, выполняемая или организуемая предпринимателем за вознаграждение, а организованная хозяйственная единица, рассчитанная на постоянное и плановое обслуживание оборота посредством добывания, производства или сбыта известных предметов или отправления определенной деятельности в виде самостоятельного промысла. И такое его значение вполне усвоено, вследствие за экономистами, юридическою наукою и практикою и законодательством<sup>1)</sup>.

Однако, указанное понятие о предприятии, перенесенное в область права, до сих пор не нашло себе там определенного места и не признается единым правовым институтом. Причина та, что предприятие составляет сложное и многогранное явление, затрагивающее различные области права<sup>2)</sup> и порождающее различные, подчас ничем между собою не связанные, юридическія послѣдствія. Представляя собою клетку хозяйствующаго общества («экономическій организм»<sup>3)</sup>), предприятие прежде всего обнаруживает тенденцію къ индивидуальному обособленію и самостоятельному участию въ оборотѣ въ качествѣ носителя правъ и обязанностей. Вышними признаками обособленія служатъ фирма, товарный знакъ, торговые книги, клиентела и другіе сложившіеся на этой почвѣ, юридическіе институты. Ученые однако не ограничились признаніемъ юридической силы этихъ индивидуализирующихъ факторовъ: они пытались возвести самое предприятие на степень

<sup>1)</sup> См., напр., Уст. о пром. (изд. 1913 г.), ст. 138, 140. Св. Зак. гражд., прил. къ ст. 1238, п. 14, 19, Уст. о пр. нал. (изд. 1903 г.), ст. 366 и сл., Code de comm., art. 632 и сл. Ср. Planiol, Traité élém. (5 изд.), § 1899 и 1905; Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, I, § 13.

<sup>2)</sup> Ср. В. Н. Шретера, Переходъ торговыхъ предприятий, въ „Юридическомъ Вѣстникѣ“ за 1913 г., кн. III, стр. 194 и сл.

<sup>3)</sup> Catalan, De la condition juridique des fonds de commerce (Paris 1899), стр. 13 и passim.



субъекта правъ, признать его юридическимъ лицомъ. И эта конструкція, подробно обоснованная Агапетомъ Момсеномъ <sup>1)</sup>, нашла себѣ поддержку со стороны такихъ авторитетныхъ юристовъ, какъ Вильгельмъ Эндеманъ <sup>2)</sup>, Лоренцъ фонъ Штейнъ <sup>3)</sup> и др.

Для насъ интересны соображенія, на которыхъ строится ими олицетвореніе предпріятія. Его сущность, — говоритъ Эндеманъ, — не исчерпывается понятіемъ о совокупности имущества. Оно — звено хозяйственной жизни и слѣдовательно *не только объектъ* вещныхъ или личныхъ правомочій. Собственникъ или хозяинъ часто является лишь главою или душою предпріятія, а иногда даже этого нѣтъ. Оно имѣетъ свой собственный характеръ и свой ходъ (Gang), отнюдь не зависящіе отъ одного произвола собственника. Предпріятію, а не личности хозяина, отдають свои силы служащіе, да и онъ самъ».

Приблизительно такимъ же образомъ аргументируетъ А. Момсенъ. По его словамъ, современное правосознаніе видитъ въ хозяинѣ предпріятія не dominus negotii, какъ римляне, а главу («Prinzipal»), т. е. перваго слугу своего дѣла, и, слѣдовательно, стоитъ на почвѣ подчиненія его, какъ человѣка, хозяйственному цѣлому, въ которомъ, поэтому, и надлежитъ видѣть настоящій субъектъ. Штейнъ наконецъ, опредѣляетъ предпріятіе какъ «соединеніе лицъ, изъ коихъ каждое состоитъ въ опредѣленномъ отношеніи къ фирмѣ, какъ объединяющему фактору». Предпріятіе — продуктъ творческой силы оборота. Оно имѣетъ свою спеціальную функцію, въ силу которой соединеніе лицъ

<sup>1)</sup> См. Busch's Archiv. т. 32, стр. 209 и сл. Дальнѣйшая литература у Regelsberger въ „Zeitschr. f. d. ges. Handelsr.“, т. 14; Heinr. Müller, Rechtliche Natur des Handelsgeschäfts (Halle Dis. 1908).

<sup>2)</sup> Deutsches Handelsrecht (3 изд.), § 17.

<sup>3)</sup> Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands (1876), стр. 261 и сл.



превращается въ «правовой организмъ», и «хозяйственныя категоріи» занятыхъ въ немъ лицъ (глава, прокуроръ, служащіе) въ «юридическія понятія».

Противники олицетворенія предпріятія большею частью по существу ничего не возражаютъ противъ изложенныхъ соображеній. Они только указываютъ на несовмѣстимость этой конструкціи съ положительнымъ правомъ. Последнее считаетъ владѣльца предпріятія, (а не самое предпріятіе), собственникомъ имущества и субъектомъ завязываемыхъ правоотношеній и не проводитъ никакой грани между торговымъ состояніемъ купца и прочимъ его имуществомъ.

Теорія олицетворенія, учитывающая только одну сторону предпріятія — его экономическую индивидуальность, — не оказала замѣтнаго вліянія на положительное право и въ настоящее время уже почти не имѣетъ сторонниковъ въ литературѣ. Но тѣмъ болѣе вниманіемъ и вліяніемъ пользуется другое ученіе, усматривающее особенность предпріятія, какъ правового понятія, въ томъ, что оно въ оборотѣ выступаетъ какъ самодовлѣющая цѣнность, способная служить единымъ объектомъ отчужденія, залога, пользованія, преемства и т. д. Обзоръ многочисленныхъ попытокъ <sup>1)</sup> подведенія предпріятія въ этомъ смыслѣ подъ одну изъ цивиллистическихъ категорій не входитъ въ нашу задачу. Для нашей цѣли достаточно указать, что въ послѣднее время въ литературѣ (особенно австрійской) <sup>2)</sup> взглядъ на предпріятіе, какъ на

<sup>1)</sup> См. сочиненія, указ. выше стр. 26 прим. 1, а также Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes* (Paris, 1898), стр. 483 и сл.; Gombeaux, *Notion juridique des fonds de commerce* (Caen 1901); Ohmeyer, *Das Unternehmen als Rechtsobjekt* (Wien, 1906); R. Isay, *Das Recht am Unternehmen* (Berl. 1910); Geller, *Das Unternehmen* (München, 1913); Каминка, *Очерки торговаго права* (2 изд.), стр. 144 и сл.; Шретеръ, ук. соч.

<sup>2)</sup> Причина, почему этимъ вопросомъ особенно интересуются австрійскіе юристы, заключается въ томъ, что въ Австріи судебная практика и съ 1896 г. также законъ допускаютъ обращеніе взысканія на предпріятіе,



совокупность матеріальных и нематеріальных благъ или на обособленный имущественный комплекс (Sondervermögen), уступаетъ мѣсто воззрѣнію, по которому характерное свойство предпріятія какъ цѣлаго, въ отличіе отъ суммы его составныхъ частей, заключается въ при-  
сущемъ ему элементѣ *организациі*. Значеніе этого элемента опредѣляется и оцѣнивается далеко неодинаково <sup>1)</sup>, но всѣ ученые, пользующіеся имъ для объясненія роли и характера предпріятія, какъ оборотной величины, говорятъ объ организациі лишь въ смыслѣ извѣстной технической приспособленности къ постоянному выполненію хозяйственныхъ задачъ, а не въ смыслѣ правового строя, опредѣляющаго формы внутренней жизни предпріятія, какъ соціального соединенія. Сторонники олицетворенія исходятъ изъ біологическаго представленія объ организмѣ, способномъ къ активному участію въ оборотѣ. Сторонники ученія о предпріятіи, какъ единой оборотной цѣнности, видятъ въ немъ только сложное техническое сооруженіе, объединенное единствомъ идей и цѣлей. Нитѣ ни другіе не замѣчаютъ, что, будучи единымъ бытовымъ явленіемъ, предпріятіе, какъ правовое явленіе, имѣетъ три совершенно различныя стороны и порождаетъ

---

какъ цѣлое, въ формѣ повелительнаго управленія и повелительной отдачи въ аренду (Executionsord. § 341 и сл.).

1) Омейеръ, указавшій первый на значеніе организациі, видитъ въ ней только объединяющій элементъ, благодаря которому предпріятіе, какъ *universitas juris*, можетъ быть объектомъ одинаго имущественнаго права. Писко усматриваетъ, наоборотъ, самую сущность предпріятія въ „организациі орудій производства или обезпеченной возможности сбыта“, которыя, по его мнѣнію, и составляютъ объектъ отчужденія. Исай, указывая, что понятіе о предпріятіи не исчерпывается организациею, а обнимаетъ также лицъ, имущество и постоянную цѣль, въ то же время учитъ, что въ „предпріятіи воплощается создаваемое трудомъ предпринимателя и его органовъ нематеріальное благо на подобіе идеи въ изобрѣтеніи или художественной мысли въ статуѣ. Это нематеріальное благо и заключается въ организациі предпріятія, въ наконившемся опытѣ и въ связяхъ съ поставщиками и заказчиками“.



три самостоятельныя и независимыя другъ отъ друга проблемы. Оно не только социальный индивидъ и не только объектъ сдѣлокъ и преемства, но еще имѣетъ свою специфическую правовую организацію. Оно представляетъ собою организованное социальное образованіе, въ нѣдрахъ котораго существуетъ опредѣленный «должный порядокъ» (Уст. о пром. трудѣ 1914 г., ст. I). Милліоны людей безпрестанно или временно подчиняются этому порядку, безпрекословно признають его обязательность. И на этой почвѣ въ современной жизни, особенно въ области промышленности, создались и продолжаютъ создаваться своеобразныя правовыя институты и нормы, юридическая квалификація которыхъ представляетъ непреодолимыя трудности въ виду невыясненности юридической сущности и основаній обязательности организаціи. Эти вопросы должны разсматриваться какъ отдѣльная самостоятельная проблема, не менѣе существенная для науки и дѣйствующаго права, чѣмъ экономическая индивидуальность и оборотная цѣнность предпріятія<sup>1)</sup>).

Такой постановки мы въ цивилистической литературѣ не встрѣчаемъ, но было бы, конечно, ошибкою

<sup>1)</sup> На необходимость разграниченія различныхъ сторонъ предпріятія уже указывалось въ литературѣ. Такъ, Valéry („Annales de droit commercial“ за 1902 г., стр. 209 и сл.) различаетъ *maison de commerce* и *fonds de commerce*. Первымъ терминомъ обозначается „l'élément animé de l'établissement commercial, c'est à dire l'ensemble des personnes qui concourent à sa direction et à son fonctionnement“. вторымъ— „la partie purement matérielle de cet établissement“. Въ нашей литературѣ на самостоятельномъ значеніи организаціи предпріятія останавливается проф. Удинцевъ, Русское торгово-промышленное право, стр. 41: „Субъекты торгово-промышленнаго права—принципаль предпріятія и его помощники—дѣйствуютъ въ обстановкѣ особой организаціи, какую получаетъ предпріятіе и которая называется торгово-промышленнымъ заведеніемъ. Это самостоятельное юридическое понятіе, къ которому приуроченъ цѣлый рядъ правоотношеній и которое поэтому требуетъ самостоятельнаго изученія“. Едва ли впрочемъ, возможно согласиться съ отождествленіемъ организаціи съ заведеніемъ и съ тѣмъ, будто „дѣйствующее законодательство приурочиваетъ все соответствующіе институты не къ предпріятію, а къ заведенію“ (стр. 221).



думать, что самая проблема до сихъ поръ совершенно не привлекала вниманія цивилистовъ. Она только ставилась не по поводу хозяйственныхъ предпріятій, а въ связи съ болѣе общимъ вопросомъ о природѣ и юридическомъ значеніи организованныхъ соціальныхъ единицъ, не удовлетворяющихъ формальнымъ условіямъ для ихъ признанія юридическими лицами. Научная мысль при этомъ коснулась также внутренняго строя этихъ единицъ, но лишь какъ основанія или какъ послѣдствія ихъ правовой индивидуальности, а не какъ самостоятельнаго правового явленія, требующаго объясненія и научнаго освѣщенія.

Обширныя и цѣпныя изслѣдованія<sup>1)</sup>, произведенныя въ этой области, выяснили съ достаточною наглядностью тотъ фактъ, что въ правовомъ быту, кромѣ людей, имѣютъ значеніе и принимаютъ дѣятельное участіе не одни только соціальныя образованія, официально санкціонированныя государствомъ. Отсутствія такой санкціи еще недостаточно для отрицанія ихъ правового бытія и возможности ихъ правомѣрнаго участія въ оборотѣ. Разъ они фактически существуютъ и участвуютъ въ оборотѣ, ихъ причисленіе къ противозаконнымъ или юридически прелевантнымъ явленіямъ только тогда имѣетъ достаточныя основанія, если положительный законъ обуславливаетъ ихъ возникновеніе официальнымъ признаніемъ (легализаціею)<sup>2)</sup> со стороны государства. Наука не можетъ не считаться съ фактомъ существованія соединеній, не надѣленныхъ юридическою личностью, но терпимыхъ государствомъ и разсматриваемыхъ въ оборотѣ какъ

1) См. обзоръ литературы у Clunet, *Les associations au point de vue historique et juridique* (Paris, 1909), стр. 307 и сл.; Behrend, *Die Stiftungen* (Marb. 1905); Ferrara, *Le persona giuridiche* (въ Сборникѣ *Il diritto civile italiano*, изд. Pasquale Fiore, ч. I, т. VII).

2) Форма и способъ легализаціи по отношенію къ частноправовымъ юридическимъ лицамъ предусмотрѣны закономъ исчерпывающимъ образомъ и сводятся къ тремъ системамъ: концессионной, явочной и самозарожденія.



организованное и единое цѣлое<sup>1)</sup>). Вмѣстѣ съ легализованными социальными образованиями они составляютъ общую юридическую категорію, которой отдѣльные изслѣдователи даютъ самыя различныя названія, какъ-то *reale* (*Gesamntperson*<sup>2)</sup>), *Einrichtung*<sup>3)</sup>), *Anstalt*<sup>4)</sup>), *réalité juridique*<sup>5)</sup>), *institution*<sup>6)</sup>) и др. Всѣ они обозначаютъ родовое понятіе болѣе широкое, чѣмъ понятіе юридического лица.

Однако расширеніе области социальныхъ индивидовъ, признаваемыхъ положительнымъ правомъ, еще не разрѣшаетъ вопроса о характерѣ ихъ внутренней организаціи, а, главное, объ основаніяхъ ея обязательности и о природѣ нормъ, регулирующихъ ихъ внутренній порядокъ.

По отношенію же къ публично-правовымъ организаціямъ, преслѣдующимъ государственныя и общественныя цѣли, легализація иногда выражается въ простомъ фактѣ ихъ допущенія къ участию въ государственной дѣятельности или возложенія на нихъ задачъ государственнаго характера. Изъ четырехъ крупнѣйшихъ общественныхъ организацій, возникшихъ въ связи съ настоящею войною—Всероссійскими Земскимъ и Городскимъ Союзамъ, ихъ Главнымъ Комитетомъ по снабженію арміи, Военно-промышленнымъ Комитетомъ—только послѣдній формально легализованъ (и то въ непредусмотрѣнномъ въ законѣ порядкѣ одобренія его Положенія Совѣтомъ Министровъ). Остальныя дѣйствуютъ на основаніи неформальнаго одобренія, допущенія ихъ содѣйствію въ определенной отрасли государственной дѣятельности Верховнымъ Воздемъ арміи и флота и возложенія на нихъ компетентными органами государства порученій. Отрицаніе ихъ правоспособности въ отведенной имъ сферѣ было бы ничѣмъ не оправдываемымъ доктринерствомъ, ибо лишило бы самое обращеніе органовъ государства къ ихъ содѣйствію всякаго смысла и юридического значенія и сдѣлало бы непонятнымъ упоминаніе о нихъ въ рядѣ законодательныхъ и правительственныхъ актовъ. Невозможность приобрѣтать права и обязываться для нихъ была бы равносильною невозможности принимать и исполнять порученія военныхъ властей и вообще организовать и отправлять ту, связанную съ обороною государства, вышеописанную дѣятельность, ради которой они возникли.

1) См. Krückmann, *Einheit, Subjekt, Person* въ *Arch. f. civ. Praxis*, 1916, II. 2.

2) Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, стр. 5.

3) Behrend, *ук. соч.*, стр. 368 и сл.

4) E. Mayer въ „*Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*“, I, стр. 693 s. v. „*Juristische Personen*“.

5) Saleilles, *De la personnalité juridique* (Paris, 1910), *loc. cit.* 22 и 23.

6) Hauriou, *Principes de droit public*, chap. III.



Тщательнымъ анализомъ природы юридическаго лица пока доказано лишь то, что методологически неправильно связывать вопросъ о внутреннемъ строѣ социальныхъ образованийъ съ ихъ способностью быть субъектомъ правоотношеній<sup>1)</sup>, такъ какъ между ними нѣтъ ни фактической, ни логической связи. Многие именно въ этой способности видятъ отличительное свойство юридическаго лица. Но отъ того, способенъ ли социальный индивидъ служить «пунктомъ прираженія правъ», не можетъ зависѣть юридическій или фактическій характеръ его внутренняго порядка и взаимоотношеній лицъ, входящихъ въ его составъ. «Юридическое лицо, говоритъ проф. Ельяшевичъ<sup>2)</sup>, это общія скобки, которыя обнимаютъ различныя по своей юридической сущности явленія. Надо вскрыть эти общія скобки, чтобы понять каждое изъ стоящихъ за ними отношеній». По словамъ Нейбекера<sup>3)</sup> «юридическое лицо только правовое понятіе; юридическая личность только правовое свойство. Они ничего не говорятъ намъ объ остальныхъ (юридическихъ, социальныхъ, фактическихъ) свойствахъ ихъ носителя и, въ частности, объ его личности. Юридическое лицо слѣдовательно не можетъ быть отождествляемо съ социальнымъ существомъ (*soziales Lebewesen*). Есть социальные существа, не являющіяся юридическими лицами: не признанные союзы. Есть юридическія лица, не являющіяся социальными существами: олицетворенныя товарищества. Юридическое лицо — форма. Имѣетъ ли оно содержаніе и какое именно, объ этомъ по ней судить нельзя. Форма еще не создаетъ себѣ содержанія; содержаніе (цѣль) можетъ опредѣлить форму».

Независимость «социальнаго существа» отъ юридической личности вызываетъ необходимость въ критеріи

1) См. Ельяшевичъ, Юридическое лицо (Сиб. 1910) стр. 15.

2) Указ. соч. стр. 24.

3) Neubecker, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (Lpz. 1908) стр. 39.



для разграниченія юридически релевантныхъ отъ юридически безразличныхъ соціальныхъ соединеній<sup>1)</sup>. Въ изслѣдованіяхъ, посвященныхъ союзнымъ образованіямъ, мы находимъ, если не прямой отвѣтъ, то нѣкоторыя указанія по этому вопросу. Такъ, по ученію Оттона Гирке, право, регулирующее внутреннюю жизнь союзовъ, составляетъ особую отрасль, называемую имъ «соціальнымъ правомъ» въ отличіе отъ индивидуальнаго<sup>2)</sup>. Лица, входяція въ составъ союза (въ обширномъ смыслѣ), — учитъ онъ, — находятся тамъ въ особой правовой сферѣ, отдѣльной отъ ихъ индивидуальной сферы. Ихъ правовое положеніе и правоотношенія, какъ членовъ союза, должны быть строго отдѣляемы отъ ихъ индивидуальныхъ отношеній. Предметъ соціального права составляетъ внутренній порядокъ жизни (*Lebensordnung*) всякаго союзнаго образованія, начиная съ государства и кончая мелкими хозяйственными ячейками, т. е. какъ разъ то, что изъято изъ сферы правовой нормировки, когда рѣчь идетъ о людяхъ. По отношенію къ союзамъ, — говоритъ Гирке<sup>3)</sup>, — «для правопорядка оказывается возможнымъ нормативно опредѣлить построеніе живого цѣлаго изъ его частей и

1) Такимъ критеріемъ нѣкоторые ученые считаютъ *нѣм.* соціальныхъ образованій. Ею они объединяются и индивидуализируются: отъ нея же зависитъ рѣшеніе вопроса объ ихъ бытовомъ или юридическомъ характерѣ. Но такъ какъ цѣли могутъ быть одинаковыя у физическихъ и у юридическихъ лицъ, теологическая теорія должна была привести къ ихъ отождествленію, т. е. къ отрицанію самаго понятія о юридическомъ лицѣ (Беккеръ, Демеліусъ и др.). Болѣе того — усматривая въ цѣли, а не въ субъектѣ, объединяющій элементъ правовой сферы, эта теорія, при ея дальнѣйшемъ развитіи, привела къ упраздненію понятій о правовомъ субъектѣ и о субъективномъ правѣ. См. Schwarz, *Rechtssubjekt und Rechtszweck* въ *Arch. f. bürg. Recht* т. 32 и 35; Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive* (1901) стр. 140 и сл.; еро-же, *Le droit social, le droit individuel* (1908) стр. 14 и сл. и *Les transformations du droit privé* (1912) стр. 3 и сл.

2) *Genossenschaftstheorie*, стр. 3, 101, 150 сл., 156 сл., 181 сл. Ср. ниже стр. 46.

3) Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände* (1902), стр. 27 и сл.



проявленіе единства во множествѣ, ибо внутренняя жизнь соціального организма въ то же время является частью внѣшней жизни отдѣльныхъ людей. *На этой почвѣ возникаетъ правовое понятіе о строе (Verfassung)*. Составленіе общественнаго тѣла изъ принадлежащихъ къ нему лицъ регулируется правовыми нормами. Отсюда истекаетъ правовое понятіе о членствѣ (Mitgliedschaft), которое, какъ юридическое положеніе, обнимаетъ права и обязанности. Правовыми нормами, далѣе, регулируется распределеніе функций между членами (Gliederung). Ими опредѣляется положеніе каждаго изъ нихъ въ рамкахъ цѣлаго, устанавливаются власть и подчиненіе; отдѣльныя лица объединяются внутри цѣлаго въ комплексы; за отдѣльными членами признается главенствующее положеніе. Правовыми нормами, наконецъ, опредѣляется организація, въ силу которой эти объединенные въ одно цѣлое элементы образуютъ единство».

Берендъ <sup>1)</sup> также усматриваетъ «наиболѣе существенный и собственно характерный признакъ» установленнаго имъ общаго понятія «Einrichtung» въ «строе (Verfassung)». Частноправовая дѣятельность, направленная на «абстрактныя цѣли, существующія безотносительно къ отдѣльному индивиду», противопоставляется этимъ авторомъ дѣятельности, направленной на установленіе конкретныхъ правоотношеній. Способъ осуществленія первой не можетъ зависѣть отъ произвола отдѣльныхъ лицъ, а «долженъ устанавливаться въ извѣстныхъ предѣлахъ, независимо отъ него, объективнымъ правомъ, долженъ быть юридически нормированнымъ разъ навсегда, принимать опредѣленные однородныя, твердыя формы». *Verfassung*, съ точки зрѣнія частнаго права, следовательно, означаетъ «опредѣленнымъ образомъ нормированную частно-

<sup>1)</sup> Указ. соч., стр. 379.



правовую дѣятельность для достиженія особыхъ частно-правовыхъ цѣлей» (стр. 382). Сообразно съ этимъ подъ *Einrichtung* слѣдуетъ разумѣть «такія явленія или созданія жизни и оборота, въ которыхъ особыя частноправовыя цѣли достигаются по особымъ началамъ (частноправовой дѣятельности), т. е. особымъ частно-правовымъ поведеніемъ. Средствомъ ихъ специфической жизнедѣятельности и ядромъ ихъ юридической природы является именно строй (*Verfassung*)» (стр. 383). Несложный смыслъ этихъ пространныхъ опредѣленій и объясненій тотъ, что *существеннѣе, съ точки зрѣнія частнаго права, элементъ соціальною образованія*, именуемый Берендомъ «*Einrichtung*», *заключается въ ихъ организаціи*, въ смыслѣ особаго, объективно опредѣленнаго, согласованнаго съ ихъ цѣлями, обязательнаго порядка дѣятельности.

Мы уже коснулись (стр. 13) ученія тулузскаго профессора Ориу о существованіи особыхъ *юридически релевантныхъ* соціальныхъ образованій, которыя могутъ быть юридическими лицами, но могутъ ими и не быть. Ориу пользуется для ихъ обозначенія терминомъ «учрежденіе (*institution*)», позаимствованнымъ изъ публичнаго права. Какъ мы уже знаемъ, онъ усматриваетъ ихъ отличительный признакъ въ наличности «организованной группы людей», «внутренняго равновѣсія въ силу распределенія функцій» и «осуществляемаго въ нѣдрахъ этихъ образованій правового положенія» (*Principes*, стр. 126). Ориу называетъ учрежденіе «юридическою фигурою, въ которой берутъ свое начало правовыя нормы». Разъ такія нормы существуютъ, внутренний порядокъ учрежденія имѣетъ юридическій характеръ, независимо отъ его способности къ участию въ оборотѣ, въ качествѣ юридического лица.

Меиѣ рѣшительно къ этому взгляду примыкаетъ



Салейль въ своемъ превосходномъ изслѣдованіи о юридической личности <sup>1)</sup>. Ассоціаціи, какъ юридическія реальности, отличаются отъ другихъ «коллективныхъ образований (groupements)», не преслѣдующихъ постоянной цѣли, тѣмъ, что имъ присущъ элементъ «учредительный (institutionnel)». Слово «учрежденіе» (institution),—говоритъ Салейль,—слѣдуетъ понимать не въ широкомъ смыслѣ, обнимающемъ всякій комплексъ правоотношеній между людьми, а въ болѣе тѣсномъ и динамическомъ смыслѣ правотворческаго организма. Люди, входящіе въ составъ ассоціаціи, тутъ не стоятъ на первомъ планѣ, какъ въ товариществѣ, а составляютъ не болѣе, какъ механизмъ (rouages) для осуществленія ея задачъ. Для понятія юридического лица этого объективнаго элемента недостаточно, а еще необходимъ элементъ субъективный: его организація должна быть такова, чтобы данная юридическая реальность могла проявить свою волю. Но существованія «учредительной и іерархической организаціи», по мнѣнію Салейля, достаточно для того, чтобы придать социальному соединенію свойство «d'une réalité juridique».

Изложенныя ученія не пользуются общимъ признаніемъ, но они доказываютъ, какіе глубокіе корни въ наукѣ уже пустила мысль, что кругъ юридически релевантныхъ «соціальныхъ существъ» значительно шире понятія о юридическомъ лицѣ въ общепотребительномъ смыслѣ. Ихъ отличительный признакъ—присущая имъ правовая организація или обязательный внутренній строй. Насколько этотъ признакъ имѣется на лицѣ въ хозяйственныхъ предпріятіяхъ, они также должны быть причислены къ организованнымъ социальнымъ образованиямъ. Вопросъ о природѣ ихъ организаціи и объ основаніяхъ обязательности ихъ внутренняго

<sup>1)</sup> De la personnalité juridique, стр. 579 и сл.



порядка долженъ ставиться и рѣшаться въ зависимости отъ того, является ли предпріятіе юридическимъ лицомъ или вѣтъ. Онъ возникаетъ каждый разъ, когда лица, вступающія въ договорныя отношенія съ организованными предпріятіями, какъ то рабочіе и служащіе съ заводомъ, пассажиры съ желѣзною дорогою, абоненты съ обществомъ освѣщенія или телефоновъ и т. д., должны подчиняться установленному или даже вгредь устанавливаемому безъ ихъ участія порядку этого предпріятія, безотносительно къ тому, стоитъ ли во главѣ его физическое или юридическое лицо.

Въ предѣлахъ извѣстныхъ юридической наукѣ понятій и формъ мысленія возможны только два отвѣта на этотъ вопросъ: либо данный порядокъ составляетъ содержаніе договорнаго отношенія и имѣетъ своимъ основаніемъ соглашеніе сторонъ, либо онъ черпаетъ свою обязательность въ томъ фактѣ, что его источникъ обладаетъ правообразующею силою, другими словами—онъ составляетъ разновидность или часть объективнаго правопорядка. До послѣдняго времени господствующее ученіе рѣшительно склонялось къ первому рѣшенію. Поскольку внутренній порядокъ не создается закономъ, а главою предпріятія, т. е. опредѣляется пеходящими отъ него регламентами, правилами и т. п., въ послѣднихъ видѣло лишь заранѣе зафиксированныя условія, составляющія содержаніе оферта, а по заключеніи договора—его содержаніе.

Представленіе о порядкѣ, какъ *результатъ* соглашенія лицъ, обязанныхъ къ его соблюденію, не подтверждается фактами жизни. Въ дѣйствительности онъ не создается индивидуальнымъ договоромъ и не составляетъ части его законныхъ послѣдствій, а стороны уже застаютъ его и принимаютъ какъ пѣчто должное. Обыкновенно одна сторона только знакомится съ обяза-



тельнымъ для нея порядкомъ уже по вступленіи въ договорное отношеніе.

Мы уже говорили о новѣйшихъ попыткахъ объяснить эту аномалію. Соглашеніе въ указанныхъ случаяхъ сводится, по мнѣнію однихъ, къ простому подчиненію *фактическому* положенію вещей, по мнѣнію другихъ — къ тому, что одному или обоимъ контрагентамъ отводится определенное положеніе въ какомъ либо союзѣ. Однако какъ мы уже указывали, эти построения оставляютъ открытымъ практически наиболѣе важный вопросъ: чему стороны подчинились, чѣмъ опредѣляется ихъ правовое положеніе? Трудовымъ договоромъ условія труда въ самыхъ рѣдкихъ случаяхъ опредѣляются исчерпывающимъ образомъ. Между тѣмъ работникъ отнюдь не соглашается на какія бы то ни было условія, не отдаетъ себя или свою рабочую силу на милость работодателя. Стороны имѣютъ въ виду порядокъ, созданный или впредь создаваемый въ определенныхъ правовыхъ формахъ и черпающій свое содержаніе изъ определенныхъ правовыхъ источниковъ, словомъ — порядокъ, правомѣрность котораго поддается объективной провѣркѣ. Конструкціи «подчиненія фактическому положенію» и «организационнаго характера» трудового договора устраняютъ указанную выше фикцію, будто этотъ порядокъ создается соглашеніемъ сторонъ, но ключомъ къ разумѣнію его юридической сущности и основаній его обязательности они служить не могутъ.

Если основаніемъ его обязательности не является соглашеніе сторонъ, то юридическую силу этого порядка можно объяснить только тѣмъ, что его источники обладаютъ правообразующею силою, другими словами признать его разновидностью и частью объективнаго права, особымъ *частнымъ правомъ* хозяйственныхъ предпріятій.



Но что означает терминъ «частный правопорядокъ», откуда онъ черпаетъ свою силу, какія обнимаетъ нормы? Господствующее ученіе различаетъ объективное право или объективный правопорядокъ, устанавливаемый въ определенныхъ формахъ правотворческими силами государства и народа, и субъективные права или конкретныя правоотношенія между отдельными индивидами, возникающія въ децентрализованной сферѣ ихъ частной автономіи. Каждый разъ, когда возбуждается вопросъ объ основаніи обязательности какой либо правовой нормы, юристы-догматики и судебная практика ищутъ его либо въ признанныхъ источникахъ общаго правопорядка, либо въ автономномъ частномъ волеизъявленіи, способномъ породить права и обязанности. Обѣ отнесеніи къ той или другой категоріи зависить удѣльный вѣсъ данной нормы. Въ первомъ случаѣ она координируется закону и обычаю, отмѣняетъ ихъ, насколько она расходится съ дѣйствующимъ правомъ, и сама опредѣляетъ область своего примѣненія. Во второмъ — она не можетъ выходить изъ предѣловъ отведенныхъ объективнымъ правомъ самоопредѣленію отдельныхъ индивидовъ, не имѣетъ дерогаторной силы и нормируетъ только взаимоотношенія индивидуально опредѣленныхъ лицъ.

Правовая жизнь однако, давно уже вышла изъ рамокъ или вѣрнѣе, никогда не держалась въ рамкахъ указанной диллемы. Она создала рядъ практически чрезвычайно существенныхъ институтовъ, правовая нормировка которыхъ не укладывается безъ остатка ни въ одну изъ этихъ категорій. Есть нормы, отличающіяся по формѣ, по области дѣйствія и по источникамъ отъ нормъ общаго правопорядка, но въ тоже время выходящія за предѣлы индивидуальной правовой сферы и устанавливающія абстрактныя правоположенія, а не конкретныя правоотношенія.



Остановимся, въ видѣ примѣра, на уставахъ акціонерныхъ компаній и другихъ союзовъ. Ихъ юридическая природа уже давно занимаетъ юристовъ и причиняетъ судебной практикѣ непреодолимыя трудности. Въ нѣмецкой литературѣ, особенно склонной къ разработкѣ конструктивныхъ вопросовъ, споръ о томъ, къ какой юридической категоріи должны быть отнесены акціонерные уставы, ведется уже съ 18 столѣтія. Тѣмъ не менѣе, по словамъ одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей <sup>1)</sup>, она «въ настоящее время болѣе далека отъ единогласнаго отвѣта на него, чѣмъ когда-либо. Недавно еще многіе считали объективно-правовую теорію господствующею, но какъ разъ въ послѣдніе годы снова возросло количество ея противниковъ (напр. Heinsheimer <sup>2)</sup>) и новыя изданія комментаріевъ Планка и Штаудингера). Съ другой стороны къ ней снова примыкаютъ диссертацин Гриотерса <sup>3)</sup> и Лаубера <sup>4)</sup>. Равнымъ образомъ и практика до сихъ поръ еще не заняла по этому вопросу опредѣленной позиціи»...

Сторонники договорной теоріи считаютъ уставъ совмѣстнымъ волевымъ актомъ учредителей, опредѣляющимъ взаимоотношенія акціонеровъ и ихъ права и обязанности по отношенію къ самой компаніи. Его сила, говоритъ Леманъ <sup>5)</sup>, не зиждется на авторитетѣ государства, а имѣетъ своимъ источникомъ частную автономію членовъ компаніи. Но онъ тутъ-же оговаривается, что «уставъ можетъ также содержать положенія объективнаго права, которыя не утрачиваютъ свойства нормъ закона отъ ихъ включенія въ уставъ». Онъ далѣе признаетъ, «что уставъ имѣетъ

1) Oertmann, Die rechtliche Natur der Vereinssatzung въ Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil., Okt. 1913, стр. 127.

2) Mitgliedschaft und Ausschliessung (1913).

3) Grütters, Ausschluss aus rechtsfähigen Vereinen (Diss. Bonn 1913).

4) Fr. Lauber, Die rechtliche Natur der Vereinssatzung (Erl. Diss. 1910).

5) Lehmann, Das Recht der Actiengesellschaften (1904) т. II, стр. 4.



косвенное значеніе для третьихъ лицъ, поскольку имъ опредѣляются полномочія органовъ компаніи, условія дѣйствительности принятыхъ рѣшеній, представительства, прекращенія и пр.), что многочисленные «несущественные» вопросы не предрѣшаются уставомъ, а ихъ предоставляется рѣшать впоследствии по большинству голосовъ, что, наконецъ, договоръ, лежащій въ основаніи устава, не долженъ быть отождествляемъ съ договоромъ товарищества. Это «не обязательственный договоръ между акціонерами, а направленный на созданіе корпораціи совмѣстный актъ. Отдѣльные волеизъявленія производятся не по отношенію другъ къ другу, чтобы породить взаимныя права и обязанности, а каждое само по себѣ составляетъ одностороннюю сдѣлку».

Не трудно видѣть, что со всѣми этими оговорками, повторяемыми большинствомъ сторонниковъ договорной теоріи, послѣдняя, въ сущности, сводится къ указанію, что какъ для созданія устава, такъ и для распространенія его дѣйствія на опредѣленныхъ лицъ необходимо соглашеніе, но этимъ отнюдь не предрѣшается вопросъ о природѣ устава и содержащихся въ немъ правовыхъ нормъ.

Болѣе упрощеннымъ путемъ къ выводу о договорномъ характерѣ уставовъ приходитъ Шершеневичъ<sup>1)</sup>. Каждое товарищество, какого бы рода оно ни было, — полное, на вѣрѣ или акціонерное, — непременно имѣетъ свой уставъ, который является выраженіемъ взаимнаго соглашенія, договоромъ... Признавая договорный характеръ за акціонернымъ уставомъ, мы должны eo ipso отвергнуть за нимъ значеніе спеціальнаго закона. Акціонерный уставъ имѣетъ силу закона, какъ и всякій договоръ, для

<sup>1)</sup> «О юридической силѣ уставовъ акціонерныхъ товариществъ», вѣ Ж. гр. и уг. пр., мартъ 1889 г., стр. 124. Ср. Есо-же, Курсы торг. пр. т. I стр. 441, учебникъ (6 изд.) стр. 186.



лицъ, заключившихъ его, но не для постороннихъ лицъ. Законъ является юридическимъ положеніемъ, исходящимъ отъ верховной власти и выраженнымъ въ установленной формѣ... За верховною властью всегда сохраняется право отмѣнять вовсе или измѣнить законъ, когда она найдетъ это необходимымъ. Напротивъ, акціонерные уставы не могутъ быть измѣняемы безъ согласія частныхъ лицъ, которыхъ отношенія они предназначены регулировать».

Авторъ считаетъ безспорнымъ, что разъ уставъ создается путемъ соглашенія и не является «положеніемъ, исходящимъ отъ верховной власти» онъ уже не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ договоромъ. То, что по нашему праву для его дѣйствительности еще требуется утвержденіе верховной власти, по мнѣнію Шершеневича, не колеблетъ его вывода, ибо 1) порядокъ учрежденія компаніи не совпадаетъ съ порядкомъ изданія законовъ и 2) частные уставы, согласно ст. 2193 т. X ч. 1, должны соответствовать общимъ законамъ.

По поводу изложенной теории Лауберъ совершенно правильно замѣчаетъ, что самое противопоставленіе сдѣлки или договора объективному праву не вѣрно, ибо основано на смѣшеніи правопронизводящаго акта съ произведеннымъ правоположеніемъ. «Можно сказать, что уставъ (Satzung) создается или посредствомъ договора или посредствомъ правотворческаго акта, ибо тѣмъ и другимъ обозначается дѣйствіе. Можно говорить объ уставѣ, какъ о совокупности правъ и обязанностей (субъективномъ правѣ), или какъ о правѣ объективномъ. Однако неправильно утверждать, что *уставъ есть договоръ*, ибо тутъ не различаются послѣдствія сдѣлки и самая сдѣлка». Къ этимъ соображеніямъ необходимо добавить, что изъ того, что уставъ возникаетъ путемъ соглашенія, еще не слѣдуетъ, что имъ создается комплексъ индивидуальныхъ правоотношеній, а не нормъ объективнаго права. «Нынѣ признано, говорить»



Писемскій <sup>1)</sup>, одинъ изъ послѣдователей договорнаго характера уставовъ, что понятіе о договорѣ независимо отъ его послѣдствій, что договоръ имѣетъ примѣненіе не только въ обязательственномъ правѣ, но во всей области права; что отношенія, порождаемыя договоромъ, могутъ быть не только гражданскія, но и государственныя и международныя; что договоръ долженъ быть признанъ всюду тамъ, гдѣ для произведенія извѣстнаго юридическаго дѣйствія, требуется согласіе воль нѣсколькихъ лицъ, *duorum vel plurium in idem placitum consensus*».

«При такомъ взглядѣ на договоръ, заключаетъ Писемскій, нѣтъ основанія не считать акціонерной компаніи договорнымъ отношеніемъ акціонеровъ, какъ скоро для учрежденія ея необходимо добровольное соглашеніе ея участника». Однако «при такомъ взглядѣ на договоръ» нѣтъ также основанія не признавать устава формою объективнаго права, ибо соглашеніе въ такомъ широкомъ смыслѣ, какъ мы убѣдимся ниже при изученіи нормативныхъ соглашеній, можетъ служить и фактически служить формою образованія нормъ частнаго права. Съ обычнымъ же представленіемъ о частноправовомъ договорѣ не совмѣстима ни возможность измѣненія устава противъ воли меньшинства, ни, съ другой стороны, невозможность его измѣненія по соглашенію всѣхъ акціонеровъ, безъ санкціи Верховной власти (ст. 2153 прим. 1 и ст. 2124 ч. I т. X).

Уставы несомнѣнно заключаютъ въ себѣ не только постановленія о взаимоотношеніяхъ акціонеровъ и ихъ отношеніяхъ къ акціонерной компаніи. ими опредѣляются, согл. 2158 ст. ч. 1 т. X, «составъ и образъ дѣйствія компаніи и дальнѣйшее приложеніе къ свойству и по-

---

<sup>1)</sup> Акціонерная компанія съ точки зрѣнія гражданского права (Мск. 1876 г.) стр. 94.



требностямъ предприятия», другими словами способъ разрѣшенія не предусмотрѣнныхъ уставомъ вопросовъ. По словамъ объяснительной записки <sup>1)</sup>, въ уставахъ нашихъ акціонерныхъ обществъ содержится, кромѣ того, постановленія, касающіяся «правоотношеній ихъ къ правительству (надзоръ, отчеты, привилегіи, концессіи), казни (пошлины и сборы) и частнымъ лицамъ (кредитныя операціи, договоры страхованія, перевозки, поклажа и т. д.)». Отсюда редакторы записки дѣлаютъ выводъ, что «Высочайше утвержденные уставы у насъ несомнѣнно имѣютъ значеніе и законовъ, не смотря на возникновеніе ихъ изъ договорныхъ отношеній».

Однако, что означаетъ выраженіе «имѣютъ значеніе закона»? Нѣкоторые авторы исходятъ изъ предположенія, что рѣчь идетъ о спеціальномъ законѣ <sup>2)</sup>. Но уже Гирке указалъ—и его слова повторяются въ большинствѣ монографическихъ изслѣдованій о природѣ устава, — что это плодъ недоразумѣнія. «На самомъ дѣлѣ уставъ каждаго союза создаетъ не только правоотношенія, но также правоположенія (Rechtssätze), долженствующія служить объективнымъ правомъ союзной сферы. Въ этомъ смыслѣ онъ, — по своей природѣ, — союзный законъ (ein Vereinsgesetz), но этимъ еще отнюдь не сказано, что ему должны быть также присущи свойства «закона» въ техническомъ смыслѣ... <sup>3)</sup>. Противники договорной теоріи, утверждающіе, что уставъ есть законъ, формально впадаютъ въ противорѣчіе съ требованіемъ, чтобы законъ издавался государствомъ въ строго опредѣленномъ порядкѣ. Называя его закономъ, они только хотятъ сказать, что уставъ есть норма объективнаго права, которая въ извѣстныхъ

<sup>1)</sup> См. проектъ гражд. улож. кн. V объясненіе къ ст. 719.

<sup>2)</sup> Напр. Петражицкій. Акціонерная компанія (1898) стр. 3; Уднцвъ. Торгово-промышленное право. стр. 20.

<sup>3)</sup> Deutsches Privatrecht. I. стр. 150.



предѣлахъ имѣеть равную съ закономъ силу. Но такимъ опредѣленіемъ вопросъ о характерѣ и значеніи этой нормы только ставится, а не разрѣшается.

Столь же безплодныя усилія подвести нормы частнаго правопорядка подъ понятія о договорѣ или о законѣ и тѣ-же оговорки, мѣняющія сущность предложенной конструкціи, мы встрѣчаемъ по отношенію къ цѣлому ряду другихъ институтовъ, какъ то регламентовъ <sup>1)</sup> и тарифовъ желѣзныхъ дорогъ <sup>2)</sup>, полисныхъ условій страховых обществъ <sup>3)</sup>, правилъ внутренняго распорядка <sup>4)</sup> и др. Они доказываютъ, что вопросъ о природѣ этихъ нормъ не можетъ быть удовлетворительно разрѣшенъ, если исходить изъ предположенія, что они представляютъ собою разновидность или договора или закона, что *tertium non datur*.

Въ литературѣ въ послѣднее время все чаще встрѣчается болѣе широкая и болѣе правильная постановка вопроса: его пытаются разрѣшить путемъ построенія особой категоріи объективнаго права, обнимающей нормы, регулиющія внутреннюю жизнь соціальныхъ образований. Нѣкоторыхъ попытокъ въ этомъ направленіи мы уже коснулись. Впервые, если мы не ошибаемся, мысль о существованіи подобной юридической категоріи ясно и

---

<sup>1)</sup> См. Thöl, *Handelsr.* III (1880) § 49; Endemann, *Handbuch*, III, стр. 408 сл.; Laband въ *Deutsche Juristenzeit.* за 1900 г., стр. 509 сл.; Pasckke, *Die Rechtgültigkeit der Eisenbahnverkehrsordnung* (Diss. 1903); Schmuck, *Die Gältigkeit der... Verordnungen in Eisenbahnsachen* (Diss. 1909); Bäselер въ *Abh. aus Staats-Verw.-und Völkerrecht*, т. IX (1912); Рабиновичъ, *Теорія и практика желѣзнодорожнаго права*, § 35.

<sup>2)</sup> См. Endemann въ *Busch Archiv.* т. 42, стр. 206 сл.; Colson, *Transports et tarifs*; Рабиновичъ, *ук. соч.*; Змирловъ въ *Ж. М. Ю.* за 1916 г. кн. II: *Юридическая природа желѣзнодорожныхъ тарифовъ*.

<sup>3)</sup> См. Ehrenberg, *Versicherungsrecht*, I (1893) стр. 79 сл.; А. Г. Гойхбарга, *Источники договорнаго страхового права* (1914); Пшершеневича, *Курсъ*, II, стр. 378 (ср. рѣш. сен. 1898 г. № 92, 1915 г. № 36).

<sup>4)</sup> О нихъ см. ниже гл. V.



опредѣленно формулирована въ книгѣ Бера «Der Rechtsstaat»: Люди, говоритъ онъ, нуждаются для удовлетворенія своихъ интересовъ въ объединеніи съ другими людьми, при которомъ индивидуальный интересъ поглощается общимъ и, путемъ особой организаціи, индивидуально различное мышленіе и хотѣніе приводится къ единству. Такіе естественные и произвольные союзы Беръ называетъ Genossenschaften (стр. 20). «Ихъ правовое значеніе отнюдь не исчерпывается участіемъ въ оборотѣ, въ качествѣ правового субъекта (юридическаго лица). Внутри нихъ создается своеобразная правовая сфера, предметъ которой, составляютъ права и обязанности ихъ членовъ, какъ таковыхъ... Каждый союзъ (Genossenschaft) такимъ образомъ имѣетъ свое особое право, регулирующее его внутреннюю жизнь, можно сказать свое большее или меньшее *jus publicum*». Это союзное право (Genossenschaftsrecht), когда имъ нормируются типы повторяющихся однородныхъ объединеній, содержится въ общихъ нормахъ закона или обычая, но отдѣльный союзъ можетъ также имѣть свое особое право, касающееся его одного. Относительно его источниковъ Беръ ограничивается указаніемъ, что таковыми могутъ быть автономія и обыкновеніе (Nerkommen). Но онъ на этомъ вопросѣ подробно не останавливается.

Болѣе обстоятельно ту же мысль развиваетъ Гирке въ рядѣ изслѣдованій, посвященныхъ союзнымъ образованіямъ. «Сообразно съ двойственною природою чловека, являющагося одновременно самодовлѣющимъ цѣлымъ и частицею высшаго цѣлаго, право должно развѣтвляться на двѣ отрасли, которыя мы можемъ называть индивидуальнымъ и социальнымъ правомъ. Къ типу социальнаго права принадлежатъ государственное и все остальное публичное право, а также, *отнесенный къ частному праву, внутренний порядокъ жизни частныхъ союзовъ.*



Въ социальномъ правѣ господствуютъ понятія, не имѣющія образцовъ въ правѣ индивидуальномъ, ибо здѣсь правовыми положеніями нормируется то, что по отношенію къ отдѣльному человѣку предметомъ нормировки быть не можетъ»<sup>1)</sup>, (т. е. ихъ внутренней строй).

Соціальное право имѣетъ двойственный характеръ. Для государства оно представляетъ видъ «своеобразной частноправовой власти». Союзы пользуются автономіею, создаютъ уставы, составляющіе для данной области объективное право. Но статутарныя нормы въ глазахъ государства—нормы частныя; имъ не присвоены публично-правовыя качества законовъ... Такимъ образомъ создается обширная область частноправоваго социальнаго права, родственнаго, по его внутренней структурѣ, публичному и, въ конечномъ итогѣ, государственному праву, но по его силѣ (*nach seiner Geltung*), стоящаго на одномъ уровнѣ съ правомъ индивидуальнымъ<sup>2)</sup>.

Это нѣсколько распылчатое построеніе повсюду связывается въ изложеніи Гирке съ корпораціею или частно-правовымъ союзомъ. Однако авторъ опредѣленно указываетъ, что «способностью быть субъектомъ союзной власти надъ отдѣльными членами могутъ также обладать, организованные союзы, не надѣленные юридическою личностію»<sup>3)</sup>.

Однородную съ изложенными, но отличную отъ нихъ по объему юридическую категоріею мы находимъ у Нейбекера подъ названіемъ «право ассоціаціи (*Vereinigungsrecht*)». Этотъ авторъ, какъ мы указывали выше (стр. 32), признаетъ всякое соединеніе людей, для осуществленія общей цѣли, «правовымъ явленіемъ», если ими для данной цѣли

1) Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände (1902) стр. 26.

2) Genossenschaftstheorie, стр. 163 сл.

3) Deut. Privatr. I, стр. 170.



создана постоянная организация. Но «право ассоциации» понимается имъ очень узко. Онъ опредѣляетъ его какъ «совокупность нормъ, связывающихъ членовъ ассоціаци въ силу ихъ воли», какъ «gewollte Organisation» (стр. 22). Построеніе Нейбекера такимъ образомъ обнимаетъ только правовыя нормы, созданныя совмѣстными волевыми актами членовъ ассоціаци.

Французскій ученый Ориу<sup>1)</sup>, различаетъ двѣ категоріи нормъ, регулирующихъ внутренній строй «учрежденій» (institutions): дисциплинарное и статутарное право. Первое «образуется изъ совокупности юридическихъ актовъ и юридическихъ положеній, исходящихъ отъ установленнаго соціального авторитета. Имъ либо опредѣляются мѣры, принимаемыя противъ отдѣльныхъ индивидовъ, либо создаются соблюдаемыя ими положенія, либо пресѣкаются нежелательныя отклоненія въ ихъ поведеніи. — все это, главнымъ образомъ, въ интересахъ учрежденій и подъ санкціею тѣхъ мѣръ принужденія, которыми оно располагаетъ». Статутарное право также создается самими учрежденіями. Оно обнимаетъ «какъ правильно созданные и принятые членами статуты, такъ и постепенно развившіеся (въ исторически сложившихся учрежденіяхъ) изъ статутарныхъ обычаевъ. Также какъ дисциплинарное право, оно состоитъ изъ юридическихъ положеній и изъ актовъ, устанавливающихъ эти положенія». Въ дальнѣйшемъ Ориу разбираетъ только эти акты или, какъ онъ выражается, «статутарныя процедуры», составляющія, по его словамъ, «наиболѣе интересный элементъ».

Сюда же, наконецъ, можетъ быть отнесено изложенное нами выше (стр. 16) ученіе Мишлени объ организаціонномъ правѣ, въ смыслѣ совокупности нормъ,

<sup>1)</sup> Hauriou въ Recueil de la Législation de Toulouse, за 1905 г. стр. 155 сл.; Principes, стр. 137 сл.



непосредственно регулирующихъ совмѣстную дѣятельность людей (*menschliches Zusammenwirken*). Оно, по словамъ Мишлени «господствуетъ безраздѣльно въ тѣхъ отдѣлахъ гражданскаго права, които непосредственно опредѣляется социальное положеніе члена общества (сословіе, имя, личность), а также его мѣсто въ союзахъ, на которые расчленяется общество (брачное, семейное, трудовое право)». Оно даже выходитъ за эти предѣлы, проникаетъ въ имущественную сферу, насколько послѣдняя непосредственно связана съ организаціоннымъ правомъ.

Мы не будемъ входить въ разборъ и оцѣнку этихъ, не исчерпанныхъ нами, попытокъ обнять однимъ понятіемъ и обозначить какимъ нибудь новымъ терминомъ правовую организацію или правовой строй социальныхъ образований. Они свидѣтельствуютъ, что то явленіе, которое мы называемъ частнымъ правомъ, въ наукѣ не осталось незамѣченнымъ, но что пока еще не сложились адекватное понятіе и соответственный общепризнанный терминъ. «Организаціонное право Мишлени и «социальное право» Оттона Гирке существенно отличаются по объему и содержанию отъ «gewollte Organisation» Нейбекера и отъ «статутарнаго права» Оріу. Тѣмъ не менѣе все исследователи сходятся въ признаніи права, регулирующаго внутреннюю жизнь социальныхъ образований, особою категоріею объективнаго права. Ея отличительныя свойства они усматриваютъ 1) въ ограниченіи сферы его примѣненія предѣлами опредѣленныхъ социальныхъ соединеній (союзовъ, ассоціацій, учреждений), 2) въ томъ, что оно всецѣло или отчасти создается особыми правотворческими силами (источниками), чуждыми общему правопорядку.

Въ этихъ указаніяхъ содержится отвѣтъ на вопросъ о юридической природѣ нормъ, опредѣляющихъ внутренней порядокъ социальныхъ образований



вообще и хозяйственныхъ предпріятій, въ частности. То, что мы назвали частнымъ правомъ этихъ предпріятій, является разновидностью объективнаго права, поскольку въ его основаніи лежатъ правосозидающіе (нормативные) факты, способные, согласно правовымъ возрѣніямъ современнаго общества и представленію лицъ, подчиняющихся этому порядку, устанавливать обязательныя правила поведенія. Объективное право не тождественно съ *общимъ* правомъ. Сущность его не мѣняется, когда оно имѣетъ своимъ предметомъ внутренній строй опредѣленнаго организованнаго соединенія и дѣйствуетъ лишь въ этой строго ограниченной области. Критеріемъ, отличающимъ объективный порядокъ отъ индивидуальныхъ правоотношеній между лицами, входящими въ составъ даннаго соединенія, служитъ то, что первый устанавливается авторитетомъ или властью, стоящими надъ этими лицами <sup>1)</sup>. Такою властью можетъ быть всякое организованное социальное соединеніе, какъ цѣлое, даже имѣющее частноправовой характеръ. Подчиненіе можетъ быть недобровольнымъ (принадлежность къ публичноправовому союзу) или основываться на договорномъ соглашеніи. Последнее, какъ мы уже указывали, въ этихъ случаяхъ сводится къ простому согласію подчиниться порядку, обязательность котораго зиждется не на договорѣ сторонъ, а на ихъ представленіи о правосозидающей силѣ его источниковъ.

Изъ сказаннаго сама собою вытекаетъ дальнѣйшая задача нашего изслѣдованія. За теоретическимъ опредѣ-

<sup>1)</sup> Ср. Oertmann, *у. еоч.* стр. 139: Die lex contractus beruht nicht auf Befehl, sondern auf Vereinbarung. Nicht weil die Beteiligten es *sollen*, sondern weil sie es *wollen*—oder doch als gewollt erklären,—sind sie der Vertrag-norm unterworfen. Es fehlt an der übergeordneten Macht, die dem Einzelnen die Norm einseitig auferlegt und ebenso einseitig wieder ändern kann. *Objektives Recht schafft nur die Normsetzung durch eine über den Beteiligten stehende, übergeordnete Gewalt.*



— лением природы частнаго правопорядка хозяйственных предиріятій долженъ слѣдовать догматическій анализъ его источниковъ. Необходимо выяснитъ значеніе и силу каждаго изъ нормативныхъ фактовъ, лежащихъ въ его основаніи, провѣрить, способны ли они создавать нормы объективнаго права. Только тогда, когда мы убѣдимся въ такой способности, мы можемъ признать доказаннымъ, что созданный ими правопорядокъ составляетъ разновидность объективнаго права.

Слѣдуетъ



## ГЛАВА III.

### Источники частного правапорядка.

Особенность правовой организации хозяйственных предприятий сказывается главным образом в тройном отношении:

а) Она имеет строго ограниченную и обыкновенно значительно меньшую область применения, чем общія нормы права, ибо касается лишь внутреннего строя и жизнедеятельности определенной социальной единицы.

б) Она не обладает дегораторною силой по отношению къ принудительнымъ нормамъ закона.

в) Она нередко принимаетъ особія формы и имеетъ свои спеціальныя источники.

Совмѣстны ли эти особенности съ характеромъ нормъ объективнаго права?

Ограниченная область применения юридической нормы свойственна всякой спеціальной и индивидуальной нормѣ. Первою создается отступленіе отъ общихъ началъ права (*contra tenorem rationis*), второю—изъятіе для индивидуально определеннаго круга лицъ или отношеній. Какъ индивидуальныя, такъ и спеціальныя нормы не могутъ получить применения внѣ отведенной имъ области даже при наличности совершенно однороднаго фактическаго состава. Таково же свойство нормъ частнаго правапорядка. Оно препятствіемъ къ отнесенію этихъ нормъ къ объективному праву служить не можетъ.

Возникше нормъ, не исходящихъ отъ законодательной власти, по отношенію къ публичнымъ законамъ, также не составляетъ особенности частнаго правапорядка. Зако-



податель, какъ носитель верховной власти въ государствѣ, опредѣляетъ предѣлы и условія дѣйствительности всѣхъ правовыхъ нормъ, отъ кого бы они не исходили. Поэтому не только правотворческая дѣятельность органовъ государства, но также обычное право, судебная практика, автономія соціальныхъ или политическихъ союзовъ не могутъ выходить изъ рамокъ, предначертанныхъ закономъ. Это положеніе одинаково примѣнимо какъ къ общему, такъ и къ частному правопорядку.

Остается слѣдовательно единственная характерная особенность, отличающая этотъ правопорядокъ отъ общаго: его источниками являются отчасти правообразующія силы <sup>1)</sup>, неспособныя создавать общія нормы права. Мы тутъ наблюдаемъ, на ряду съ закономъ, обычаемъ и судебною практикою, формы правообразования, не свойственныя общему правопорядку. Таковы обыкновеніе, акты административной власти и, главнымъ образомъ, автономные акты. Раземотримъ каждую изъ нихъ въ отдѣльности.

1. *Законъ* въ техническомъ смыслѣ <sup>2)</sup> можетъ содержать нормы, регулирующія внутреннюю жизнь опредѣленныхъ категорій хозяйственныхъ предпріятій или даже отдѣльнаго предпріятія <sup>3)</sup>. Есть предпріятія (напр. желѣзнодорожныя), въ которыхъ законодательству, какъ источнику частнаго правопорядка, даже принадлежитъ преобладающая роль, но они составляютъ исключеніе. Въ

---

<sup>1)</sup> См. объ этомъ понятіи Сшайскаго, Русское гражданское право (1914 г.) I. § 14.

<sup>2)</sup> Терминъ „законъ“ какъ и римскій „lex“ и англійскій „law“ часто употребляется въ нетехническомъ смыслѣ. О различныхъ его значеніяхъ см. Gény, Méthode d'interprétation (1899) стр. 215; Duguit въ Revue publ. за 1907 г.; G. Jellinek, Gesetz u. Verordnung, ел. I.

<sup>3)</sup> Contra G. Meyer, Der Begriff d. Gesetzes въ Zeitschr. f. priv. u. öff. r. VII (1881) стр. 1 и сл. Ср. Duguit, L'état etc. стр. 551 сл. (lois constructives, lois dans un sens matériel); Haemel, Gesetz im formellen und materiellen Sinne (1888) § 4.



общемъ законодатель стремится не стѣснять самоопредѣленія хозяйственныхъ предприятий, что бы не мѣшать приспособленію правовой организаціи къ ихъ особымъ задачамъ. Поскольку въ интересахъ рабочихъ или народнаго хозяйства необходимы надзоръ и вмѣшательство государства, они осуществляются органами административной власти въ силу специально предоставленныхъ имъ компетенцій. Законодатель же ограничивается опредѣленіемъ предѣловъ автономнаго урегулированія внутреннего порядка и договорной свободы.

Положенія закона, нормирующія трудовое отношеніе, имѣютъ большею частью принудительный характеръ и потому въ данной области особенно большое практическое значеніе приобретаетъ вопросъ о критеріи для разграниченія *jus cogens* отъ *jus dispositivum*. Общепринятого и безспорнаго критерія не существуетъ ни въ наукѣ, ни въ положительномъ правѣ и объ этомъ не приходится жалѣть. Общественная оцѣнка охраняемыхъ закономъ интересовъ мѣняется въ зависимости отъ экономическихъ, политическихъ и другихъ условий и отъ культурнаго уровня. Представленіе о публичномъ порядкѣ, о добрыхъ нравахъ (благочиніи) и другихъ постулатахъ, съ которыми органы государства и частныя лица должны согласовывать свои дѣйствія, отнюдь не одинаковы въ различныя эпохи и на различныхъ ступеняхъ правовой культуры. Между тѣмъ принудительный характеръ придается закону именно въ тѣхъ случаяхъ, когда этого требуетъ охрана общественно-цѣльныхъ интересовъ или соблюденіе указанныхъ постулатовъ.

Практическое значеніе *jus cogens* заключается въ томъ, что установленныя имъ правовыя послѣдствія, при наличности опредѣленныхъ фактическихъ предпосылокъ, наступаютъ независимо отъ воли заинтересованныхъ лицъ и даже вопреки ихъ волѣ. Многие ученые усматриваютъ



въ этомъ формальномъ свойствѣ отличительный признакъ принудительной нормы <sup>1)</sup>). Другіе выдвигаютъ матеріальный элементъ охраны публичнаго интереса или порядка <sup>2)</sup>), третьи подчеркиваютъ, что въ ихъ основаніи лежитъ идея соціальной справедливости <sup>3)</sup> и т. д. Однако мотивы, по которымъ та или другая норма надѣлена принудительною силою, весьма различны. Законодатель руководится то фискальными, то соціально-политическими, то экономическими, то этическими, то иными какими-нибудь соображеніями. Поэтому указать общій принципъ, лежащій въ основаніи *jus cogens*, едва ли возможно. Принудительныя нормы по существу отличаются отъ диспозитивныхъ тѣмъ, что въ предусмотрѣнномъ ими случаѣ ограничиваютъ частную автономію, другими словами исключаютъ возможность самопредѣленія физическихъ и соціальныхъ индивидовъ. Присуще ли данному законоположенію такое свойство или нѣтъ, это вопросъ толкованія <sup>4)</sup>). Не подлежитъ сомнѣнію, что принудительный

1) См. Windscheid, *Pand. I.* § 30: „Есть правовыя положенія, исключаяція проявленіе частной воли; они примѣняются и тогда, когда лица, коихъ они касаются, заявляютъ, что не желаютъ ихъ примѣненія. Другія положенія права наоборотъ, терпятъ, чтобы правоотношеніе регулировалось частною волею“.

2) Этотъ взглядъ особенно распространенъ во французской литературѣ. Ср. *Vareilles - Sommières, Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois* (1899); *Gonnot, указ. соч.* стр. 87 сл. (тамъ указана литература).

3) *Blume, Die vorübergehende Verhinderung des zu Dienstleistungen Verpflichteten* (Recht за 1902 г.) различаетъ „Billigkeitsnormen“ и „Normen, die Gläubiger und Schuldner als Mitglieder bestimmter Bevölkerungsklassen, als soziale Persönlichkeiten behandeln und dadurch zu Normen der sozialen Gerechtigkeit werden“. Первые имѣютъ диспозитивный и общій, вторые— принудительный и свѣтулярный характеръ. Ср. *Gény, ук. соч.* стр. 580; *W. Endemann, Lehrbuch, I.* § 8.

4) Уже Целлеръ, редакторъ австр. гражд. уложенія, въ своемъ комментарий къ нему (I, стр. 39) замѣчаетъ, что „общее предписаніе, какія законы считать принудительными, было бы лишнимъ и едва ли оно возможно“. Тоже повторяется въ мотивахъ къ герм. улож. и въ объясненіяхъ къ проекту кн. V нашего уложенія (I, стр. 254).



характеръ имѣютъ тѣ законы, относительно которыхъ это явствуетъ изъ ихъ буквального смысла. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ рѣшеніе этого вопроса должно быть предоставлено суду въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ ему вообще принадлежитъ право и на немъ лежитъ обязанность восполненія пробѣловъ въ дѣйствующемъ законѣ посредствомъ толкованія <sup>1)</sup>).

Но если нѣтъ основаній или возможности искать общую идею, установить единый мотивъ во всѣхъ принудительныхъ законахъ, то по отношенію къ отдѣльному правовому институту цѣли его законодательной нормировки могутъ быть болѣе или менѣе точно опредѣлены, въ зависимости отъ свойствъ нормируемаго явленія. Въ частности нормы, касающіяся трудового договора, напр. положенія закона съ его заключеніи, о сторонахъ, формѣ, содержаніи, прекращеніи, о томъ порядкѣ, коему подчиняется работникъ, поступающій въ хозяйственное предпріятіе, о предѣлахъ хозяйской власти и обязанностяхъ хозяина, находятся въ тѣснѣйшей связи съ бытовыми особенностями этого договора. Значительное преобладаніе въ этой области принудительныхъ законовъ надъ диспозитивными отнюдь не случайное явленіе. Оно объясняется тѣмъ, что трудовое отношеніе обнимаетъ и связываетъ не столько имущественную сферу, сколько личность рабочаго или, по крайней мѣрѣ, имманентную ей рабочую силу, и что трудовымъ договоромъ очень часто опредѣляются на время условія его существованія. Ниже, при изученіи предмета и содержанія

<sup>1)</sup> Указанные нами въ первой части (стр. 140 и сл.) принципы законослуханія, цѣлесообразности (въ телеологическомъ, а не утилитарномъ смыслѣ) и соответствія культурному идеалу, представляютъ, по нашему убѣжденію, неизмѣримо большія гарантіи объективно правильного опредѣленія судомъ характера толкуемой нормы, чѣмъ общіе критеріи въ родѣ публичнаго интереса, социальной справедливости и т. и.



этого договора, мы увидимъ, какое рѣшающее вліяніе это обстоятельство оказываетъ на правовую нормировку трудового отношенія<sup>1)</sup>. Одной изъ ея главныхъ задачъ является охрана личности работника и необходимыхъ условій его существованія. Этимъ объясняется тенденція ограничивать автономію въ этой области, тенденція, съ которою судъ не можетъ не считаться въ сомнительныхъ случаяхъ при опредѣленіи характера нормы.

2. *Обычай*, какъ источникъ одинаковыхъ для всѣхъ хозяйственныхъ предпріятій общихъ нормъ, почти не имѣетъ практическаго значенія. Его образованію препятствуетъ разнородность условій и порядковъ въ разныхъ отрасляхъ хозяйственной жизни. Однако не только отдѣльныя профессиональныя группы и категоріи предпріятій, но и отдѣльныя предпріятія нередко создаютъ свои неписанныя нормы, соблюденіе которыхъ признается въ данной средѣ обязательнымъ. Такіе партикулярные обычаи или «обыкновенія»<sup>2)</sup> составляютъ своеобразный видъ обычнаго права и обильный источникъ частнаго правопорядка. Отъ обычая въ техническомъ смыслѣ они, по мнѣнію большинства ученыхъ, отличаются тѣмъ, что дѣйствуютъ въ ограниченной области, касаясь лишь внутренней жизни опредѣленной категоріи или организованной соціальной группы<sup>3)</sup>.

1) См. нѣкоторыя краткія указанія въ нашихъ Очеркахъ промышл. права (Мск. 1916 г.), отд. II § 3 и сл.

2) Въ нѣмецкой литературѣ они носятъ названіе „Observanz“ или „Herkommen“. См. Heimbach въ Rechtslexicon, изд. Weiske, s. v. Observanz, Gierke, Deut. Privatr. I, стр. 171; Stobbe, Hand. d. deut. Privatr. I, стр. 177 (тамъ ост. литература: Adde: Bähr, Urteile des Reichsger. стр. 18 сл.; Gény, уѣ. соч. ст. 331 сл.).

3) См. напр. Mühlenbruch, Doctrina pandectarum § 40: „id juris genus sine scripto oriundi quod ex collegiorum corporumque consuetudinibus profiscatur“. Beseler, Syst. des gem. deut. Privatr. стр. 126: „eine besondere durch den Gegenstand bestimmte Art des ungeschriebenen Rechts, und am häufigsten das von den Corporationen angebildete Gewohnheitsrecht. Cp. Gény, уѣ. соч.,



Не всё однако удовлетворяются юридическою квалификаціею обыкновенія, какъ партикулярнаго обычая. Некоторые ученые пытаются найти другое основаніе его юридической силы и высказываются противъ его отождествленія съ обычаемъ. Такимъ основаніемъ они считаютъ молчаливое соглашеніе членовъ корпораціи или группы, внутри которой обыкновеніе сложилось. Въ связи съ господствовавшимъ ранѣе взглядомъ на обычай, какъ на продуктъ tacitus consensus членовъ обществѣ, этому соглашенію сперва придавали характеръ обыкновеннаго договора. Впослѣдствіи же, подъ вліяніемъ Пухты, въ соглашеніи, лежащемъ въ основаніи обыкновенія, стали видѣть еще особый правотворческій актъ. «Отличительное свойство обыкновенія, говоритъ Пухта<sup>1)</sup>, не лежитъ... въ субъектахъ, его соблюдающихъ, слѣдовательно не во внѣшнемъ моментѣ, а во внутреннемъ, заключающемся тутъ не въ народномъ убѣжденіи, а въ автономномъ правѣ». Последнее Пухта опредѣляетъ, какъ «право, принадлежащее опредѣленнымъ, подчиненнымъ государственной власти, лицамъ, т. е. имъ, какъ индивидуамъ, производить посредствомъ частныхъ волеизъявленій правовыя положенія, дѣйствіе которыхъ, по сравненію съ продуктами настоящихъ источниковъ права, во многихъ отношеніяхъ ограничено»<sup>2)</sup>. Даже Пухта, одинъ изъ творцовъ и поборниковъ идеи народнаго правотворчества, не совсѣмъ отрѣшился отъ взгляда, что для объясненія юридической силы «обыкновенія» еще необходима ссылка на особое молчаливое соглашеніе. Но онъ признаетъ, что это соглашеніе особаго рода, въ извѣстныхъ предѣлахъ обладающее правотворческою силою.

---

стр. 333: la coutume juridique ne se forme que dans le sein de groupes sociaux, ayant une consistance homogène par le lien même, qui les constitue.

<sup>1)</sup> Gewohnheitsrecht, II, стр. 108.

<sup>2)</sup> Тамъ-же, т. I, стр. 159.



По существу изложенное учение, по справедливому замѣчанію Хеймбаха, составляетъ только модификацію той мысли, что обыкновеніе возникаетъ и дѣйствуетъ въ нѣдрахъ опредѣленнаго круга лицъ или корпораціи. Ссылка на автономію, когда рѣчь идетъ о безсознательномъ правотворчествѣ, только затемняетъ это понятіе, ибо подъ автономіею мы привыкли понимать сознательное самоопредѣленіе. Столь же бесполезно указаніе на молчаливое соглашеніе. Практически нѣтъ ни возможности, ни надобности проводить между обычаемъ и обыкновеніемъ какуюнибудь другую разницу, кромѣ ограниченности сферы дѣйствія послѣдняго <sup>1)</sup>.

Въ литературѣ высказывается мнѣніе, что обыкновеніе не что иное какъ «заведенный порядокъ (Geschäftsun- sance) <sup>2)</sup> и потому не можетъ быть отождествляемо съ обычаемъ. Однако отграниченіе заведеннаго порядка отъ правового обычая чрезвычайно трудно, ибо первый весьма часто составляетъ лишь переходную стадію въ процессѣ образованія втораго. Подъ заведеннымъ порядкомъ принято понимать интерпретаціонное средство, къ которому долженъ прибѣгать судья въ случаѣ сомнѣнія, какой образъ дѣйствій имѣлся въ виду договаривающимися сторонами. Обыкновеніемъ же называется не общепринятый или нормальный образъ дѣйствій, а обязательный

<sup>1)</sup> Ср. Maurer, Ueber den Begriff der Autonomie въ Kritische Ueberschan, т. II (1855) стр. 241: Die praktische Schwierigkeit einer scharfen Unterscheidung zwischen der eigentlichen Observanz und der blossen individualisirten Erscheinung eines Gewohnheitsrechtes im engeren Sinne lässt es inzwischen räthlicher erscheinen, mit Beseler u. a. den ganzen Gegensatz fallen zu lassen, die Observanz lediglich als eine Art des Gewohnheitsrechtes zu behandeln und den Begriff der Autonomie auf das Bereich des gesetzlichen Rechtes zu beschränken.

<sup>2)</sup> См. Stobbe, I, стр. 177, прим. 8: Uebrigens ist Observanz öfter die Bezeichnung nicht für einen Rechtsatz, sondern nur für das, was Gebrauch ist und wegen des Herkommens Anspruch auf fernere Beobachtung hat, ohne dass eine Ueberzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit zu Grunde läge.



для лицъ, входящихъ въ составъ опредѣленной социальной единицы, порядокъ.

Единственная, дѣйствительно характерная особенность обыкновения, по сравненію съ обычаемъ, составляетъ его «партикуляризмъ», его строго ограниченная область примѣненія. Обыкновеніе—источникъ частнаго, обычай—источникъ общаго правопорядка. Гирке съ полнымъ основаніемъ противопоставляетъ его, какъ «спеціальное обычное право», общему. Въ хозяйственныхъ предпріятіяхъ обыкновения играютъ немаловажную роль. Чѣмъ меньше законодательство вмѣшивается въ ихъ внутреннюю жизнь, чѣмъ болѣе просторъ оставляется трудовымъ договоромъ для проявленія хозяйской власти, тѣмъ важнѣе ихъ практическое значеніе. У насъ они въ области сельскаго хозяйства, во всѣхъ отрасляхъ промышленности, на которыя не распространяется дѣйствіе устава о промышленномъ трудѣ, въ кооперативныхъ и другихъ предпріятіяхъ составляютъ до сихъ поръ главнѣйшій и существеннѣйшій источникъ внутренней организаціи. Съ установившимися обыкновеніями считаются какъ глава предпріятія, рабочіе, служащіе, такъ и суды, особенно спеціальныя (промышленныя и купеческія).

3. *Судебная практика* признается господствующимъ ученіемъ однимъ изъ источниковъ объективнаго права. Она восполняетъ пробѣлы официальнаго права, по мнѣнію однихъ, посредствомъ обнаруженія скрытыхъ въ немъ положеній, по мнѣнію другихъ — путемъ выявленія и формулированія нормъ неписаннаго права<sup>1)</sup>. Внутренняя жизнь хозяйственныхъ предпріятій особенно богата правовыми явленіями, не нормированными законодателемъ. Тутъ для творчества судебной практики, составляющей, по мѣткому выраженію Ламбера, *l'agent nécessaire de*

1) Все отношеніе къ этому вопросу мы выяснили въ ч. I, стр. 141 сл.



permutation du sentiment juridique en droit, казалось бы, открывается широкое поле дѣятельности.

Однако, какъ это ни странно, дѣйствительность не оправдываетъ этихъ ожиданій, насколько рѣчь идетъ о практикѣ общихъ судовъ. Споры между работодателями и работниками, по сравненію съ огромнымъ количествомъ заключаемыхъ трудовыхъ договоровъ, вообще не многочисленны и, — что особенно мѣшаетъ образованію однообразной общесудебной практики въ этой области — они очень рѣдко доходятъ до высшихъ инстанцій. Причина этого явленія не возбуждаетъ сомнѣній. Гражданскій процессъ слишкомъ длителенъ, сложенъ и дорогъ для мелкихъ споровъ, возникающихъ на почвѣ трудовыхъ отношеній. Общія суды мало приспособлены къ ихъ разрѣшенію, такъ какъ имъ недостаетъ знакомства съ внутреннимъ строемъ хозяйственныхъ предпріятій, съ правовыми возрѣніями работниковъ и работодателей и съ дѣйствительнымъ характеромъ ихъ взаимоотношеній. Этимъ объясняется, что какъ тѣ, такъ и другіе неохотно обращаются къ защитѣ общихъ судовъ.

Такого положенія вещей, однако, отнодь нельзя считать нормальнымъ и соответствующимъ интересамъ государства. Вынужденный отказъ отъ судебной защиты порождаетъ злобу и недовольство. Онъ заставляетъ обиженныхъ искать другихъ способовъ борьбы за свое право, угрожающихъ мирному теченію жизни въ предпріятіи въ неизмѣримо большей степени, чѣмъ частые судебные споры.

Мы тутъ наблюдаемъ въ области процесса явленіе, уже отмѣченное нами въ матеріальномъ правѣ: несоответствіе общихъ нормъ права бытовымъ особенностямъ трудового отношенія. Тутъ и тамъ жизнь толкаетъ законодателя на путь изытаній, т. е. созданія спеціальныхъ уставовъ сперва для тѣхъ отраслей хозяйственной жизни,



гдѣ эти особенности наиболѣе ярко выступаютъ, а постепенно также для всей области трудового договора въ техническомъ смыслѣ.

Работодатели и рабочіе, какъ профессиональныя группы, не могутъ обходиться другъ безъ друга: они вынуждены безпрестанно общаться и сотрудничать. Поэтому рѣшенія, насилующія правовое чувство, хотя бы они и были выгодны для той или другой изъ сторонъ, не въ ихъ интересахъ, ибо не создаютъ благопріятныхъ условій для совмѣстной работы. На судью возлагается задача найти не столько формально законное рѣшеніе, сколько примиряющее обѣихъ сторонъ разрѣшеніе возникшаго разногласія. А для этого необходимо, прежде всего, знаніе внутренней жизни предпріятія и правовозрѣній данной среды. Судья долженъ быть, въ глазахъ тяжущихся, авторитетнымъ свѣдущимъ лицомъ, способнымъ разбираться въ такихъ бытовыхъ и правовыхъ вопросахъ, касающихся ихъ взаимоотношеній, въ пониманіи которыхъ они сами расходятся.

При цеховомъ строѣ во многихъ мѣстахъ существовала корпоративная юрисдикція <sup>1)</sup>, вѣдавшая вообще дѣла членовъ цеха, а не только ихъ споры съ подмастерьями. Последніе также имѣли нерѣдко свои собственные суды, претендовавшіе на право разбирать споры съ мастерами. Для улаживанія коллективныхъ конфликтовъ и выработки условій найма на будущее время иногда образовывались третейскіе суды изъ равнаго числа представителей обонхъ классовъ.

Во Франціи <sup>2)</sup> уже въ 15-мъ вѣкѣ встрѣчается институтъ особыхъ «свѣдущихъ лицъ» (*prud'hommes*) для раз-

<sup>1)</sup> См. W. Stieda, *Das Gewerbegericht* (Lpz. 1890).

<sup>2)</sup> См. Sauzet, *La juridiction des conseils de prud'hommes* (1889), Bloch et Chaumel, *Traité théor. et prat. des conseils de prud'hommes* (1912).



бора тяжбъ между членами опредѣленной профессіи, избираемыхъ послѣдними и соединяющихъ примирительныя функціи съ судебскими. Таковы были напр. *prud'hommes rѣcheurs* на средиземномъ морѣ. Въ Ліонѣ дѣйствовали до 1791 года специальный трибуналъ, избираемый шолковыми фабрикантами и ихъ рабочими для разбора возникающихъ между ними споровъ. Въ Ліонѣ же въ 1806 году былъ учрежденъ первый *Conseil de prud'hommes* «для улаживанія повседневныхъ мелкихъ споровъ между фабрикантами и рабочими» путемъ примиренія или судебного рѣшенія. Декретами 1809 и 1810 г.г. такіе же суды были основаны въ другихъ фабричныхъ городахъ.

Знаменательно, что именно законодательство Наполеона I сдѣлало первый рѣшительный шагъ въ дѣлѣ организаціи специальныхъ судовъ изъ свѣдущихъ лицъ, избираемыхъ въ равномъ числѣ рабочими и работодателями опредѣленной мѣстности изъ своей среды. Мы снова убѣждаемся <sup>1)</sup>, что провозглашенный въ эпоху революціи принципъ абсолютнаго равенства всѣхъ передъ закономъ не помѣшалъ сохраненію и дальнѣйшему развитію специального законодательства о трудѣ.

Въ теченіе 19-го вѣка количество «Совѣтовъ свѣдущихъ лицъ» безпрестанно растетъ, кругъ лицъ, надѣленныхъ избирательнымъ правомъ, расширяется и компетенція этихъ судовъ распространяется на новыя отрасли хозяйственной жизни. Въ настоящее время они, согл. ст. 1 закона 27 марта 1907 г. <sup>2)</sup>, имѣютъ своимъ назначеніемъ «улаживать посредствомъ примиренія споры, возникающіе по поводу договора найма труда въ торговлѣ и промышленности между хозяевами или ихъ заместите-

1) Ср. Труд. Дог. ч. I, стр. 334.

2) См. Bruy, Cours élément. de législation industrielle, 5 éd. (1912) стр. 616 сл. и указ. тамъ литературу.



лями и занятыми у нихъ служащими, рабочими и учениками обоого пола. Если примиреніе не состоится, они, въ предѣлахъ своей компетенціи, должны востановлять рѣшенія по этимъ спорамъ». Кроме того они даютъ заключенія по вопросамъ, возбужденнымъ административною властью. Когда предметъ тяжбы превышаетъ 300 франковъ, допускается апелляція въ общій гражданскій судъ (*tribunal civil*).

Промысловые суды существуютъ въ настоящее время въ цѣломъ рядѣ континентальныхъ государствъ западной Европы <sup>1)</sup>: Австріи, Бельгіи, Швейцаріи, Испаніи, Португаліи, Италіи и Норвегіи. Въ Германіи ихъ функціи раздѣлены между фабрично-заводскими, горно-заводскими, кушеческими (съ 1904 года), горнооративно-ремесленными судами (*Junungsgerichten*) и главою коммунальной власти (*Gemeindevorsteher*). Не смотря на существенныя различія въ организаціи специальныхъ судовъ въ отдѣльныхъ государствахъ, они все усвоили основные принципы французскаго *conseil de prud'hommes*. Они построены на паритетномъ и, въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, пропорціональномъ выборномъ представительствѣ въ нихъ работодателей и рабочихъ (служащихъ), исполняютъ одновременно примирительныя и судейскія функціи и даютъ заключенія по вопросамъ, предложеннымъ на нихъ разсмотрѣніе правительственнымъ органами. Для нашей цѣли особенно важно отмѣтить одно общее имъ всеѣмъ свойство: ихъ осведомленность и внимательное отношеніе къ правовымъ особенностямъ разбираемыхъ ими отношеній. Практика промысловыхъ судовъ безпрестанно и съ успѣхомъ выясняетъ и освѣщаетъ природу этихъ отношеній

<sup>1)</sup> См. краткій обзоръ въ статьѣ „*Gewerbegericht*“ въ *Handw. d. Staatswissenschaften* (3 изд.); тамъ-же литературу. Ср. также В. В. Святловскій, Положеніе вопроса о рабочихъ организаціяхъ въ иностранныхъ государствахъ, вып. II (1906) стр. 82 сл.



и сложившіеся въ связи съ ними юридическіе институты и правовыя положенія <sup>1)</sup>). Эти институты и положенія болѣею частью не составляютъ особенности одной какой-нибудь отрасли хозяйства, а встрѣчаются въ весьма разнородныхъ предпріятіяхъ, пользующихся наемнымъ трудомъ. Многіе изъ нихъ, какъ напр. аккордное и натуральное вознагражденіе, наемъ черезъ подставныхъ (промежуточныхъ) предпринимателей (subcontractors, Zwischenmeister), зачеты, штрафы, авансы, гратификаціи, досрочное расторженіе договора и др., отличаются столь своеобразными чертами, что ихъ подведеніе подъ общія нормы гражданскаго права ощущалось бы заинтересованными лицами какъ насиліе надъ ихъ правосознаніемъ. Практика промысловыхъ судовъ тутъ играетъ роль пионера, по стопамъ котораго двигаются законодательства. Но и безъ особой законодательной нормировки многія, добытыя и формулированныя практикою, начала становятся руководящими положеніями внутренняго правопорядка хозяйственныхъ предпріятій, однимъ изъ реальныхъ его источниковъ. Этому особенно способствуютъ періодически выпускаемые по очень доступной цѣнѣ оффиціальныя и неоффиціальныя сборники рѣшеній, пользующіеся широкимъ распространеніемъ, изданіе спеціальныхъ журналовъ, посвященныхъ дѣятельности промысловыхъ судовъ, наконецъ съѣзды этихъ судовъ, на которыхъ, при участіи научныхъ силъ, обсуждаются важнѣйшіе вопросы, вызывающіе въ практикѣ сомнѣнія и разногласія. Большой интересъ, проявляемый въ послѣднее время на западѣ юридическою наукою къ такимъ цивилистическимъ проблемамъ трудового права, которыхъ

---

<sup>1)</sup> Ср. Iastrow, Sozialpolitik und Verwaltungswissenschaft (1902) т. I стр. 405 сл., van der Borght, Grundzüge d. Sozialpolitik (1904) стр. 228 сл. (тамъ-же стр. 550 библиографич. указанія).



раньше даже не замѣчали, вызванъ и питается въ значительной мѣрѣ плодотворною работою промысловыхъ и подобныхъ имъ судовъ.

У насъ нѣтъ ни специальныхъ судовъ для разбора споровъ, возникающихъ изъ трудовыхъ отношеній, ни примирительныхъ камеръ. Ихъ введеніе не разъ проектировалось<sup>1)</sup>, но проекты даже не доходили до законодательныхъ учреждений. Роль судебныхъ рѣшеній, какъ источника внутреннего правопорядка промышленныхъ предпріятій, въ нѣкоторой степени выполняетъ административная практика, которой мы коснемся ниже.—

Разсмотрѣнные нами до сихъ поръ источники частнаго правопорядка — законъ, обычай и судебная практика — являются въ тоже время формами образованія общаго правопорядка, и слѣдовательно, несомнѣнно имѣютъ характеръ объективнаго права. Большіе споры и разногласія въ этомъ отношеніи вызываютъ лишь два остальныхъ, практически наиболѣе существенныхъ и обильныхъ источника: автономные и административные акты.

4. *Автономные акты.* Возможно-ли признать ихъ источникомъ объективнаго частнаго права, а если это возможно, то каковы юридическая природа, основаніе обязательности и предѣлы дѣйствія автономныхъ нормъ? Чтобы отвѣтить на эти вопросы, мы должны, прежде всего, выяснитъ сущность и смыслъ самаго понятія объ автономіи.

Терминъ «автономія» не имѣетъ точно опредѣленнаго значенія, и относительно ея природы, какъ правового явленія, до сихъ поръ въ наукѣ не сложилось общепризнаннаго ученія<sup>2)</sup>. Это объясняется отчасти тѣмъ,

<sup>1)</sup> См. Туганъ-Барановскій, Русская фабрика (1907) стр. 392.

<sup>2)</sup> Литература вопроса наиболѣе полно указана у Гирке, Genossenschaftsrecht passim. См. особенно т. II стр. 466 сл. т. III, стр. 215, 385 сл., 456 сл., 774 сл. Суммарный обзоръ исторіи автономіи даютъ Wilda въ



что въ различныя историческія эпохи это понятіе имѣеть неодинаковое матеріальное содержаніе, отчасти же тѣмъ, что отдѣльные изслѣдователи различно смотрятъ на отношеніе государства къ общественному правотворчеству.

Въ средніе вѣка, при слабомъ развитіи государственной власти, не только публично-правовые союзы, но также крупныя землевладѣльцы претендовали на широкое политическое самоопредѣленіе, и, въ особенности, на безпрепятственное отправленіе законодательныхъ функцій по вопросамъ, не затрагивающимъ интересовъ всего государства. Автономія понималась какъ частичный суверенитетъ. При характерной для той эпохи нераздѣльности публичнаго и частнаго права, автономія, въ смыслѣ способности законодательствовать въ ограниченной сферѣ жизни, охватывала какъ отношенія ея главы къ подчиненнымъ ея власти лицамъ, такъ и взаимоотношенія этихъ лицъ. Она въ отведенныхъ ей предѣлахъ устраняла примѣненіе государственныхъ законовъ.

Послѣ реценціи римскаго права, однако, въ доктринахъ и практикѣ укрѣнилось положеніе, что законодательная власть принадлежитъ только главамъ государства (императору) и главамъ церкви (папѣ). Чтобы согласовать эту теорію съ дѣйствительностью, было придумано различіе между *jus leges ferendi* и *jus statuendi*, между *lex* и *statutum*. Но граница между ними была чрезвычайно неопредѣленна и распылчата. *Jus statuendi* обнимало право издавать партикулярныя нормы, принадлежавшее отдѣльнымъ лицамъ и союзамъ, надѣленнымъ, въ опредѣленныхъ предѣлахъ, политической самостоятельностью (т. е. *imperium merum et mixtum* и *jurisdictio*). По существу

---

Rechtslexicon изд. Weiske s. v. Autonomie, Stobbe, Deut. Privatr. I стр. 145, Gierke, Deut. Privatr. I стр. 144 сл., Reiss, Kritik des Begriffs und Umfang der Autonomie nach deutschem Privatrecht (Erl. Diss. 1902), W. Lehmann въ Zt. f. d. ges. Strafrechtswiss. т. 22 стр. 224 сл.



такія нормы ничѣмъ не отличались отъ партикулярныхъ законовъ. Автономія этихъ лицъ и союзовъ формально уже имѣла характеръ не частичнаго суверенитета, а производнаго отъ суверенной власти правомочія, но она все же понималась какъ конкурирующая съ верховной властью компетенція издавать для опредѣленной области нормы, обладающія дерогаторною силою <sup>1)</sup>.

Усиленіе государственной власти должно было естественно породить стремленіе къ монополизированію правотворчества въ рукахъ государства. Это стремленіе встрѣтило поддержку со стороны юристовъ, воспитанныхъ въ школѣ юстиніанова права. Они проводятъ болѣе точную и рѣзкую грань между партикулярными законами, исходящими отъ политическихъ единицъ, дѣйствительно обладавшихъ законодательными функциями, и актами самоопредѣленія со стороны подчиненныхъ государству союзовъ и лицъ. Терминъ *statuta* присваивается исключительно этимъ актамъ <sup>2)</sup>. Основаніе ихъ юридической силы юристы стали искать не въ автономіи издавшихъ ихъ союза, учрежденія или лица, а въ авторитетѣ государства. Поскольку ими устанавливались нормы, обязательныя для неопредѣленнаго круга лицъ, юристы объясняли ихъ делегациею со стороны законодательной власти. Если же они касались только внутреннихъ отношеній, въ нихъ усматривали договорное отношеніе между лицами, входившими въ составъ союза или

---

<sup>1)</sup> Юристъ первой половины 14 вѣка Albericus de Rosciate († 1354), авторъ первой монографіи о статутахъ (*de statutis*) опредѣленно ставитъ вопросъ: *sed quid si statutum civitatis contradicat juri communi an valeat?* Отвѣтъ гласитъ: *Communis opinio est, quod sic et hoc servat totus mundus.* (Цитируется по Gierke III, стр. 386).

<sup>2)</sup> Однако, слѣды отождествленія статута съ партикулярнымъ закономъ еще сохранились до нашихъ дней въ выраженіяхъ „*collisio statutorum, portio statutaria, statuta realia, personalia, mixta*“ и пр.



учрежденія. Въ первомъ случаѣ говорили о *statuta legalia*, во второмъ—о *statuta conventionalia* <sup>1)</sup>).

При такомъ взглядѣ на статуты самое представленіе объ автономіи постепенно утрачивало свой прежній смыслъ и значеніе. Подъ нею подразумѣвалась не столько способность издавать нормы, дерогирующія въ опредѣленной сферѣ *jus commune*, сколько просторъ, оставляемый законодателемъ для самоопредѣленія отдѣльныхъ союзовъ и лицъ въ области права. Дальнѣйшая эволюція института автономіи въ жизни и въ доктринѣ идетъ различными путями въ публичномъ и въ частномъ правѣ. Въ первомъ она отчасти сохраняетъ значеніе политическаго самоопредѣленія, независимаго отъ центральной власти и даже противъ ея воли, отчасти сличается съ понятіемъ о самоуправленіи въ опредѣленныхъ закономъ рамкахъ <sup>2)</sup>; во второмъ она постепенно суживается до понятія о частной автономіи. Этимъ терминомъ обозначается нѣчто весьма далекое и отличное отъ автономіи въ первоначальномъ смыслѣ, а именно: способность устанавливать посредствомъ юридическихъ сделокъ обязательныя для ихъ участниковъ правоотношенія, насколько этому не препятствуютъ принудительныя нормы закона.

Идея, что все дѣйствующее право прямо или косвенно обязано своимъ существованіемъ законодательной власти, при послѣдовательномъ ея поведеніи, должна была съ логической необходимостью привести къ полному отрицанію автономіи, какъ источника частнаго права, другими словами—къ ея отождествленію съ понятіемъ о частной автономіи. Статуты и вообще всякаго рода пра-

<sup>1)</sup> Ср. Glück, *Ausf. Erläut. der Pandekten* I стр. 500 сл. и литерат., указанную у Гирке, *Deut. Privatr.* I § 19 N 20.

<sup>2)</sup> Вопросъ о природѣ автономіи, какъ источника публичнаго права, лежитъ вѣдь рамкомъ нашего изслѣдованія. См. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, стр. 76 сл., Лазаревскаго, *Автономія* (1906).



вила, исходящія отъ частноправовыхъ союзовъ и другихъ соціальныхъ единицъ и регулировавшія внутренний порядокъ ихъ жизни, по ученію большинства юристовъ 18 вѣка <sup>1)</sup>, черпаютъ свою силу въ санкціи государства, выраженной въ формѣ либо предварительнаго разрѣшенія (концессіи), либо послѣдующаго утвержденія. Статуты и другіе нормативные акты, не санкціонированные ни въ той ни въ другой формѣ, имѣютъ силу частноправового договора, обязывающаго только непосредственныхъ участниковъ и ихъ правопреемниковъ, но не создаютъ правоположеній.

Въ итогъ историческаго развитія понятіе объ автономіи, какъ правосозидающей силѣ, оказалось вытѣсненнымъ изъ частнаго права. Къ началу 19 вѣка сохранились только нѣкоторые практически маловажные историческіе пережитки автономіи въ первоначальномъ смыслѣ, какъ, напр., предоставленное нѣкоторымъ дворянскимъ родамъ и отдѣльнымъ городамъ право издавать нормы, отмѣняющія для опредѣленнаго круга лицъ и отношеній общіе законы. Эти нормы могли также касаться вопросовъ гражданскаго права, напр., порядка наследованія. За этими исключеніями цивилисты, однако, подразумѣвали подъ автономіею всегда частную автономію въ указанномъ выше смыслѣ. Такое суженіе этого понятія встрѣтило въ юридической литературѣ различную оцѣнку. Противъ него рѣшительно высказались корифеи исторической школы—Пухта и Савиньи <sup>2)</sup>. «Насколько, говоря объ автономіи, не имѣютъ въ виду созданія номоса, дѣйствительнаго правоположенія, такое обобщеніе, говоритъ

<sup>1)</sup> См. литературу у Beseler'a System § 27 N 8. Gierke. Genossenschaftsrecht I, стр. 708. W. Lehmann ук. соч. стр. 227 прим. 25 и 26. Особенно настойчиво и подробно развивалъ это положеніе I. H. Böhmer. De natura statutorum (1721) и Exerc. ad pand. I, ex XV, cap. II § 15.

<sup>2)</sup> Puchta. Gewohnheitsrecht I, стр. 158, II, стр. 107. Savigny, System, VIII стр. 112 сл. Ср. также Beseler ук. соч. § 26.



Пухта <sup>1)</sup>), подрываетъ въ корнѣ самое понятіе о ней». Однако, регулярными источниками права, по его ученію, являются только народное убѣжденіе, законодательство и наука, въ основаніи же автономнаго акта лежитъ «частно-правовое соглашеніе, способное, по общему правилу, породить только правоотношеніе, но не правоположеніе». Это противорѣчіе Пухта пытается устранить ссылкой на то, что «въ Германіи договоры вышли изъ своихъ границъ. Имъ тамъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, приписывается эффектъ, не соотвѣтствующій ихъ истинной природѣ». Эта особенность германскаго права составляетъ пережитокъ той эпохи, когда «германцы знали только право, ими самими положенное (gesetzt)». Такимъ образомъ то, наблюдаемое у всѣхъ народовъ и въ разныя эпохи, явленіе, что отдѣльныя социальныя соединенія автономно создаютъ посредствомъ нормативныхъ соглашеній свой правопорядокъ, сами творятъ право, коему они подчиняются, въ глазахъ Пухта не болѣе, какъ особенность германскаго права, и пережитокъ эпохи «отсутствія твердаго государственнаго строя».

Пухта, хотя съ указанными оговорками, все-таки признаетъ автономію источникомъ права и въ этомъ его безспорная заслуга. Его авторитетъ содѣйствовалъ тому, что попытки принципиальнаго отрицанія правосозидательной силы автономіи въ гражданскомъ правѣ успѣха не имѣли. Наиболѣе обстоятельное обоснованіе такого отрицательнаго взгляда мы находимъ у германиста Гербера <sup>2)</sup>). Средневѣковому праву, —учить онъ,— не было свойственно стремленіе къ формулированію правоположеній. Право таилось въ этическомъ сознаніи людей и получала свое внѣшнее выраженіе преимущественно въ отдѣльныхъ

<sup>1)</sup> Ук. соч. I стр. 144 сл.

<sup>2)</sup> Gerber, Ueber den Begriff der Autonomie въ Arch. f. d. civ Praxis т. 37 (1854).



актахъ. Этимъ объясняется огромное значеніе письменнаго документа (Urkunde), служившаго въ ту эпоху «не только доказательствомъ, но часто единственнымъ lex для даннаго отношенія». Положеніе вещей кореннымъ образомъ измѣнилось послѣ рецепціи римскаго права съ его обиліемъ вполне опредѣльвшихся (abgeklärter) и готовыхъ правоположеній по всеѣмъ вопросамъ правовой жизни. «Рецепція привела къ устраненію древней формы правообразованія. Для всякой мыслимой сдѣлки было заранее приуготовлено правило, по которому могли обсуждать ея содержаніе. Уже не форма, не документъ признавались юридически наиболѣе важными, а самое содержаніе стало юридическимъ, такъ какъ оно теперь разсматривалось какъ проявленіе всесторонне опредѣленнаго правового института, способнаго служить ему надежною опорой» (стр. 42). Лишь едличные круги и области права не были затронуты совершившимся въ теченіе 14 и 15 в.в. «формулированіемъ права». Подвергшись процессу объективированія, право, по мнѣнію Гербера, нынѣ «образуетъ въ сознаніи юристовъ систему, т. е. совокупность взаимно дополняющихъ и опредѣляющихъ положеній. Такая система оказываетъ своеобразное вліяніе на право; она всегда стремится подчинить все предметы въ данной области своей логической силѣ. Гдѣ это оказывается невозможнымъ, она становится во враждебную оппозицію и, въ крайнемъ случаѣ, допускаетъ наличность аномалій и исключительнаго состоянія».

Таковую именно «враждебную оппозицію» Герберъ проявляетъ къ автономіи и, въ частности, къ автономнымъ актамъ или, какъ онъ ихъ называетъ, «распоряженіямъ» дворянскихъ семей и частныхъ союзовъ. Эти, «еще сохранившія привольный характеръ древняго права», распоряженія юристы склонны считать не сдѣлками, а законодательными актами. Нѣкоторую опору эта мысль



находить въ томъ, что «ихъ дѣйствию не ставится точный предѣлъ относительно времени и лицъ; ими обязывается неопредѣленное количество будущихъ субъектовъ, что придаетъ имъ внѣшнюю видимость дѣйствія закона». Однако рѣшающее значеніе для юридическаго характера такихъ «распоряженій», по мнѣнію Гербера, имѣетъ не это свойство, а то, что «ими создаются не правоположенія, а правоотношенія, опирающіяся на какой-нибудь юридическій институтъ. Слѣдовательно нельзя видѣть въ нихъ источника права».

«Еще менѣе, — говоритъ Герберъ, — можетъ быть рѣчь о правотворческой силѣ актовъ, исходящихъ отъ союзовъ и товариществъ. Всякое корпоративное соединеніе нуждается въ извѣстномъ распорядкѣ (Anordnung) для осуществленія даренной ему правовой личности. Этотъ распорядокъ бываетъ болѣе или менѣе сложнымъ; иногда ради него создается обширная организація съ богатымъ развѣтвленіемъ на различныя отрасли управленія. При самомъ учрежденіи или впоследствии постановленіями управомоченныхъ органовъ опредѣляется, какимъ образомъ будутъ замѣщаться должности, черезъ которыя союзъ будетъ дѣйствовать, каковы условія поступленія въ члены, распредѣленіе выгодъ и обремененій... Но все эти распоряженія отнюдь не являются актами правосозданія, а только юридическими сдѣлками. Правда, и имъ свойственна та особенность, что ихъ дѣйствіе не исчерпывается какимъ-нибудь единымъ кратковременнымъ результатомъ, а рассчитано на неопредѣленное будущее и неопредѣленное число субъектовъ, вступающихъ въ данное правоотношеніе. Но это не мѣняетъ ихъ характера, какъ юридическихъ сдѣлокъ, ибо и тутъ только осуществляется кроющійся въ самомъ институтѣ моментъ. Не мѣняетъ его и то обстоятельство, что такія распоряженія часто совершаются по большин-

ству голосовъ, ибо соединеніе лицъ можетъ, оставаясь въ предѣлахъ договорнаго соглашенія, заранѣе подчиниться большинству, какъ органу ихъ воли въ точно ограниченной сферѣ» (стр. 60).

Въ конечномъ итогѣ Герберъ приходитъ къ заключенію, что «идея автономіи въ смыслѣ *самозаконодательства* въ современномъ правѣ совершенно недопустима (*durchaus unhaltbar*)». Такъ наз. статуты (уставы) корпорацій и обществъ не что иное, какъ «систематическое сочетаніе множества весьма различныхъ юридическихъ волеизъявленій относительно сложнаго правоотношенія» (стр. 61).

Изложенное ученіе построено на рядѣ апріорныхъ сужденій, которыхъ отнодь нельзя считать безспорными и не нуждающимися въ доказательствахъ. Въ дѣйствующемъ правѣ Герберъ видитъ логически законченную систему положеній и институтовъ. Всякое правовое явленіе должно умѣщаться въ одномъ изъ «заранѣе пригото-товленныхъ» институтовъ; въ противномъ случаѣ оно составляетъ аномалію и должно вызывать оппозицію юристовъ. Автономныя «распоряженія» не что иное, какъ юридическія сдѣлки, порождающія сложный комплекс индивидуальныхъ правоотношеній, хотя, какъ Герберъ признаетъ, ихъ дѣйствіе «разсчитано на неопредѣленное будущее и неопредѣленный кругъ лицъ» и они часто совершаются по большинству голосовъ. Ихъ обязательность для меньшинства покоится на фактѣ, что послѣднѣе заранѣе признало большинство «органомъ своей воли» и т. д.

Все эти апріорныя положенія показались даже современникамъ Гербера мало убѣдительными. Его призывъ «расчленивъ каждый встрѣчающійся въ гражданскомъ оборотѣ законоподобный коллективный актъ» на «множество индивидуальныхъ волеизъявленій» не имѣлъ успѣха. Властятій критическій разборъ его ученія Мауре-



ромъ <sup>1)</sup> раскрыть его генетическую связь съ «централистическимъ и деспотическимъ духомъ позднѣйшаго римскаго и каноническаго права» и съ «привычкою юристовъ прежнихъ вѣковъ разсматривать всякое право, кромѣ писаннаго имперскаго и папскаго, какъ аномальное (abnorm)». Начиная съ глоссаторовъ,—говорить Мауреръ,—юристы «утрачивали способность понимать какую-либо правовую эволюцію, кромѣ той, которая дѣлалась сверху». Они не отвергали существованія автономныхъ правъ, но объясняли ихъ концессіею со стороны верховнаго законодателя и вмѣстѣ съ тѣмъ выводили силу всѣхъ статутовъ изъ высшаго источника,—«государственнаго законодательства». Однако, этимъ «теоріямъ» не удалось совершенно вытѣснить «статутарныя нормы и нормы обычнаго права», образовавшіяся безъ участія государства и дѣйствовавшія въ строго ограниченной сферѣ. Утвержденіе государственной власти нерѣдко испрашивалось и раньше, но не «ради санкціи статута, а лишь въ знакъ того, что прерогативы государя не нарушены».

По мнѣнію Маурера автономія и теперь въ такой санкціи не нуждается. *«Какъ правомочіе каждаго индивида регулировать собственныя правоотношенія по своему усмотрѣнію вытекаетъ изъ его свободы, такъ правомочіе публичныхъ соединеній произвольно регулировать свои—изъ ихъ свободы. Предѣлъ этой свободы опредѣляется въ первомъ случаѣ правомъ вообще, во второмъ—правомъ высшихъ союзовъ (übergeordnete Vereine), и, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ обоихъ случаяхъ пріобрѣтенными правами другихъ индивидовъ и союзовъ. То, что свобода правового самоопредѣленія индивида проявляется въ установленіи субъективныхъ правомочій, а свобода публичныхъ*

---

<sup>1)</sup> Въ Kritische Ueberschau т. II (1855) стр. 229 сл. Ср. также Jolly въ Krit. Ueberschau т. VI стр. 330 сл. Hermann, De autonomia (1859).

соединеній, сверхъ того, въ установленіи нормъ объективнаго права, имѣеть своимъ необходимымъ основаніемъ различное положеніе тѣхъ и другихъ» (стр. 244).

Для современнаго права, — продолжаетъ Мауреръ, — понятіе объ автономіи имѣеть большое практическое значеніе, несмотря на то, что случаи «самозаконодательства», въ средневѣковомъ смыслѣ, составляютъ относительно рѣдкое явленіе. «Нельзя закрывать глаза на то, что, въ противоположность къ централизующимъ тенденціямъ недавняго прошлаго, нынѣ обнаруживается настоящая потребность въ болѣе свободномъ самоопредѣленіи». И наука должна идти и идетъ навстрѣчу этой потребности. «Новѣйшая теорія... имѣеть своею отправною точкою расчлененіе государства на рядъ мелкихъ и обширныхъ органическихъ соединеній, которыя не обязаны своимъ существованіемъ государству и внутри которыхъ стоятъ отдѣльные подданные, какъ частныя лица. Она разсматриваетъ свободу движенія и право на свободное регулированіе своихъ собственныхъ дѣлъ какъ естественное право не только отдѣльныхъ людей, но также стоящихъ надъ ними соединеній (Gesamtheiten). Съ другой стороны она признаетъ, что тутъ и тамъ правомъ выше стоящихъ союзовъ, въ отдѣльности, этой естественной свободѣ ставятся опредѣленныя границы, и что, кромѣ того, свобода каждаго соединенія ограничивается соотвѣтствующею ея природѣ цѣлью. Эта теорія, наконецъ, вполне уяснила себѣ, что правовая свобода частнаго лица можетъ проявляться только въ установленіи субъективныхъ правъ, а свобода соединеній, сверхъ того, въ самоуправленіи и самозаконодательствованіи. Отъ механической централизаціи правовой жизни, какъ теоретическаго постулата законодательства, новѣйшая наука отказалась» (стр. 268).

Въ подтвержденіе этой лестной аттестаціи, данной



«новѣйшей наукѣ», Мауреръ, однако, могъ сослаться на одного только Вильда, высказавшаго (въ юридическомъ словарѣ Вейске) взглядъ на автономію весьма близкій къ тому, который Мауреръ называетъ «новѣйшей теоріею». Автономія, по ученію Вильда, не составляетъ особенности германскихъ народностей или средневѣкового права: она встрѣчается у всѣхъ народовъ и во всѣ эпохи. Въ ней проявляется по отношенію къ государству индивидуальная воля либо отдѣльныхъ лицъ, либо соединеній. Но «индивидъ, насколько ему не дана власть надъ другими людьми, можетъ диктовать свою волю только самому себѣ. Соединеніе же, по необходимости, диктуетъ свою волю также лицамъ, входящимъ въ его составъ или подчинившимся ему. Автономія соединеній составляетъ нѣчто по существу отличное отъ частной автономіи. Въ ней проявляется воля, отличная отъ воли отдѣльныхъ индивидовъ. Ея постановленіямъ послѣдніе подчиняются какъ нормамъ ихъ поведения, какъ правовымъ положеніямъ». Отдѣльныя лица регулируютъ свои взаимоотношенія посредствомъ соглашеній или одностороннихъ волеизъявленій. «Правовыя положенія исходятъ только отъ соединенія, какъ такового. Ихъ возникновеніе предполагаетъ духовное и внѣшнее объединеніе индивидовъ, какъ бы поглотившее ихъ индивидуальности. Но пока они сносятся другъ съ другомъ какъ отдѣльныя лица, хотя и проживающія въ одномъ государствѣ,—особенно въ гражданскомъ оборотѣ,—отъ нихъ не исходитъ объективное право» (стр. 547).

Ученіе Вильда и Маурера содержитъ два чрезвычайно цѣнныхъ указанія: 1) автономія, проявляющаяся въ установленіи индивидуальныхъ правоотношеній, не тождественна съ автономіею, въ смыслѣ способности создавать правовыя положенія, и 2) въ томъ и другомъ случаѣ автономія имѣетъ своимъ основаніемъ свободу само-

опредѣленія въ области права, но эта свобода свойственна не только индивидамъ, а вообще «органическимъ соединеніямъ», на которыя расчленяются государство и общество. Къ сожалѣнію юристы второй половины 19-го вѣка не пошли по пути, предначертанному Мауреромъ, и не оправдали характеристики данной имъ «новѣйшей наукѣ». Правда, мы уже болѣе не встрѣчаемъ полного отрицанія элемента правообразованія въ автономныхъ актахъ <sup>1)</sup>. Ригоризмъ Гербера не нашелъ послѣдователей. Но многіе видные цивилисты совершенно отказываются признать ихъ источникомъ объективнаго права, когда они исходятъ отъ частноправовыхъ союзовъ <sup>2)</sup>. Эти союзы не могутъ «законодательствовать». Лишь нѣкоторые публичноправовые союзы надѣлены автономіею, составляющею, по опредѣленію Штоббе <sup>3)</sup>, «подчиненную категорію законодательства». Другіе ученые допускаютъ автономное правотворчество какъ публичныхъ, такъ и частныхъ союзовъ. Но, разрѣшая вопросъ объ основаніи обязательности автономныхъ нормъ на почвѣ дѣйствующаго права, они объясняютъ ее санкціею или делегациею со стороны государственной власти <sup>4)</sup> или же тѣмъ, что эти нормы исходятъ отъ

1) См. статьи Brunner'a s. v. Autonomie въ Holtzendorfs Rechtslexicon и Gierke s. v. Corporation тамъ-же, его-же статью въ Zt. f. priv. u. öff. Recht. т. V. учебники Stobbe, Windscheid, Regelsberger, Gierke и др., а также Pfaff und Hofmann, Commentar, стр. 251 сл.

2) См., напр., Böhlau, Meklenb. Landrecht I, стр. 125. Köhler Lehrbuch § 31 стр. 105. Rome System I стр. 90. Утвержденіе г. В. В. въ Новомъ Энци. Слов. Брокгауза и Ефрона (I, стр. 324), что «изъ современной теоріи права автономія, какъ источникъ права въ области гражданско-правовыхъ отношеній, большинствомъ юристовъ исключается», слишкомъ категорично.

3) Указ. соч. стр. 144. Ср. Reiss ук. соч. стр. 10: „Autonomie ist die bestimmten kleinen Kreisen von Unterthanen im Staate zustehende Gewalt sich selbst Gesetze zu geben, die den Landesgesetzen derogieren“, Thöl, Einleitung стр. 129.

4) См. Rosin, Recht der öff. Genossenschaft § 10 и 14. Pfaff. und Hofmann: „sie (статуты) strahlen als Rechtsnormen nur in erborgtem Licht. so



признаннаго государствомъ союза, надѣленнаго юридической личностью. Сообразно съ этимъ способность къ автономному правотворчеству въ области частнаго права приписывается ими только корпораціямъ<sup>1)</sup>.

Какъ видно изъ нашего бѣлаго обзора, догматическая исторія вопроса объ автономіи и его положеніе въ современной цивилистической наукѣ представляютъ довольно безотрадную картину. Мы не находимъ въ ней и слѣда того единодушнаго признанія «естественнаго права союзовъ на свободное урегулированіе своихъ дѣлъ», о которомъ говорилъ Мауреръ. Въ автономіи одни усматриваютъ особую категорію законодательства, составляющую пережитокъ прошлыхъ вѣковъ, другіе — косвенное проявленіе государственной власти. Попытки Вильда и Маурера изучать и понимать ее какъ реальное явленіе правовой жизни и самостоятельную правотворческую силу, дѣйствующую независимо отъ ея признанія государствомъ, остались одиночными и не получили дальнѣйшаго развитія.

Для уясненія сущности и значенія автономіи въ современномъ правѣ, необходимо, прежде всего, отрѣшиться отъ мысли, что весь дѣйствующій въ данный моментъ правопорядокъ создается прямо или косвенно государственною властью. «Государственно-организаціонное» понятіе о правѣ не исчерпываетъ всего дѣйствующаго права и не тождественно съ нимъ<sup>2)</sup>. Въ области

dass trotz ihrer Geltung wahr bleibt, dass nur die staatliche Gesetzgebung Entstehungsgrund des materiellen Privatrechts ist“, Jhering. Zweck im Recht I стр. 320: „Autonomie... besteht nicht aus eigener Kraft, sondern durch Ableitung von seiten des Staates“.

1) См. Regelsberger, Pandekten, стр. 106. По словамъ Безелера (ук. соч. стр. 101) „корпорація управомочена автономно регулировать свои дѣла... Это правомочіе само собою вытекаетъ изъ понятія о корпораціи, какъ юридическомъ лицѣ“. Ср. W. Lehmann, ук. соч. стр. 223: „Das Recht der Autonomie ist ein Begriffsmerkmal der Verbandspersonlichkeit“.

2) Ср. Б. А. Кистяковского, Соціальные науки и право, Мск. 1916 г. стр. 320 сл.



частнаго права государство, въ лицѣ законодателя, не можетъ не считаться съ необходимостью предоставить лицамъ, способнымъ къ самоопредѣленію, свободный выборъ правовыхъ средствъ, соответствующихъ ихъ интересамъ и цѣлямъ, и широкую свободу правовой организаціи подвластной имъ сферы. Тутъ всякое вмѣшательство государства, ставящее предѣлы творческому участию личности въ оборотѣ, нуждается въ разумномъ основаніи и оправданіи. Такимъ оправданіемъ можетъ только служить правильно понятый общій интересъ или благо самой личности. *Просторъ, оставляемый объективнымъ правопорядкомъ для самоопредѣленія отдельныхъ индивидовъ въ области права, выполняется путемъ автономнаго проявленія ихъ воли въ подвластной имъ сферѣ.*

Передъ нами, такимъ образомъ, опредѣленный соціологическій фактъ: правосозидательное проявленіе частной воли физическихъ и социальныхъ индивидовъ въ подвластной имъ области. Какъ же относится къ нему положительное право? Насколько они не выходятъ изъ границъ, установленныхъ общимъ правопорядкомъ, автономно созданныя правоотношенія и правовыя положенія лишь *охраняются* государствомъ отъ нарушенія, наравнѣ съ отношеніями и положеніями, возникающими непосредственно въ силу его велѣній.

Проявленіе частной воли въ правовой жизни происходитъ въ двухъ существенно различныхъ формахъ. Въ формѣ *частной автономіи* она по общему правилу, создаетъ конкретныя правоотношенія между лицами, участвующими въ ихъ установленіи, и исчерпывается въ этомъ конститутивномъ эффектѣ. Хотя и съ такими актами автономной воли связывается въ индивидуальномъ сознаніи представленіе о нормѣ, опредѣляющей должное поведение людей, но въ технически-юридическомъ смыслѣ они нормативнаго эффекта не имѣютъ. Они не исходятъ отъ



власти, стоящей надъ тѣми, кто обязанъ имъ подчиняться; они никого не обязываютъ и не надѣляютъ правами, кромѣ авторовъ волеизъявленія и ихъ правопреемниковъ.

Совершенно другой характеръ имѣютъ автономные акты, выходящіе изъ рамокъ обыкновеннаго участія въ оборотѣ и касающіеся внутренняго строя социальныхъ образований. Люди очень часто для осуществленія своихъ задачъ — хозяйственныхъ, общественныхъ, научныхъ и другихъ — прибѣгаютъ къ длительному, планомерному сотрудничеству съ другими людьми, принимающему подчасъ весьма сложныя формы. Такимъ путемъ возникаютъ новыя частноправовыя соединенія. Планомерное сотрудничество значительнаго количества людей предполагаетъ существованіе постоянной организаціи и опредѣленнаго внутренняго порядка, приуроченнаго къ нуждамъ и цѣлямъ этого соединенія. Этотъ порядокъ долженъ соблюдаться, другими словами, онъ имѣетъ обязательный характеръ, составляя правопорядокъ даннаго социального образования. Между тѣмъ мы видимъ, что законодатель обыкновенно принимаетъ лишь незначительное непосредственное участіе въ его созданіи, открывая и тутъ широкій просторъ для самоопредѣленія или ограничиваясь установленіемъ нѣкотораго контроля со стороны органовъ государства надъ автономно созданнымъ внутреннимъ порядкомъ. Эта форма правового самоопредѣленія, удачно названная Оттономъ Гирке соціальною автономією, съ внѣшней стороны мало отличается отъ разсмотрѣнной нами выше частной автономіи. Она также проявляется въ частныхъ волеизъявленіяхъ (сдѣлкахъ), должна держаться въ общихъ рамкахъ правопорядка, не имѣетъ дерогаторной силы и ограждается государствомъ постольку, поскольку ею не нарушаются общіе интересы и права частныхъ лицъ. Но, по существу, между ними



глубокая и коренная разница. Акты социальной автономии исходят от (единоличного или коллективного) носителя власти в определенной социальной сфере и устанавливают не конкретные и индивидуальные правоотношения, а отвлеченный правовой порядок, диктуемый индивидуально неопределенному кругу лиц, причастных к этой сфере. Этимъ актамъ, такимъ образомъ, присущи все атрибуты нормъ объективного права. Социальная автономія, въ отличие отъ частной, фактически составляетъ одну изъ реальныхъ правосозидательныхъ силъ, существующую въ известной, точно очерченной сфере наряду съ признанными источниками официального права.

Указанная разница часто ступшевывается какъ разъ по отношенію къ интересующимъ насъ здѣсь авторитарно организованнымъ соединеніямъ (особенно хозяйственнымъ предпріятіямъ). Это объясняется 1) тѣмъ, что въ нашемъ правосознаніи понятія о власти, какъ субъективномъ правѣ и какъ социальномъ служеніи, еще не достаточно дифференцировались <sup>1)</sup> и 2) что нередко собственникъ въ подвластной ему индивидуальной сфере также устанавливаетъ известный «порядокъ», обязательный для другихъ лицъ, напр. для жильцовъ дома, посетителей парка, и т. п. Но такими актами онъ только опредѣляетъ предѣлы и условія пользованія другими людьми его вещью. Тутъ нѣтъ социальной сферы, нѣтъ организованнаго сотрудничества людей, для котораго необходимъ тотъ частный правовой порядокъ, о которомъ мы говорили въ предшествующей главѣ.

По своей юридической природѣ автономія не можетъ быть квалифицирована ни какъ «подчиненная форма законодательства», ни какъ правомочіе, делегированное

<sup>1)</sup> См. ниже главу IV.



государством определенным союзам или частным лицам, ни, наконец, как способность корпораций, которою государство наделяет их вместе с юридическою личностью. Ни одна из этих конструкций не согласуется с характером и значением социальной автономии, как реального правового явления. Словами «законъ», «законодательные акты», как юридическими терминами, обозначаются только акты, исходящие от государственной власти и удовлетворяющие точно определенным формальным условиям. Их применение къ актам, исходящим от частных лиц или союзов (даже от самого государства) и не удовлетворяющим указанным условиям, только затемняетъ понятие о законѣ, точность и ясность котораго имѣютъ огромное практическое значение. Выраженіе «частный законъ», которымъ въ наукѣ и практикѣ иногда пользуются для определенія природы некоторых автономныхъ актовъ, содержитъ явную *contradictio in adjecto*. Законъ не можетъ быть «частнымъ», онъ сохраняетъ характеръ публично-правового акта даже въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда имъ устанавливается индивидуальная норма (привилегія), касающаяся определеннаго лица.

Объясненіе правотворческой силы автономіи делегациею со стороны государственной власти не болѣе какъ фикція. Рѣчь могла бы идти только о делегации законодательной власти, а таковой мы въ современныхъ государствахъ по отношенію къ частнымъ лицамъ нигдѣ не наблюдаемъ. Оставляя просторъ для правового самоопределенія или обуславливая силу автономныхъ актовъ административнымъ утвержденіемъ, законодатель отнюдь не поступаетъ какою-либо изъ своихъ прерогативъ въ чью бы то ни было пользу. Мысль, что, напр., хозяинъ предпріятія, издавая правила внутренняго распорядка, исполняетъ государственную функцію, страдаетъ явною

искусственностью. Это не осуществленіе делегированной ему законодательной власти, а форма правового самоопредѣленія, терпящаго и охраняемаго государством. Кроме того, делегация всегда совершается въ пользу опредѣленныхъ лицъ, — физическихъ или юридическихъ, — но нельзя безъ натяжки объяснить ею способность всякаго организованнаго социальнаго образованія создавать необходимый ему внутренней порядокъ.

Нѣтъ, наконецъ, никакихъ оснований приписывать социальную автономію, какъ это дѣлаетъ господствующее мнѣніе, однимъ только корпораціямъ. Между свойствомъ юридическаго лица и существованіемъ частнаго правопорядка нѣтъ никакой логической связи. Такъ напр., существованіе обязательнаго или «должнаго порядка» предполагается законодателемъ во всякомъ промышленномъ предпріятіи, независимо отъ того, стоитъ ли во главѣ его единоличнѣй или коллективный субъектъ<sup>1)</sup>. Вездѣ, гдѣ такой порядокъ предполагается, онъ можетъ устанавливаться — съ соблюденіемъ условій и предѣловъ, указанныхъ закономъ, — автономными актами. Есть, правда, отдѣльные виды такихъ актовъ, встрѣчающіеся только въ корпоративныхъ (союзныхъ) образованіяхъ, какъ, напр., уставы. Но это объясняется тѣмъ, что ими опредѣляется, главнымъ образомъ, организація субъекта социальной единицы, т. е. разрѣшается вопросъ, фактически возникающій только при отсутствіи физическаго субъекта. Потребность же въ установленіи внутренняго порядка совершенно не зависитъ отъ того, стоитъ ли во главѣ данной социальной единицы физическое или юридическое лицо. Она чувствуется вездѣ, гдѣ достиженіе извѣстной цѣли посредствомъ планомернаго сотрудничества людей неосуществимо безъ постоянныхъ органовъ управленія и

<sup>1)</sup> Ср. наши Очерки промышленнаго права (Мск. 1916) стр. 26.



безъ обязательнаго, соотвѣтствующаго этой цѣли, порядка.

Мы пришли къ заключенію, что социальная автономія составляетъ самостоятельную правосозидательную силу. Созданное ею право существенно отличается отъ конкретныхъ индивидуальныхъ правоотношеній, устанавливаемыхъ актами частной автономіи. Критеріемъ, отличающимъ объективный правовой порядокъ отъ индивидуальныхъ правоотношеній между лицами, входящими въ составъ даннаго соединенія, служитъ то, что первый устанавливается властью, стоящею надъ этими лицами <sup>1)</sup>. Такою властью является всякое организованное социальное соединеніе, какъ цѣлое, по отношенію къ тѣмъ, кто въ силу принудительнаго или добровольнаго подчиненія, обязанъ соблюдать установленный ею порядокъ.

Социальной автономіи въ современной хозяйственной жизни принадлежитъ обыкновенно первое мѣсто среди источниковъ этого порядка. Отъ уже разсмотрѣнныхъ нами трехъ источниковъ его—закона, обычая и судебной практики—она отличается тѣмъ, что по своей природѣ способна дѣйствовать только въ ограниченной сферѣ подчиненнаго государству организованнаго соединенія, занимая просторъ, оставленный законодателемъ для его правового самоопредѣленія. Автономія въ области гражданскаго права можетъ быть только источникомъ частнаго, но не общаго правового порядка. Признавая ее правообразующею силою мы тѣмъ самымъ признаемъ автономно созданный ею частный правовой порядокъ социальныхъ (и въ томъ числѣ хозяйственныхъ) образованийъ разнообразіемъ объективнаго права.

Юридическая сила автономныхъ актовъ, устанавли-

<sup>1)</sup> Ср. Oertmann у.в. соч. стр. 139: „Objektives Recht schafft nur die Normsetzung durch eine über den Beteiligten stehende übergeordnete Gewalt“.

вающихся внутренній порядок хозяйственных предприятий, напр. уставовъ, регламентовъ, полныхъ условий, правилъ внутреннего распорядка и др. нередко ставится въ зависимость отъ ихъ утверждения или засвидѣтельства администраціею властью. Въ этихъ случаяхъ иногда административной санкціи приписывается значеніе правовоснованія или источника ихъ юридической силы. Но съ этимъ взглядомъ невозможно согласиться, ибо въ такихъ актахъ воплощена не воля утверждающихъ ихъ органовъ власти, а тѣхъ лицъ, того социальнаго соединенія, отъ которыхъ они исходятъ. Органы власти могутъ, въ установленныхъ закономъ предѣлахъ, утвердить ихъ или не утверждать, руководствуясь исключительно государственными соображеніями, но ни создавать ихъ, ни измѣнять ихъ содержанія, помимо воли заинтересованныхъ лицъ, они не въ правѣ. Требуемое закономъ участіе административной власти составляетъ лишь формальное условіе, а не матеріальное основаніе обязательности автономныхъ актовъ. Его цѣль—контроль государства надъ превращеніемъ социальной автономіи, но не нормативное восполненіе частнаго правопорядка.

По отношенію къ некоторымъ категоріямъ хозяйственныхъ предприятий, напр. фабрично-заводскимъ, горно-промышленнымъ, желѣзнодорожнымъ и др., участіе административной власти въ установленіи ихъ внутренняго порядка этимъ не ограничивается, а идетъ гораздо дальше. Оно состоитъ въ изданіи особыхъ административныхъ нормъ въ развитіе и разъясненіе закона. Иногда, такимъ образомъ, и административные акты, въ отведенныхъ имъ предѣлахъ, пріобрѣтаютъ значеніе источника правопорядка. Въ связи съ этимъ въ наукѣ административнаго права возникаетъ та же проблема и замѣчается тоже разномысліе какъ въ гражданскомъ правѣ по поводу юридической природы автономіи. Подробное изученіе



природы этих актов лежит вне рамок цивилистического изслѣдованія. Мы коснемся этого вопроса лишь постольку, поскольку это необходимо для выясненія ихъ значенія, какъ источника внутренняго порядка хозяйственныхъ предпріятій.

5. *Административные акты.* Господствующее ученіе, находясь подъ замѣтнымъ вліяніемъ цивилистическаго ученія о юридической сдѣлкѣ, склонно видѣть единственную функцію административнаго акта (въ техническомъ смыслѣ) въ «установленіи, измѣненіи или прекращеніи конкретныхъ юридическихъ отношеній или состояній»<sup>1)</sup>. Въ тоже время, однако, никто не отрицаетъ существованія нормативныхъ актовъ власти, не исходящихъ отъ законодателя<sup>2)</sup>. Но въ нихъ усматриваютъ особую, отличную отъ административныхъ актовъ, юридическую категорію. Такъ напр. Корманъ, авторъ одного изъ наиболѣе обстоятельныхъ изслѣдованій по этому вопросу, настаиваетъ на необходимости строгаго разграниченія въ дѣятельности административныхъ органовъ власти *Rechtsgeschäfte* и *Rechtssetzung* и на исключеніи изъ числа административныхъ всѣхъ актовъ, не являющихся «сдѣлками», — въ томъ числѣ «административныхъ указовъ (*Verwaltungsverordnungen*)»<sup>3)</sup>. Въ нашей литературѣ тотъ же взглядъ проводится проф. Елистратовымъ, противопоставляющимъ административные акты нормативнымъ (и юрисдикціоннымъ), по различію осу-

1) См. напр. А. И. Елистратова, Основыя начала административнаго права (1914) стр. 184.

2) Они въ литературѣ не имѣютъ установленнаго названія. Ихъ называютъ то нормативными (Елистратовъ), то регламентарными (Бартеlemi, Моро и др.), то организаціонными (Оріу), то „*Verordnungen*“ (Резишъ, Корманъ и ми, др.), то генеральными распоряженіями „*Generalverfügung*“ (Haensel, O. Майеръ) и т. д.

3) K. Kormann System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte (1910) стр. 19 и сл. Ср. его же Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts въ Annalen d. deut. Rechts за 1911 г. стр. 39 сл.

ществляемой ими функцией правового порядка. «Нормативные акты определяют общие и абстрактные типы юридических отношений и состояний; административный акт, напротив, оперирует с индивидуальными и конкретными юридическими отношениями и состояниями. В конечном итоге различие между нормативным и административным актом сводится к коренному различию между общим, типическим и особенным, индивидуальным; это различие, как известно, имеет не только юридическое, но и большое универсальное значение» (стр. 184).

Мы не отрицаем значения этого различия, но полагаем, что сущности разбираемых явлений больше соответствовало бы противопоставление нормативных актов актам конститутивным, а не административным. Ведь в том и другом случае речь идет о действиях административной власти, осуществляющих «функцию правового порядка». Поэтому, казалось бы, нет достаточных оснований применять термин «административный акт» к одним только актам власти, порождающим конкретные правоотношения, и не распространять его на случаи осуществления той же властью нормативных функций.

Признавая нормативные акты особою юридическою категорією, ученые расходятся во взглядах при определении их природы и основания их обязательности. По очень распространенному (особенно в французской литературе<sup>1)</sup> мнению, они составляют разновидность закона, от которого отличаются только формальными признаками. Сообразно с этим их называют то lois dans

<sup>1)</sup> См. Дюго, Конституционное право, стр. 258 сл., Moreau, Le règlement administratif (1902) стр. 39 сл., Cohen, La loi et le règlement (thèse Paris 1902 г.) и указанную там литературу Adde: Gény, Méthode d'interprétation стр. 215 и сл., Rosin, Verordnungsrecht (1895).



un sens matériel, то lois constructives, réglementaires, secondaires, quasi-lois и т. п. Другіе склонны объяснить ихъ обязательную силу делегациею со стороны государства <sup>1)</sup>, третьи—особымъ уполномочіемъ, въ формѣ отношенія закономъ изданія нормативныхъ актовъ къ компетенціямъ даннаго учрежденія <sup>2)</sup>.

Въ основаніе всѣхъ этихъ теорій лежитъ представленіе о нормативномъ актѣ, какъ о чемъ то аномальномъ, выходящемъ за предѣлы обыкновенныхъ функций административной власти и вторгающемся въ сферу законодательства. Въ литературѣ административнаго права, однако, въ послѣднее время дѣлаются попытки болѣе широкаго опредѣленія понятія объ административномъ актѣ, при которомъ подъ него могутъ быть также подведены акты, не исходящіе отъ законодателя, но имѣющіе, въ точно опредѣленныхъ закономъ предѣлахъ, нормативный эффектъ, другими словами, силу и значеніе источника права. Серьезный шагъ въ этомъ направленіи уже сдѣланъ былъ О. Майеромъ <sup>3)</sup>, принципиальнымъ сторонникомъ теоріи делегации. Опредѣливъ административный актъ, какъ «исходящее отъ правительства изреченіе власти (*obrigkeitlicher Ausspruch*), постановляющее, что въ отдѣльномъ случаѣ, по отношенію къ подданному, должно почитаться правомѣрнымъ (*Rechtens sein soll*)», Майеръ

<sup>1)</sup> См. О. Mayer. *Lehrb. des deutschen Verwaltungsrechts* I стр. 122 сл., Jellinek, *Gesetz u. Verordnung* (1887) стр. 366 сл., Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif* въ *Revue polit. et parl.* за 1894 г. стр. 290 сл. Fleiner, *Institutionen*, стр. 68 (тамъ же дальн. литература).

<sup>2)</sup> См. напр. Елестратова ук. соч. стр. 170: „Публичноправовой актъ, призывающій административное учрежденіе къ изданію той или иной категоріи указовъ, составляетъ вполне достаточный законный титулъ въ обоснованіи указаго права и дѣлаетъ совершенно излишнимъ обращеніе къ теоріи делегации“. Къ указамъ проф. Елестратовъ приравниваетъ обязательныя постановленія, инструкціи и „статуты“ въ смыслѣ указовъ, исходящихъ отъ общественныхъ учреждений (стр. 173).

<sup>3)</sup> Ук. соч. I стр. 95 сл.

дополняетъ это опредѣленіе двумя существенными указаніями: 1) основаніемъ обязательности такихъ актовъ можетъ быть не только уполномоченіе на ихъ изданіе со стороны законодателя, но также «подчиненіе» т. е. согласіе тѣхъ, кто этими актами обязывается (*Verwaltungsakte auf Unterwerfung*); 2) кругъ обязанныхъ лицъ коимъ дается «предписаніе (*Anweisung*)», можетъ опредѣляться «косвенно», а именно путемъ ссылки на «отношеніе властвованія (*Gewaltverhältnis*). Въ этихъ случаяхъ предписанія составляются въ формѣ инструкцій, регулятивовъ, регламентовъ, правилъ внутренняго распорядка и т. под. и доводятся до свѣдѣнія заинтересованныхъ лицъ посредствомъ публікаціи. Они обязываютъ какъ уже состоящихъ въ подчиненіи, такъ и вступающихъ въ него впоследствии».

О. Майеръ, однако, отказывается признать акты власти, устанавливающіе для индивидуальнаго неопредѣленнаго круга лицъ, «что считать правомѣрнымъ», правовыми нормами. «Выѣшнее сходство съ правовою нормою, говоритъ онъ, очень велико: тѣмъ не менѣе это только коллективный административный актъ (*Gesamt-Verwaltungsakt*) или, — какъ ихъ очень мѣтко называютъ — генеральное распоряженіе (*Generaiverfügung*). Имъ не свойственна общеобязательная сила закона; они дѣйствуютъ силою отношенія властвованія, т. е. простираются только на связанныхъ этимъ отношеніемъ лицъ и на вытекающія изъ него требованія. Въ этихъ предѣлахъ отношенія властвованія подчиняетъ всякаго, кто имъ охватывается, дѣйствію напередъ изданнаго, касающагося также его, административнаго акта, налагая на него, прежде всего, соотвѣтственную обязанность быть освѣдомленнымъ (*Erkündigungspflicht*). Сила этого акта та же, какъ если бы предписаніе было ему лично объявлено, въ видѣ индивидуальнаго акта» (I, стр. 104).



Такимъ образомъ, по учению О. Майера, «генеральное распоряженіе», съ одной стороны черпаетъ свою силу въ отношеніи властвованія, съ другой—въ томъ, что лица, вступающія въ такое отношеніе *обязаны* знать распоряженіе т. е. не могутъ отговариваться его невѣдѣніемъ. Они несутъ ответственность за неисполненіе «объявленнаго въ общей формѣ» распоряженія, даже, когда оно имъ фактически не было извѣстно (I, 443). Трудно понять, чѣмъ такое, объявленное въ общей формѣ, распоряженіе власти, обязательное для неопредѣленнаго круга лицъ, подчиненныхъ этой власти, отличается, по существу, отъ «справовой нормы». Сопоставленіе съ «лично объявленнымъ индивидуальнымъ предписаніемъ» не болѣе, какъ сравненіе или фикція. Это становится вполне очевиднымъ, если принять во вниманіе, какъ широко О. Майеръ понимаетъ «отношеніе властвованія». Онъ обозначаетъ этимъ терминомъ не только отношенія начальства къ подчиненнымъ ему должностнымъ лицамъ (*Dienstgewalt*), но также право надзора государства и общественныхъ самоуправленій надъ концессионными предпріятіями, имѣющими общественное значеніе (II, 309) и надъ публичными учрежденіями, какъ-то: школами, бойнями и т. п. (II, 335), далѣе—отношенія коммунальныхъ властей къ членамъ коммунальныхъ союзовъ, даже право податныхъ учреждений контролировать плательщиковъ налоговъ (I, 441: *finanzielle Ueberwachungsgewalt*). Во всѣхъ этихъ и подобныхъ случаяхъ представленіе, что «генеральныя распоряженія» компетентной власти, опредѣляющія правовое положеніе подвластныхъ лицъ, создають множество индивидуальныхъ конкретныхъ правоотношеній, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Ими, по существу, создаются для ограниченной сферы нормы объективнаго права.

Другіе ученые болѣе рѣшительно подчеркиваютъ

свойственный такимъ административнымъ актамъ характеръ нормы права и ея сходство съ закономъ. Такъ напр. Бернацикъ <sup>1)</sup> различаетъ двѣ формы административной дѣятельности: абстрактную и конкретную. «Абстрактныя нормы могутъ исходить какъ отъ законодателя, такъ и отъ административныхъ учреждений. Большею частью они являются законами, но эти два понятія все же не тождественны. Есть абстрактныя нормы, которыхъ нельзя признавать законами, и законы, не содержащіе абстрактной нормы... Въ противоположность всемъ остальнымъ функциямъ административной власти *созданіе правовыхъ нормъ* составляетъ самодовлѣющую (*eine in sich abgeschlossene*) и совершенно особую административную функцію, подлежащую особымъ условіямъ и имѣющую свои особыя послѣдствія. Не является ли иногда указъ (*Verordnung*), по существу (*materieell*), закономъ или законоу, по существу, указомъ, этого вопроса мы можемъ не касаться».

Извѣстный французскій административистъ Ориу также возражаетъ противъ признанія закона единственнымъ источникомъ писаннаго права и регламентовъ второразряднымъ закономъ <sup>2)</sup>. Законъ, говоритъ онъ, относится къ регламенту, какъ основные законы къ остальнымъ. Регламентъ не можетъ почитаться закономъ, потому что можетъ оказаться недѣйствительнымъ, именно, вслѣдствіе своей противозаконности. Законъ и регламентъ имѣютъ каждый «свой особый духъ» (*leur esprit spécial*) и свою особую форму. «Максимумъ устойчивости въ

<sup>1)</sup> E. Bernatzig, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft* (1885) стр. 4.

<sup>2)</sup> Haurion, *Précis de droit administratif* (8 изд. 1914 г.) стр. 36 сл.: „On remarque, dans la littérature française contemporaine, une tendance à nier la diversité des sources des règles de droit et à les ramener toutes à une seule qui serait la loi et encore la loi entendue au sens français, comme règle écrite; ...d'autre part, on a perdu le sens de la distinction entre la loi et le règlement, à tel point que les règlements passent pour être des lois secondaires n'ayant pas le même degré d'efficacité mais ayant la même nature que les lois proprement dites“.



правосудіи не достигается дѣйствіемъ единого источника права, каковымъ долженъ быть законъ, а комбинированнымъ дѣйствіемъ двухъ источниковъ—закона и регламента; послѣдній подчиненъ закону такъ, какъ одна независимая сила можетъ быть подчинена другой. Въ дѣйствительности это два, комбинированныхъ такимъ образомъ, слоя права, (*deux couches de droit*): слой регламентарнаго и слой законнаго права» (стр. 38).

Изложенное ученіе, усматривающее въ нормативномъ актѣ проявленіе особой (правотворческой) функціи административной власти, какъ намъ кажется, болѣе соответствуетъ природѣ подобныхъ актовъ, чѣмъ ученія, сближающія ихъ съ закономъ или съ индивидуальными актами. Въ тѣхъ случаяхъ, когда постановленіями компетентной власти опредѣляется внутренней правопорядокъ подвластной ей сферы, когда они, слѣдовательно, имѣютъ не конститутивный, а нормативный эффектъ, они, оставаясь административными актами, творятъ объективное право. Нѣтъ надобности ссылаться для объясненія ихъ обязательности на молчаливую делегацию или особое полномочіе со стороны законодателя, не участвовавшего въ ихъ изданіи. Наравнѣ съ автономными, нормативные акты административной власти черпаютъ свою силу въ томъ обстоятельствѣ, что законодатель оставляетъ извѣстный просторъ для ея участія въ созданіи правопорядка и охраняетъ созданныя въ этихъ предѣлахъ нормы отъ нарушенія. Необходимо только помнить, что они исходятъ не отъ законодательной, а отъ подчиненной закону административной власти, дѣйствія которой имѣютъ юридическую силу лишь постольку, поскольку они не противорѣчатъ дѣйствующему закону и не выходятъ изъ предѣловъ предоставленныхъ ей компетенцій. Въ этомъ отношеніи нѣтъ никакой разницы между нормативными и остальными административными актами.



Предоставленіе административнымъ учреждениямъ, должностнымъ лицамъ или органамъ самоуправленія права издавать постановленія, опредѣляющій внутренней порядокъ хозяйственныхъ предиріятій, составляетъ обычное явленіе какъ у насъ, такъ и въ другихъ государствахъ. Не только въ казенныхъ, муниципальных и концессионныхъ предиріятіяхъ этотъ порядокъ регулируется инструкціями, тарифами, регламентами, обязательными постановленіями и т. под. актами, исходящими отъ компетентныхъ органовъ власти, но тоже самое, въ болѣе ограниченной мѣрѣ, имѣетъ мѣсто по отношенію къ нѣкоторымъ категоріямъ частныхъ предиріятій, напр. страховымъ, транспортнымъ, складочнымъ, кредитнымъ и особенно по отношенію къ промышленнымъ учреждениямъ. Согл. п. 125 прилож. къ ст. 618 Учр. Мин. (изд. 1912 г.) Главному по фабрич. и горнозав. дѣламъ Присутствію предоставлено право «издавать инструкціи, указы и правила въ развитіе дѣйствующихъ законоположеній о надзорѣ за соблюденіемъ на фабрикахъ, заводахъ и горныхъ промыслахъ должнаго порядка и благоустройства, о наймѣ рабочихъ въ заведенія фабрично-заводской и горной промышленности, о взаимныхъ отношеніяхъ промышленниковъ и рабочихъ и о продолжительности и распредѣленіи рабочаго времени въ заведеніяхъ фабрично-заводской и горной промышленности, о мѣрахъ, которыя должны быть соблюдаемы для охраненія жизни, здоровья и нравственности рабочихъ во время работъ и при помѣщеніи ихъ въ фабрично-заводскихъ и горно-промышленныхъ зданіяхъ, а также о мѣрахъ по организаціи врачебной помощи, объ отношеніяхъ къ фабричному, заводскому и горно-промысловому управленію подручныхъ рабочихъ, а также рабочихъ, работающих артелью или на отрядѣ». Этотъ перечень не имѣетъ исчерпывающаго характера и фактически Главное Присутствіе не придер-



живается указанныхъ въ законѣ рамокъ. На Губернское Присутствіе возложено изданіе обязательныхъ постановленій «въ развитіе и примѣненіе къ мѣстнымъ условіямъ или частнымъ случаямъ правилъ, установленныхъ Главнымъ по фабричнымъ и горно-заводскимъ дѣламъ Присутствіемъ». Административная власть такимъ образомъ у насъ несомнѣнно по отношенію къ цѣлому ряду хозяйственныхъ предпріятій исполняетъ не только функціи надзора, но является одною изъ правообразующихъ силъ, однимъ изъ источниковъ дѣйствующаго въ нихъ «должнаго порядка». Отъ законовъ въ формальномъ смыслѣ административные акты съ нормативною силою, равно какъ автономные акты, отличаются ограничевною сферою дѣйствія (они регулируютъ частный правопорядокъ), и отсутствіемъ дерогаторной силы.

Какъ мы уже указывали, благодаря отсутствію промышленныхъ судовъ, административная практика приобрѣла у насъ, въ области трудового права, очень большое значеніе, какъ источникъ правопорядка промышленныхъ предпріятій. Главное по фабричнымъ и горнозаводскимъ дѣламъ Присутствіе, разрѣшая жалобы на постановленія мѣстныхъ Присутствій или встрѣчаемая ими сомнѣнія, преподаетъ имъ свои разъясненія. Въ нихъ нерѣдко затрогиваются вопросы, не предусмотрѣнные дѣйствующимъ закономъ, какъ, напр., наемъ группами, раздаточная форма найма, аккордное вознагражденіе, участіе рабочаго въ прибыляхъ и многое другое. Весьма нерѣдко эти дѣла доходятъ до административныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената, которые сами придаютъ своимъ разъясненіямъ руководящее значеніе. Въ этомъ смыслѣ высказалось, напр., Первое Общее Собраніе Сената по дѣлу 1909 г. за № 151: <sup>1)</sup> «Рѣшенія Сената, состояв-

<sup>1)</sup> См. Мордухай-Болтовскій, Разъясненія по вопросамъ административнаго права (1913) стр. 4 сл.

шіяся по частнымъ дѣламъ и заключающія въ себѣ разъясненія того или другого дѣйствующаго законоположенія, имѣютъ своею главною и исключительною цѣлью установить точный смыслъ послѣдняго для правильнаго и единообразнаго примѣненія закона на практикѣ и, такимъ образомъ, по самому характеру своего назначенія, должны служить руководствомъ для подчиненныхъ Правительствующему Сенату мѣстъ и учреждений при разсмотрѣніи послѣднимъ дѣлъ, сходныхъ съ тѣми дѣлами, по которымъ уже состоялись рѣшенія».

Постановленія, содержащія руководящія разъясненія или толкованіе дѣйствующихъ законовъ, изданы Отдѣломъ Промышленности подъ заглавіемъ «Сборникъ постановлений Главнаго по фабричнымъ и горно-заводскимъ дѣламъ Присутствія за 1899 по 1914 г.г.» (Петр. 1915). Нѣтъ сомнѣнія, что разъясненія и толкованія Главнаго Присутствія, какъ говорится въ предисловіи къ упомянутому сборнику постановлений, «смогутъ способствовать правильному примѣненію относящихся узаконеній и правилъ и служить руководящимъ при этомъ началомъ». Имъ создается своеобразное прецедентное право, къ которому вылилъ примѣнимы слова профессора Назаревскаго: <sup>1)</sup> «Элементы правопорядка, которые развиваются путемъ прецедентовъ, нерѣдко оказываются болѣе жизненными и цѣлесообразными, чѣмъ элементы чисто законодательныя. Кроме того, нормы, установленныя путемъ прецедентовъ, являются нормами болѣе конкретными, чѣмъ нормы законодательныя, а такъ какъ съ конкретнымъ матеріаломъ имѣть дѣло легче, то прецедентное право нерѣдко оказывается и сильнѣе законодательнаго». Однако внутреннимъ авторитетомъ судебной практики, слагаю-

<sup>1)</sup> «Судебная и административная практика, какъ источникъ права» въ Вѣст. гражд. пр., янв. 1916 г. стр. 36.



щейся въ атмосферѣ гласнаго правосудія, административная практика, при отсутствіи правильно организованной административной юстиціи, не обладаетъ и обладать не можетъ.

Мы убѣдились, что какъ общіе, такъ и спеціальные источники внутренняго правопорядка способны создавать объективное право. Ученіе, усматривающее въ этомъ порядкѣ, насколько онъ не устанавливается непосредственно закономъ и обычаемъ, лишь множество индивидуальныхъ договорныхъ отношеній, построено на томъ положеніи, что автономные и административные акты не являются формами правообразованія: что ихъ нельзя признавать правовыми нормами, не смотря на то, что они содержатъ абстрактныя правила, дѣйствіе которыхъ рассчитано на индивидуально неопредѣленный кругъ лицъ и на неопредѣленный срокъ. Мы убѣдились въ неправомерности этого ученія и указаннаго исходнаго положенія.

Признаніе частнаго правопорядка хозяйственныхъ предпріятій разновидностью или категоріею объективнаго права разрѣшаетъ вопросъ объ его юридической природѣ. Но трудовой договоръ не исчерпывается подчиненіемъ сторонъ этому порядку. Какъ всякій частноправовой договоръ, онъ можетъ индивидуализировать содержаніе даннаго правоотношенія, конкретно опредѣлять взаимныя права и обязанности сторонъ. Наши спеціальныя законы <sup>1)</sup> иногда даже предписываютъ сторонамъ трудового договора договариваться о нѣкоторыхъ условіяхъ, какъ-то о срокѣ, о вознагражденіи и проч. Необходимо поэтому выяснить силу нормъ частнаго правопорядка по отношенію къ соглашенію сторонъ. Насколько этотъ порядокъ поконится

---

<sup>1)</sup> См. напр. Уст. торг. (т. XI ч. 2) ст. 6, 7, 245, Уст. о пром. тр. ст. 48, 98, Полож. о наймѣ на сельскія работы (т. XII ч. 2) ст. 26.

на законѣ и другихъ общихъ источникахъ, а также на актахъ административной власти вопросъ не требуетъ спеціальнаго разсмотрѣнія, ибо сводится къ тому, имѣютъ ли эти нормы принудительный или диспозитивный характеръ и присвоено ли имъ обратное дѣйствіе, т. е. вообще къ толкованію этихъ нормъ. Вопросъ же о взаимоотношеніи автономныхъ актовъ и соглашенія сторонъ мы постараемся разрѣшить при изученіи каждаго отдѣльнаго типа нормативныхъ актовъ, въ связи съ его юридическою природою (см. ниже гл. V и VI).

Опредѣленіе сущности частнаго правопорядка хозяйственныхъ предпріятій и его общихъ и спеціальныхъ источниковъ, еще по другой причинѣ не исчерпываетъ вопроса объ ихъ правовой организаціи. Мы знаемъ, что предпріятія, пользующіяся наемнымъ трудомъ имѣютъ авторитарный характеръ, что во главѣ ихъ стоитъ хозяинъ, волѣ котораго должны подчиняться занятые въ нихъ лица. Онъ не только осуществляетъ присущую имъ соціальную автономію и охраняетъ должный порядокъ, но, въ извѣстныхъ предѣлахъ также восполняетъ и конкретизируетъ содержаніе трудового договора. Хозяйская воля, такимъ образомъ, является факторомъ, оказывающимъ вполнѣ реальное вліяніе на правовое положеніе лицъ, отдающихъ предпріятію свою рабочую силу. Совмѣстимо ли это съ представленіемъ о «частномъ правопорядкѣ»? Каковы юридическая сущность хозяйской власти, ея функціи, ея содержаніе? Въ какія правовыя формы облекается участіе хозяина въ установленіи частнаго правопорядка? На эти вопросы мы попытаемся дать послѣдній отвѣтъ въ слѣдующей главѣ.

---



## ГЛАВА IV.

### Природа и виды хозяйской власти.

Однимъ изъ элементовъ трудового договора, какъ договорнаго типа, является подчиненіе работника хозяйской власти работодателя. Отношеніе власти и подчиненія, какъ послѣдствіе обязательственнаго договора, неизвѣстно цивилистической наукѣ и гражданскимъ законамъ. Власть надъ чужою личностью допускается только въ области семейныхъ отношеній, покоящихся на кровной связи и этическихъ началахъ. Власть однихъ людей надъ другими, хотя и составляетъ обычное явленіе въ хозяйственной жизни, до сихъ поръ почти не занимала юристовъ. Даже вопросъ о томъ, составляетъ ли она юридическій или чисто социологическій феноменъ, не можетъ считаться безспорнымъ<sup>1)</sup>. Дѣйствующія законодательства несомнѣнно считаютъ съ существованіемъ хозяйской власти, санкціонируютъ ее, но смотрятъ на нее, какъ на бытовое явленіе, сущность и предѣлы котораго должны опредѣляться социальными факторами, а не правовыми нормами. Однако правосознаніе современнаго культурнаго общества не допускаетъ возможности безграничнаго

<sup>1)</sup> До послѣдняго времени, насколько намъ извѣстно, существовало только одно спеціально посвященное этому вопросу изслѣдованіе: Herzfelder, *Gewalt und Recht* (1890). Онъ приходитъ къ выводу, что власть не юридическое понятіе, а фактическое отношеніе. См. по поводу этой книги *Krit. Vierteljahrsehr.*, т. 33, стр. 268 сл. Въ 1913 г. появились почти одновременно наша статья въ *Юрид. Вѣст.* кн. III: Проблема власти въ гражданскомъ правѣ. (отчасти воспроизведенная въ настоящей главѣ), и статья Навіаскаго: *Forderungs- und Gewaltverhältnis* въ *Festschrift für Zitelmann*. О ней см. ниже въ текстѣ.

подчиненія одного человѣка другому. Выясненіе предѣловъ и сущности властвованія въ частномъ правѣ составляетъ прямую задачу науки и одну изъ проблемъ, настоятельно требующихъ принципиальнаго разрѣшенія. Выполненіе этой задачи въ полномъ объемѣ лежитъ внѣ рамокъ нашей темы: оно должно составить предметъ спеціального изслѣдованія. Мы-же только попытаемся прослѣдить въ самыхъ общихъ чертахъ эволюцію юридической мысли и правовыхъ воззрѣній по данному вопросу и такимъ путемъ подготовить почву для опредѣленія хозяйской власти, какъ института частнаго права.

## I.

Слово «власть» ни въ наукѣ, ни въ законодательствѣ не имѣетъ значенія точнаго юридическаго термина<sup>1)</sup>. Имъ или вообще обозначается содержаніе субъективнаго права, господство воли надъ любымъ объектомъ<sup>2)</sup>, или же фактическая возможность располагать извѣстнымъ предметомъ или лицомъ<sup>3)</sup>. Сообразно съ этимъ «власть надъ

<sup>1)</sup> См. Л. Н. Толстого, *Война и миръ* (соч. изд. 8-е. томъ IV), стр. 441... «власть есть слово, значеніе котораго намъ непонятно». Петражицкій, *Теорія права и государства* (2-е изд.), стр. 202. Слова «власть» и «господство» въ теперешней юридической литературѣ имѣютъ характеръ не научно фиксированныхъ съ точки зрѣнія объема и содержанія терминовъ, а скорѣе словъ для всевозможнаго употребленія въ различнѣйшихъ областяхъ права безъ ясно опредѣленнаго смысла. Ср. также В. Нечаева въ *Энци. слов. Брокгауза и Ефрона*, сл. «Власть въ гражданскомъ правѣ», Pfaff и Hoffmann въ *Rechtswörterbuch Holtzendorff's a. v. „Gewalt“*.

<sup>2)</sup> См. напр. Fuchta, *Institutionen* (10 Aufl.), стр. 8: Wir gebrauchen das Wort Recht... für die Herrschaft oder Macht, die der Person über einen Gegenstand gegeben ist, Ihering, *Geist d. röm. Rechts*, II, стр. 140: „Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältniss... ist Willensmacht, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse sind Unterschiede der Herrschaft“. Windscheid, *Pand.* § 37, Unger, *System I*, стр. 240. Contra Schlossmann, *Der Vertrag*, § 245, Шершеневичъ, *Учеб. русск. гражд. пр.* (10-е изд.), стр. 81.

<sup>3)</sup> Шершеневичъ, *Общая теорія права*, стр. 605 сл. и стр. 206: «Власть есть возможность навязывать свою волю другому или другимъ, подчинять своей волѣ волю другихъ, заставлять другихъ сообразовать свое поведеніе



человѣкомъ» разсматривается или какъ разновидность субъективнаго права или какъ бытовое явленіе, служащее лишь источникомъ и предположеніемъ для возникновенія разнаго рода правоотношеній. Второе мнѣніе исходитъ изъ положенія, что право не опредѣляетъ содержанія власти, а только условія ея возникновенія и признанія. Оно, по словамъ Теринга <sup>1)</sup>, «только извнѣ нажимаетъ на стѣжки правоотношенія и тѣмъ самымъ ограничиваетъ содержащуюся въ немъ власть». Такъ напр. юридическое содержаніе институтовъ семейственнаго права, по ученію Савиньи, исчерпывается «опредѣленіемъ предположеній, при которыхъ такое правоотношеніе становится возможнымъ, возникаетъ и прекращается» <sup>2)</sup>. Между членами семьи, какъ индивидами, существуетъ только «семейно-этическая» связь. Юридическая сторона семейственнаго права, по его мнѣнію, сводится къ критязанію обладателя семейной власти обращенному ко всѣмъ членамъ общезжитія, на признаніе ими этой власти.

Изложенный взглядъ основанъ на противопоставленіи этическихъ явленій правовымъ, фактическаго содержанія отношеній между людьми—юридическому. Критеріемъ служитъ характеръ нормы, регулирующей данное явленіе. Поскольку оно регулируется правовыми нормами, оно относится къ области права, поскольку другимъ—къ области фактовъ. Такой критерій, однако, нельзя

---

съ волею властвующаго, вводитъ свою волю однимъ изъ существенныхъ мотивовъ, опредѣляющихъ поведеніе другого». Коркуновъ, Русское госуд. пр. (7-е изд.), стр. 24: «власть есть сила, обусловленная сознаниемъ зависимости подвластнаго», Bierling, Zur Kritik d. jurist. Grundbegriffe, стр. 48: „Macht ist im allgemeinen das Vermögen mit einem Ding zu machen, was man will“. Ср. также Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts (1869), стр. 13. Herzfelder ук. соч., стр. 6 сл., 10 сл.

<sup>1)</sup> Geist, d. röm. Rechts, II, 1, стр. 295.

<sup>2)</sup> System, I, стр. 352. Дальн. литер. указанія см. у Павласкаго, стр. 6 сл.

признать правильнымъ. Одни и тѣ же явленія могутъ быть предметомъ юридическихъ и этическихъ нормъ. Между тѣми и другими нормами обыкновенно не существуетъ антагонизма. Поэтому изъ того обстоятельства, что власть покоится на естественныхъ и этическихъ основаніяхъ, еще не вытекаетъ необходимость признать ее только бытовымъ явленіемъ и въ этомъ смыслѣ противопоставить ее праву. Такое противопоставленіе въ томъ только случаѣ было бы правильнымъ, если бы власть являлась юридически прелевантнымъ фактомъ, т. е. съ нею ни въ нашемъ правосознаніи, ни въ законѣ не связывалось представленіе о правахъ и обязанностяхъ, или же если бы всякая сила, дающая одному лицу фактической перевѣсъ надъ другими, независимо отъ того, проявляется ли она правомѣрно или нѣтъ, признавалась властью. Ни одному изъ этихъ условій понятіе о власти въ современной жизни не удовлетворяетъ.

Власть родителей, мужа, хозяина, опекуна, кашгана отнюдь не представляется нашему правосознанію ни стихійнымъ явленіемъ, съ которымъ мы миримся по необходимости, ни порядкомъ, которому подчиниться намъ велитъ исключительно нравственный долгъ. Власть принадлежитъ имъ по праву, составляетъ ихъ прерогативу по отношенію къ подвластнымъ и это одинъ, — подчасъ главный, — мотивъ повновенія. Законодательства же, хотя и не опредѣляютъ исчерпывающимъ образомъ содержанія власти, а оставляютъ нѣкоторый просторъ для ея автономнаго проявленія, отнюдь не отказываются отъ ея нормировки. Они опредѣляютъ ея предѣлы, иногда подчиняютъ ее извѣстному контролю и, главное, вносятъ въ нее существенные коррективы въ видѣ возлагаемыхъ на ея обладателя обязанностей. При такихъ обстоятельствахъ нѣтъ основанія говорить объ прелевантности власти съ точки зрѣнія права.



Отождествленіе понятій власти и силы перѣдко встрѣчается въ литературѣ. Этому способствуютъ отчасти обычное словоупотребленіе, отчасти перенесеніе въ современное право представленій, сложившихся въ прежнія историческія эпохи. Властью называется не только отношеніе государства къ подданнымъ, родителей къ дѣтямъ и т. д., но также разбойника къ своей жертвѣ, ростовщика къ неоплатному должнику и т. п. Говорятъ, даже, о власти красоты, нужды, страсти и пр. Нельзя, наконецъ, не считаться съ тѣмъ историческимъ фактомъ, что государственныя и другія власти, какъ фактическія явленія, существовали задолго до ихъ правовой нормировки и что на раннихъ ступеняхъ правовой культуры они разсматривались какъ сила, проявленію которой не ставились правовые предѣлы. До сихъ поръ еще многіе государствовѣды видятъ специфическій признакъ государственной власти или въ фактически присущей ей возможности проявленія силы<sup>1)</sup> или же въ томъ, что ея источникъ кроется въ ней самой, а не въ добровольномъ согласіи подчиненныхъ<sup>2)</sup>. Отождествленіе власти во всѣхъ ея видахъ съ силою защищается Герцфельдеромъ въ выше указанной монографіи. Онъ опредѣляетъ власть какъ «фактическую мощь, способную подавлять чужую волю или же подвергать ее—непремѣнно внѣшними средствами—воздѣйствію» (стр. 10). Объ «отношеніи властвованія», по его мнѣнію, только тогда можетъ быть рѣчь, «когда власть охватываетъ извѣстную сферу и обладаетъ внѣш-

---

<sup>1)</sup> См. напр., Seydel, Grundzüge einer allg. Staatslehre (1873), его же Vorträge aus dem allg. Staatsrechte въ „Annalen d. deutsch. Reiches“ за 1898 г., стр. 322 сл.; А. Аффольтеръ, Основныя черты общаго государственнаго права (Казань 1895 г.) стр. 21. Ср. Nawiasky, стр. 14 сл.

<sup>2)</sup> Это ученіе наиболее подробно обосновано и развито Розиннымъ (H. Rosin) въ „Annalen d. deutsch. R.“ за 1884 г., стр. 268 сл. См. также Kehm тамъ же за 1885 г., стр. 151 сл., Laband, Staatsrecht (5-е изд.), т. I, стр. 65 сл. и ниже въ текстѣ.

ними средствами для принужденія» (стр. 6) <sup>1)</sup>. Исходя изъ этихъ предпосылокъ, онъ утверждаетъ, что власть не можетъ разсматриваться какъ субъективное право, и не является юридическимъ институтомъ.

Изложенное ученіе построено на представленіи о какомъ то непрерывномъ воздѣйствіи одного человѣка на другого, покоряющагося ему по принужденію. Это представленіе не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Власть существуетъ не только въ тѣ моменты, когда она проявляется во внѣ и не только при наличности соотвѣтствующаго фактическаго соотношенія силъ. Она—опредѣленное психическое состояніе, при которомъ одно лицо считаетъ себя въ правѣ требовать повиновенія и другіе признаютъ за нимъ такое право <sup>2)</sup>. Съ этимъ соглашаются также нѣкоторые ученые, отождествляющіе власть съ силою. Такъ напр. Коркуновъ, опредѣляя власть какъ силу, оговаривается, что «для властвованія требуется только сознаніе зависимости, а не ея реальность» <sup>3)</sup>. Но 1) власть, основывающаяся на такомъ сознаніи, есть психическая реальность; 2) отнюдь не безразлично, чѣмъ вызывается сознаніе зависимости. Мы очень часто видимъ, какъ дѣти подчиняются родителямъ, подданные—государству, слуги—хозяевамъ безъ мысли о возможности принужденія и даже тамъ, гдѣ возможность такого принужденія вовсе не существуетъ. Имъ руководить пред-

---

<sup>1)</sup> Ср. также Roguin, *La Règle de droit* (1869) стр. 266: „Toujours et partout, quand une loi reconnaît à une personne quelconque, fût-ce même à un degré extrêmement faible le pouvoir de diriger ou contraindre l'être corporel d'un autre individu d'une façon immédiate, par un contact direct, et sans se préoccuper des résistances morales ou physiques de celui-ci, il y a, dans la mesure seulement où cela a lieu, droit de puissance ou de famille“.

<sup>2)</sup> Ср. Bierling, *ук. соч.* I, § 43 сл.; Петражицкій, *ук. соч.*, стр. 198 сл., Кокорыкинъ, *Лекціи по общему государственному праву* (изд. 2-е), стр. 68 сл., Bekker, *System des heut. Pandektenrechts*, I, стр. 50.

<sup>3)</sup> Указ. соч., стр. 24.



ставленіе о долгѣ, объ обязанности, а не о силѣ. Подчиняющійся требованію разбойника, наоборотъ, дѣлаетъ это исключительно изъ страха, хотя онъ ясно сознаетъ что онъ не обязанъ его выполнить. По отношенію къ правомѣрной власти подчиненные сознаютъ не только свою зависимость, но также право другого лица требовать отъ нихъ въ извѣстныхъ предѣлахъ послушанія. Въ этомъ последнемъ обстоятельстве и заключается критерій для разграниченія власти, какъ юридически релевантнаго факта, отъ случаевъ фактическаго использования своей силы, своего перевѣса надъ другимъ человекомъ, составляющихъ либо правонарушеніе, либо явленіе съ правовой точки зрѣнія безразличное.

Опредѣленіе власти какъ фактическаго состоянія или какъ силы такимъ образомъ совершенно не выясняетъ сущности этого понятія. Посмотримъ теперь, что въ этомъ направленіи достигается ученіемъ, что власть надъ человекомъ составляетъ одинъ изъ видовъ субъективныхъ правъ. Понятіе субъективнаго права не вполне выяснено и возбуждаетъ нескончаемыя разногласія. Въ наукѣ высказываются серьезныя сомнѣнія въ правильности господствующихъ ученій<sup>1)</sup>, даже въ возможности<sup>2)</sup> и цѣлесообразности<sup>3)</sup> самой концепціи. Трудно также говорить въ настоящее время о какой-нибудь общепринятой классификаціи субъективныхъ правъ. Большею частью мы въ учебникахъ находимъ не одно, а нѣсколько скрещивающихся и построенныхъ на различныхъ критеріяхъ

1) См. напр., Петражицкаго, указ. соч. II § 28.

2) Ср. Bekker, System I, стр. 49.

3) Особенно энергичную борьбу противъ построенія субъективнаго права ведетъ въ последнее время Léon Duguit. См. его L'état, le droit objectif etc. (1901) стр. 140 сл., Le droit social etc. (1908) стр. 14 сл., Les transformations générales du droit privé (1912). См. по поводу его ученія Hauriou, Manuel de droit constitutionnel (1907) и Principes de droit public (1910) стр. 64 сл., бар. А. Э. Нольде въ „Вѣстн. Гражд. Права“ № 1, стр. 31 сл.



дѣлений, какъ-то на абсолютныя и относительныя, на вещныя и личныя, на имущественныя права, права надъ чужою и надъ собственной личностью. При этомъ права надъ чужою личностью въ области гражданского права обыкновенно отождествляются съ семейными правами.

Одинъ изъ отличительныхъ признаковъ послѣднихъ господствующее мнѣнiе видитъ въ томъ, что управомоченный надѣляется ими не какъ обособленный индивидъ, не въ видахъ расширенiя его личной правовой сферы, а въ интересахъ семейнаго союза, т. е. естественнаго или произвольнаго единенiя людей, удовлетворяющаго потребности каждаго изъ нихъ въ дополненiи его личности <sup>1)</sup>. Въ чемъ же однако заключается юридическое значенiе этой особенности, какова связь между нею и юридическою природою семейныхъ правъ? Видншейдъ, мнѣнiе котораго раздѣляется очень многими, видитъ эту связь въ слѣдующемъ: правопорядокъ застаётъ семью какъ союзъ лицъ, объединенныхъ нравственными обязанностями. Семейныя права признаются правопорядкомъ ради этихъ обязанностей, которыя такимъ образомъ являются въ данномъ случаѣ главнымъ, доминирующимъ элементомъ, а не—какъ въ другихъ случаяхъ,—оборотною стороною права. Видншейдъ, впрочемъ, оговаривается, что сказанное не соотвѣтствуетъ первоначальнымъ возрѣнiямъ римскаго права, по которымъ власть отца и мужа не отличалась отъ правъ, принадлежавшихъ управомоченному ради собственныхъ его интересовъ. Болѣе определенно и конкретно высказываетъ ту же мысль Ней-

---

<sup>1)</sup> См. Unger, System I, стр. 215, Windscheid, Pand. I § 39: Die persönlichen Rechte sind entweder Machterweiterungen der Person als solcher, ihr verliehen um ihretwegen, oder sie sind Ausflüsse einer Familienverbindung, in welcher die Person steht. Regelsberger, Pand., стр. 203: Die Familienverhältnisse zeigen uns die Subjekte als Glieder eines Verbandes. Arndts, Pand. § 55, Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866), стр. 28 и др.



перъ: «Одной общности домашней жизни, говорить онъ, еще недостаточно для характеристики семейныхъ правъ или точнѣе — «правоотношеній семейной жизни» (Нейнеръ отождествляетъ эти два понятія). Имъ еще свойственна «естественная тенденція, въ силу которой одно лицо ставится подъ покровительство и поэтому (!) также подъ — по меньшей мѣрѣ соответствующую покровительству — власть другого лица» <sup>1)</sup>). Власть, по его мнѣнію, санкціонируется и охраняется отъ посягательства третьихъ лицъ какъ положеніе, коимъ глава семейства надѣляется по отношенію къ подчиненнымъ членамъ семейнаго союза ради ихъ защиты.

Изложенныя ученія изображаютъ семейныя «права» или семейную власть какъ неразрывное сочетаніе, въ лицѣ главы семейнаго союза, правъ и обязанностей, вытекающихъ изъ идеи и цѣли этого союза. Но такому представленію, по господствующему словоупотребленію, болѣе соответствуетъ терминъ «правоотношеніе», чѣмъ «субъективное право», ибо рѣчь идетъ не только о томъ, чѣмъ надѣляется управомоченный, а о всемъ юридическомъ содержаніи отношенія между двумя лицами <sup>2)</sup>).

Болѣе существенно другое сомнѣніе, на которое наводитъ это ученіе. Семейный союзъ не единственный, построенный на авторитарныхъ началахъ, т. е. на власти и подчиненіи, союзъ, составляющій предметъ частно-правовой нормировки. Такого же характера имѣетъ громадное большинство хозяйственныхъ предпріятій и домашнее хозяйство, когда въ ихъ составъ входятъ наемные

<sup>1)</sup> Указ. соч., стр. 30.

<sup>2)</sup> Gierke, *Deut. Privatr.* I, стр. 255. Duguit, *L'état* стр. 203 сл., утрируя эту мысль, совершенно устраняетъ изъ семейной власти субъективный элементъ. Онъ опредѣляетъ ее, какъ „un pouvoir objectif, pouvoir général, continu, transformable et auquel on ne peut pas renoncer“. Ср. Hölder, *Natürl. und jurist. Personen* (1905) стр. 75 сл. и его же *Subjectives und objektives Recht*.

работники. Во всѣхъ этихъ случаяхъ власть очевидно не можетъ черпать свою силу въ семейномъ союзѣ и объединяющей его членовъ естественной или этической связи. Необходимо, слѣдовательно, исходить изъ болѣе общаго, родового понятія «власти надъ человекомъ», по отношенію къ которому и семейная и хозяйская власти являются понятіями видовыми.

Намеки на существованіе такого болѣе общаго понятія мы въ литературѣ встрѣчаемъ довольно часто. Уже Савиньи <sup>1)</sup> различалъ, на ряду съ «естественными семейными институтами», искусственные, т. е. созданные положительнымъ правомъ по типу первыхъ. Нейперъ прямо указываетъ <sup>2)</sup>, что «семейныя отношенія не единственныя частноправовыя отношенія власти и покровительства», но утверждаетъ, что «для современнаго римскаго права только первыя имѣютъ значеніе правоотношеній». Однако, прибавляетъ онъ, «мы не должны скрывать, что родовое понятіе о частноправовомъ отношеніи власти и подчиненія, однимъ изъ видовъ которыхъ являются семейныя отношенія, могло бы быть болѣе плодотворно использовано».

У цѣлаго ряда юристовъ мы въ общей части гражданскаго права находимъ среди видовъ субъективныхъ правъ особую категорію «правъ надъ чужою личностью». Уже Пухта <sup>3)</sup> упоминаетъ о нихъ, противопоставляя ихъ

---

<sup>1)</sup> System, § 55. Ср. также Kuntze, Systemati juris civilis hodierni doctrina de jure tutelae (1851). Онъ учитъ, что на ряду съ обязательственными и семейственными отношеніями существуетъ категорія „особыхъ обязательствъ смѣшанныхъ съ подчиненіемъ домашней власти“, къ которымъ онъ относитъ опеку, отношенія между хозяевами и слугами, мастеромъ и учениками, капитаномъ и экипажемъ. Подобная систематизація нерѣдкое явленіе въ учебникахъ германскаго и англо-американскаго права. Ср. напр., Walter, Deutsches Privatrecht, § 90 сл., Eversley, Law of the domestic relations (3-е изд. 1906).

<sup>2)</sup> I. с. стр. 40.

<sup>3)</sup> Institutionen (1-е изд. 1841 г., 10-е изд. 1891 г.), § 30.



правамъ на чужія дѣйствія и правамъ на собственную личность. Ихъ специфическая особенность, учить онъ, тѣсно связана съ особенностью ихъ объекта,—человѣческой личности,—и заключается въ томъ, что подчиненіе тутъ не можетъ быть столь полнымъ, какъ подчиненіе вещи, не можетъ охватить всей личности въ цѣломъ. «Всякое право надъ человѣкомъ есть частичная власть», и велѣдствіе этого заключаетъ въ себѣ «возможность взаимной власти». «Элементъ взаимности присущъ всякому настоящему и чистому праву надъ личностью въ томъ смыслѣ, что управомоченный въ то же время состоить объектомъ чужого, хотя и не того же права. Благодаря этому, личность, находясь подъ властью, сохраняется и избѣгаетъ участи вещи, т. е. полного поглощенія» <sup>1)</sup>).

Пухта, также какъ Виндшейдъ, подчеркиваетъ связь «правъ надъ личностью» съ лежащими на ихъ обладателѣ обязанностями и тѣмъ самымъ квалифицируетъ ихъ, въ сущности, какъ правоотношенія. Терминъ «взаимность» имъ употребляется не въ обычномъ смыслѣ синаллагмы, а означаетъ, что власть надъ человѣкомъ по своей природѣ порождаетъ права не только для властвующаго, но также для подвластнаго <sup>2)</sup>). Пухта объясняетъ это естественными свойствами человѣческой личности. Однако Пухта не даетъ отвѣта на вопросы, чѣмъ «право надъ человѣкомъ» отличается отъ обязательственнаго требованія и что, кромѣ формальнаго момента взаимности, входитъ въ это понятіе.

<sup>1)</sup> Тамъ же. 10-е изд., стр. 49.

<sup>2)</sup> Герберъ, воспользовавшійся ученіемъ Пухты для выясненія природы государственной власти, говоритъ о „Gegenrechte“, принадлежащихъ подданнымъ по отношенію къ носителю власти. См. „Grundzüge“, стр. 44 и „Beilage“ II. Ср. также Kohler, Lehrb. des bürg. Rechts (1906), I, стр. 448. Иначе понимаетъ слово „взаимность“ Шершеневичъ, Общая теорія, стр. 596.



Попытки разрѣшенія этихъ вопросовъ дѣлались и государствовѣдами и теоретиками права и цивилистами, но, за немногими исключеніями, либо примѣнительно къ одной только государственной власти, либо въ формѣ теоретическихъ обобщеній, въ связи съ относящимся къ отдѣльнымъ видамъ власти догматическими положеніями въ современныхъ законодательствахъ <sup>1)</sup>. Въ нашей юридической литературѣ взглядъ на власть, какъ на разновидность субъективныхъ правъ, наиболее подробно обоснованъ *Т. Т. Боконкинымъ* <sup>2)</sup>. Онъ усматриваетъ въ власти «спеціальнѣйшій видъ субъективнаго права, отличающійся отъ другихъ его видовъ тѣмъ, что дѣйствія, которыя составляютъ предметъ обязанности, не опредѣлены заранѣе нормой права, а опредѣляются въ извѣстныхъ предѣлахъ волею субъекта права». По мнѣнію этого ученаго, слѣдовательно, сущность власти заключается въ налич-

<sup>1)</sup> Rosin въ привед. выше сочиненіи, стр. 293, указываетъ, что „сущность и юридическая природа правъ господства (Herrschaftsrechte) по сравненію съ другими правами до сихъ поръ... не изслѣдованы“. Десять лѣтъ спустя. Еллинекъ, *Syst. d. subj. Rechte*, стр. 205 пишетъ: „Было бы достойно благодарности, еслибы различныя отношенія властвованія (Gewaltverhältnisse) не только, какъ это обыкновенно дѣлается, кратко намѣчались, а подвергались изслѣдованію въ ихъ взаимной связи“. Въ такомъ общемъ видѣ задача до сихъ поръ еще не разрѣшена. См. выше стр. 99 прим. 1. Сочиненіе проф. Байкова „Междувластные и властные отношенія“ при всей его оригинальности, мало способствуетъ выясненію юридической природы власти, такъ какъ оно подходит къ проблемѣ съ гносеологической, а не юридической точки зрѣнія. Интересный очеркъ С. Франка „Проблема власти“, напечат. въ „Вопросахъ Жизни“ (мартъ 1905 г.), названъ самимъ авторомъ „соціально-психологическимъ этюдомъ“. Юридической сущности понятія о власти и этотъ авторъ не затрогиваетъ. Даже Б. А. Бутяковскій, *Соціальныя науки права* (Москва 1916), разсматривающій ученіе о природѣ власти какъ методологическую проблему, изучаетъ только „сущность государственной власти“, потому что „власть всѣхъ остальныхъ соціальныхъ организацій нуждается для своего осуществленія въ санкціи и въ поддержкѣ со стороны государственной власти“. Однако, этого недостаточно для отождествленія юридической природы всѣхъ видовъ власти. Вопросъ о томъ, примѣнимы ли выводы автора относительно сущности государственной власти (см. ниже стр. ) къ власти родительской, хозяйственной и проч., остается открытымъ.

<sup>2)</sup> Лекціи, стр. 191 сл.



ности известнаго простора для автономнаго проявленія управомоченнымъ своей воли по отношенію къ подвластному, для «приказыванія», въ то время, какъ должникъ обязанъ только къ исполненію точно опредѣленныхъ дѣйствій. Его взглядъ имѣеть много общаго съ упомянутымъ нами выше ученіемъ Розина, Рема и др., усматривающихъ отличительный признакъ власти въ томъ, что она основывается на «собственномъ правѣ» властвующаго, а не на согласіи подвластнаго или на другомъ фактѣ.

Нѣтъ сомнѣнія, что съ понятіемъ о власти дѣйствительно соединяется представленіе о возможности въ известныхъ предѣлахъ «приказывать» т. е. односторонне опредѣлять требуемое отъ другого лица поведеніе, представленіе о своего рода бланкетныхъ обязанностяхъ подвластнаго. Когда договоромъ или закономъ точно предусмотрено все, въ чемъ конкретно должны проявляться дѣйствія обязаннаго, мы не говоримъ о «власти надъ человѣкомъ». Но нельзя утверждать обратнаго. Не всегда, когда управомоченному предоставленъ известный просторъ относительно «дѣйствій», совершенія которыхъ онъ можетъ требовать отъ обязаннаго лица, мы имѣемъ дѣло съ властью. Кредиторъ не только можетъ ничего не требовать или требовать меньше, чѣмъ ему слѣдуетъ; ему очень часто предоставляется выборъ мѣста или времени исполненія, выборъ между нѣсколькими дѣйствіями, вообще нѣкоторая свобода усмотрѣнія. Тѣмъ не менѣе нельзя говорить о власти надъ должникомъ. Съ другой стороны, содержаніе власти не исчерпывается возможностью требовать отъ подчиненнаго тѣхъ или другихъ дѣйствій. Властвующій опредѣляетъ въ известной мѣрѣ поведеніе подвластнаго, образъ и внѣшнія условія его жизни. Родители и опекуны заставляютъ дѣтей учиться и ходить въ церковь, отдають ихъ въ ученіе, опредѣляютъ вообще «родъ



жизни», мужъ сообщаетъ женѣ фамилію и состояніе, выбираетъ мѣсто жительства, разрѣшаетъ ей наниматься, хозяева распредѣляютъ время работы и отдыха, нерѣдко назначаютъ жилище, пищу и т. д. Поэтому то обстоятельство, что «дѣйствія, составляющія предметъ обязанности», устанавливаются одностороннею волею субъекта правъ, не характерно и недостаточно для юридическаго понятія о власти.

Устанавливая особую категорію субъективныхъ правъ «Herrschaftsrechte», Розинъ опредѣляетъ ихъ, какъ «права личности, вытекающія изъ ея собственной власти, права, существованіе которыхъ имѣетъ свое постоянное (fortdauernd) основаніе въ самихъ себѣ, т. е. въ признанной и нормированной (geordnet) правопорядкомъ волѣ властвующаго, но не въ волѣ обязаннаго лица»<sup>1)</sup>. Это опредѣленіе, какъ мы уже указывали выше, построено на ложномъ представленіи о санкціонированной закономъ силѣ. «Признанная и нормированная правопорядкомъ» воля властвующаго возводится въ «основаніе правъ» и въ источникъ обязанностей. Въ томъ, что управомоченный въ отведенной ему сферѣ самъ себѣ господинъ, что онъ ни отъ кого не зависитъ, по мнѣнію Розина, заключается «юридическій» признакъ права власти. Однако современныя законодательства отнюдь не ограничиваются узаконеніемъ воли властвующаго. Наоборотъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они признаютъ и нормируютъ власть, они, какъ мы увидимъ ниже, ставятъ ее въ опредѣленные правовыя рамки, направляютъ ее по опредѣленному руслу, устанавливаютъ лежащія на управомоченномъ обязанности, словомъ подчиняютъ ее — по крайней мѣрѣ въ области частнаго права — задачамъ той организаціи, въ предѣлахъ которой она главенствуетъ. Конструиро-

<sup>1)</sup> Rosin, I. с., стр. 299 сл. Ср. Nawiasky, ук. соч. стр. 17 сл.



ванное Розинымъ «право господства» построено на представлении о суверенномъ положеніи, въ смыслѣ независимости управомоченнаго отъ выше стоящей власти, т. е., въ сущности, на отрицательномъ признакѣ. Современныя правовоззрѣнія этимъ не удовлетворяются, а присоединяютъ къ нему другое представление: о связанности носителя власти опредѣленными правовыми нормами и опредѣленными задачами. То, что установленіе нормъ и опредѣленіе задачъ можетъ въ извѣстныхъ предѣлахъ входить въ компетенцію той самой власти, которая ими связывается, этому отнюдь не противорѣчитъ. Власть— государственная и частноправовая—должна дѣйствовать правомѣрно; иначе ея дѣйствія являются не актами власти, а актами произвола ея носителей. Она не должна впадать въ противорѣчіе со своими задачами; иначе она, съ точки зрѣнія права, не исполняетъ функцийъ власти, а злоупотребляетъ ими.

Сказанное относится также къ ученію Шершеневича<sup>1)</sup>. Возражая противъ квалификаціи власти, какъ воли, на томъ основаніи, что «власть предполагаетъ способность сдѣлать свою волю мотивомъ поведенія другихъ», и противъ ея отождествленія съ силою, потому что «можно имѣть силу и не имѣть воли властвовать», Шершеневичъ видитъ въ власти «комбинацію силы и воли». Сообразно съ этимъ онъ опредѣляетъ государственную власть, какъ «основанную на самостоятельной силѣ волю однихъ (властвующихъ) подчинить себѣ волю другихъ (подвластныхъ)». Однако ни государственная, ни какая-либо другая власть съ точки зрѣнія права не является волею, которая, опираясь на силу, можетъ творить, что ей угодно. Всякая власть составляетъ элементъ порядка и организаціи. Шершеневичъ такъ же, какъ Кокошкинъ,

<sup>1)</sup> Общая теорія, стр. 224.

односторонне выдвигаетъ моментъ простора, отведеннаго властвующему для проявленія своей воли, оставляя безъ вниманія не менѣе существенный для понятія о власти элементъ связанности властвующаго <sup>1)</sup>).

Ель изложенному ученію примыкаетъ также уже упомянутое нами новѣйшее изслѣдованіе Навіаскаго: «Обязательственное и властное отношеніе». По мнѣнію автора между правомъ властвованія и правомъ требованія нѣтъ «контрадикторной противоположности», а существуетъ только «количественная разница». Они содержатъ одни и тѣже элементы, но только въ неодинаковой степени. Въ подтвержденіе онъ ссылается на слова Виндшейда <sup>2)</sup>: «личныя права отличаются одно отъ другого тѣмъ, что власть воли (*Willensmacht*), которою они надѣляютъ управомоченнаго, можетъ быть болѣе или менѣе обширною. Когда власть воли повышена, то говорятъ о правѣ властвованія». Позаимствовавъ у Виндшейда это общее положеніе, авторъ, однако, расходится съ нимъ при опредѣленіи содержанія власти. Виндшейдъ, какъ мы видѣли (стр. 106), считаетъ доминирующимъ элементомъ въ понятіи о власти элементъ долга или связанности властвующаго. По мнѣнію-же Навіаскаго для власти характерно то, что «правопорядекъ оставляетъ извѣстныя рамки, заполняемыя управомоченнымъ, подвластный же только обязанъ подчиняться его волеизъявленіямъ, лежащимъ внутри

1) Ель какимъ практическимъ результатамъ приводитъ взглядъ на власть какъ на автономную волю, показываетъ ученіе французскаго юриста Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), стр. 600 сл. Онъ соединяетъ въ одну группу всѣ сдѣлки, устанавливающія частнопроводную власть (*autorité privée*) и относитъ сюда договоръ довѣренности, дареніе и завѣщаніе *sub modo*, оппративный легатъ, всякое соглашеніе, создающее монопольное положеніе (тресты), наконецъ всѣ договоры, которыми одна (экономически болѣе слабая) сторона только принимаетъ условія, диктуемыя другою или обязуется исполнять въ извѣстныхъ предѣлахъ все, что контрагенту угодно будетъ требовать.

2) *Pandekten I*, стр. 171.



этихъ рамокъ, и что подробности его обязанностей односторонне опредѣляются властвующимъ. Такія же точно правоотношенія, говоритъ Навіаскій, могутъ также возникать по волѣ самаго обязаннаго. Тогда она направлена на то, чтобы внутри установленныхъ рамокъ воля управомоченнаго опредѣляла лежащія на немъ обязанности. Въ этомъ случаѣ съ полнымъ основаніемъ можно говорить о подчиненіи или договорѣ подчиненія».

Навіаскій, такимъ образомъ, признаетъ, что обязательственное отношеніе и отношеніе властвованія имѣютъ не только различный объемъ, но также неодинаковое содержаніе. Характерное свойство послѣдняго онъ усматриваетъ въ томъ, что властвующій диктуетъ подвластному свою волю, односторонне опредѣляетъ его обязанности. Однако какъ разъ этотъ моментъ совершенно не характеренъ для права требованія и поэтому едва ли правильно утвержденіе, что между сравниваемыми двумя понятіями существуетъ одна только количественная разница. Содержаніе права требованія опредѣляется соглашеніемъ сторонъ или нормами положительнаго права. По отношенію же къ властвованію правопорядокъ и «договоръ подчиненія» только устанавливаютъ «рамки» или просторъ, заключаемый властвующимъ. Чѣмъ онъ при этомъ долженъ руководствоваться, какія на немъ лежатъ обязанности, эти вопросы Навіаскій обходитъ молчаніемъ. Сущность «права власти» и все его отличіе отъ права требованія, по его ученію, сводится къ тому, что управомоченный тутъ находится въ болѣе благопріятномъ положеніи, что онъ менѣе стѣсненъ и связанъ, чѣмъ кредиторъ по отношенію къ своему должнику.

Такою односторонностью должна по необходимости страдать всякая теорія, усматривающая во власти надъ человѣкомъ субъективное право. Коррективы, внесенные Виндшейдомъ (преобладаніе элемента долга), Пухтою



(взаимность), Бирлингомъ (активное подчиненіе со стороны другихъ лицъ) и другими <sup>1)</sup>, только подчеркиваютъ, что власть не есть ни охраняемая правопорядкомъ воля, ни сила, ни интересъ властвующаго, а своеобразное правоотношеніе между главою союза или соединенія и лицами, входящими въ его составъ. О «правѣ властвованія» можно было бы говорить лишь въ томъ случаѣ, если бы уполномоченный надѣлялся властью исключительно въ своемъ интересѣ. «Распоряженіе въ чужомъ интересѣ, говоритъ Коркуновъ <sup>2)</sup>, есть прежде всего обязанность. Элементъ права привходитъ тутъ лишь настолько, насколько распоряжающійся можетъ требовать подчиненія своимъ распоряженіямъ». Современное право не относится безразлично къ тому, какъ лицо, надѣленное частно-правовою властью, ею пользуется, и не полагается, подобно римскому праву, всецѣло на этику, религію и другія мотиваціонныя силы. Тѣмъ не менѣе подъ вліяніемъ римскаго права мысль современныхъ юристовъ еще упорно придерживается представленія о власти, какъ простора для автономнаго проявленія воли властвующаго лица.

Значительный шагъ впередъ по пути къ разрѣшенію нашей проблемы составляетъ ученіе проф. Петражицкаго. Этотъ ученый, въ связи съ обоснованною имъ психологическою теоріею, не различаетъ понятій права въ субъ-

<sup>1)</sup> См. напр. Kärger, Zwangsrechte (1882), стр. 211. Объединивъ все виды частноправовой власти въ одну группу подъ своеобразнымъ названіемъ „Hausrechte“, Кергеръ усматриваетъ ихъ отличительный признакъ въ томъ, что отъ обязаннаго лица можно требовать не только проявленія воли въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ, но также извѣстнаго направленія воли, напр. послушанія, любви, признательности и т. п.

<sup>2)</sup> „Госуд. право“, изд. 7-е, стр. 46. Коркуновъ, отвергая волевою теорію, признаетъ юридическимъ отношеніемъ не государственную или семейную власть, а само государство и семью. Власть онъ считаетъ „объектомъ государственнаго отношенія“ и отождествляетъ ее съ „дѣйствіями, въ которыхъ выражается осуществленіе власти“. См. литер. указ. на стр. 43 и въ добавочной главѣ редакторовъ, § 4 bis.



ективномъ смыслѣ, правоотношеній и правовыхъ обязанностей. Они сливаются у него въ единое понятіе объ извѣстнаго рода «эмоціональныхъ проекціяхъ», точнѣе о «долгахъ однихъ, закрѣпленныхъ за другими, въ смыслѣ проекціи на почвѣ императивно-атрибутивныхъ эмоцій» (§ 29). Власть, это одинъ изъ объектовъ, которыми императивно-атрибутивная психика надѣляетъ разныхъ субъектовъ, «особый видъ приписываемыхъ извѣстнымъ лицамъ правъ». «Мы можемъ опредѣлить подлежація права, говоритъ авторъ, какъ правоотношенія, состояція въ обязанностяхъ однихъ (подвластныхъ) исполнять извѣстныя или вообще всякія приказанія другихъ (надѣленныхъ властью) и терпѣть извѣстныя или вообще всякія воздѣйствія со стороны этихъ другихъ; обязанности этого содержанія закрѣплены за другими какъ ихъ права (притязанія на послушаніе и правомочія на соотвѣтственныя дѣйствія, напр. тѣлесныя наказанія, выговоры и т. п. по отношенію къ подвластнымъ)». Власть въ указанномъ смыслѣ подраздѣляется имъ 1) на общую и спеціальную, 3) на служебную или социальную и господскую. «Общія власти обнимаютъ правоотношенія, состояція изъ обязанности повиноваться всякимъ велѣніямъ другой стороны», и терпѣть всякія воздѣйствія, за исключеніемъ особо изъятыхъ. Спеціальныя обнимаютъ «ограниченныя опредѣленною областью поведенія обязанности однихъ—права другихъ». Подъ служебными или социальными властями авторъ подразумѣваетъ такія «власти съ которыми сочетаются (правовыя) обязанности заботиться о благѣ подвластныхъ или объ общемъ благѣ извѣстнаго общественнаго союза (семьи, рода, племени и т. д.) и которыя подлежатъ осуществленію въ предѣлахъ этой обязанности и какъ средство ея исполненія». Господскими онъ называетъ «власти, подлежація свободному пользованію со стороны господина для своихъ личныхъ, имущественныхъ

или иныхъ цѣлей и интересовъ». Въ первомъ случаѣ «субъектъ власти исполняетъ служебную роль по отношенію къ подвластнымъ или къ общественной группѣ, въ которой онъ надѣленъ властью для заботы объ общемъ дѣлѣ», во второмъ «субъектъ власти является цѣлью, а подвластные являются средствомъ, играютъ служебную роль». Къ «господскимъ» авторъ причисляетъ власть господина по отношенію къ рабу, помѣщика по отношенію къ крѣпостнымъ, «барина» и «хозяина» по отношенію къ батракамъ и служащимъ. «Въ составъ объективныхъ представленій сознанія соціально-служебныхъ властей входятъ представленія блага подвластныхъ или соціальной группы, служенія имъ или общему дѣлу, представленія, заключающія въ себѣ отвѣтственныя директивы для поведенія и ограниченіе сферы примѣненія подлежащихъ воздѣйствій на подвластныхъ, приказовъ, наказаній и пр.; между тѣмъ какъ въ составъ объективныхъ представленій сознанія господской власти, напр., по отношенію къ рабу, такихъ представленій и соответственныхъ директивовъ и ограниченій поведенія не имѣется»<sup>1)</sup>.

Проф. Петражицкій пытается дать общее, теоретически безупречное опредѣленіе, охватывающее всѣ виды власти надъ человѣкомъ, съ которыми мы встрѣчаемся въ исторіи права. Но современное правосознаніе уже болѣе не знаетъ ни рабства, ни крѣпостной зависимости, не допускаетъ ни безграничнаго повиновенія одного чело-

---

<sup>1)</sup> Авторъ противопоставляетъ право соціального служенія праву лично свободному (отъ служенія) и отождествляетъ первое съ публичнымъ и второе съ частнымъ правомъ (указ. соч., 2-е изд. § 50). Сообразно съ этимъ господскія власти отнесены имъ къ частному, а соціально-служебныя къ публичному праву. Мы не будемъ касаться этой стороны ученія проф. Петражицкаго, тѣсно связанной съ его оригинальной теоріей о централизаціи и децентрализаціи, какъ критеріяхъ для разграниченія частнаго и публичнаго права (ук. соч., стр. 706 и сл., „Lehre vom Einkommen“, т. II, стр. 462 сл.). Ср. Михайловъ, Новое ученіе о частномъ и публичномъ правѣ, въ „Юрид. Зап. Дем. Юрид. Лицея“, за 1912 г., вып. IV, стр. 567 сл.



вѣка другому, ни «терпѣнія всякихъ воздѣйствій». Оно принципиально не мирится съ превращеніемъ человѣческой личности въ средство для цѣлей другого человека дальше извѣстнаго предѣла и безъ должныхъ гарантій. Даже по отношенію къ наиболѣе обширной власти—государственной—повиновеніе требуется лишь въ опредѣленныхъ формахъ и границахъ, а терпѣніе воздѣйствія обязательно только при наличности опредѣленныхъ, установленныхъ объективнымъ правомъ, условій. За этими границами и внѣ этихъ условій подданные подчиняются не власти, а насилію. Даже самая «эгоцентрическая» власть—хозяйская—никогда, по праву, не охватываетъ всей личности подвластнаго человѣка, а только опредѣленные стороны, и не свободна отъ элемента обязанностей по отношенію къ послѣднему<sup>1)</sup>. Въ такомъ измѣненіи нашей правовой психики заключается одно изъ самыхъ цѣнныхъ завоеваній этической культуры и юристы-догматики при опредѣленіи понятія о власти въ современномъ правѣ не можетъ не считаться съ нимъ. Категоріи «общихъ» и «господскихъ» властей, о которыхъ говоритъ проф. Петражицкій, отошли въ область исторіи. Власть можетъ быть болѣе или менѣе обширною, но она въ настоящее время всегда обнимаетъ только «ограниченныя опредѣленною областью обязанности однихъ и

---

1) Съ другой стороны самыя «соціоцентрическія» власти, какъ государственная, опекунская, родительская всегда служатъ въ то же время личному интересу властвующаго, даютъ ему извѣстныя права, въ пользованіи которыми онъ лично заинтересованъ. Михайловъ въ указ. соч., стр. 599 сл. это упускаетъ изъ виду, усматривая разницу между «соціальнымъ или публичноправовымъ» служеніемъ и «частнымъ», въ томъ, что первое имѣетъ «соціоцентрическое», второе «эгоцентрическое» направленіе. Этотъ авторъ вноситъ цѣнный коррективъ въ ученіе проф. Петражицкаго указаніемъ, что во всякой власти содержится элементъ служенія, но и онъ не можетъ отрѣшиться отъ мысли, что господская (частноправовая) власть составляетъ «властвованіе безконтрольное, неограниченное по своей идѣ» (стр. 601).

права другихъ». Всякая власть въ современной правовой жизни есть социально-служебная функція и составляетъ элементъ организаціи, преслѣдующей извѣстныя, не безразличныя для общества и государства, цѣли. Власти, которою управомоченный надѣляется только «для своихъ личныхъ, имущественныхъ или иныхъ цѣлей и интересовъ», не существуетъ. Приведенныя проф. Петражицкимъ, въ видѣ примѣра, власти надъ прислугою, приказчикомъ, рабочимъ вовсе не принадлежатъ хозяину только ради удовлетворенія его интересовъ<sup>1)</sup>. Авторитарная организація хозяйственныхъ предприятий, по господствующимъ воззрѣніямъ, представляетъ въ то же время относительно лучшую форму для удовлетворенія интересовъ трудящихся, не имѣющихъ собственнаго капитала, и интересовъ народнаго хозяйства. Современное правосознаніе и дѣйствующія законодательства поэтому ставятъ «свободному пользованію» хозяйскою властью весьма ощутительныя предѣлы, нерѣдко подчиняютъ его государственному контролю и связываютъ хозяевъ законными обязанностями, не имѣющими ничего общаго съ ихъ личными интересами. Сущность и значеніе власти, какъ явленія правовой жизни и какъ фактора правовой цензурки, заключаются именно въ свойственномъ ей элементѣ социаль-

---

1) Предложенный авторомъ (стр. 729) способъ разспросовъ отцовъ семейства, съ одной стороны, и хозяевъ, съ другой, для установленія ихъ пониманія сущности ввѣренной имъ власти, далъ бы въ современномъ государствѣ, по нашему убѣжденію, существенно иные результаты, чѣмъ тѣ, которыхъ ожидаетъ авторъ. Глава крестьянской трудовой семьи въ не меньшей мѣрѣ считаетъ дѣтей принадлежащею ему рабочею силою, которою онъ располагаетъ „въ своемъ интересѣ“, чѣмъ любой хозяинъ своихъ наемныхъ слугъ, и наоборотъ глава хозяйственнаго предприятия едва ли станетъ утверждать, что онъ свободенъ отъ обязанностей по отношенію къ своимъ рабочимъ и служащимъ. Ходячая фраза, которую можно услышать отъ любого фабриканта или торговца, гласитъ: порядокъ, установленный мною въ моемъ дѣлѣ, и успѣхъ моего дѣла, пужны моимъ рабочимъ и служащимъ и даже государству не меньше, чѣмъ мнѣ самому.



наго служенія. Она не просто отношеніе, при которомъ одна сторона можетъ «приказывать» или «воздѣйствовать», а другая должна повиноваться и терпѣть. Она въ то же время составляетъ внутренній строй организаціи или союза, по общему убѣжденію необходимый или наиболѣе цѣлесообразный для осуществленія ими тѣхъ задачъ, ради которыхъ они существуютъ и охраняются правопорядкомъ.

Мысль, что власть надъ человѣкомъ составляетъ элементъ организаціи, имѣющей цѣлью способствовать осуществленію опредѣленныхъ соціальныхъ задачъ, уже не разъ высказывалась въ литературѣ, но особенно настойчиво и убѣдительно значеніе этого обстоятельства для правсой нормировки всѣхъ видовъ власти въ гражданскомъ правѣ подчеркивается Оттономъ Фирке. Въ своемъ классическомъ изслѣдованіи о германскомъ союзномъ правѣ <sup>1)</sup> онъ показалъ, какъ изъ двухъ ячеекъ, изъ рода и семьи, развились два типа ассоціацій людей: союзный и господскій. Въ первомъ носителемъ правовой сферы является вся совокупность участниковъ, во второмъ—господинъ, при чемъ первоначально его положеніе какъ главы союза, по господствовавшимъ воззрѣніямъ, сливалось съ его индивидуальною правовою сферою. Впослѣдствіи подъ вліяніемъ римскаго и каноническаго права союзныя и господскія образованія большею частью подводились юристами подъ корпораціи и учрежденія, иными словами, тѣ и другія стали разематриваться какъ юридическія лица. Однако въ жизни продолжали существовать «личноправовыя соединенія», не выступавшія въ оборотѣ какъ самостоятельные субъекты правъ и обязанностей, хотя они и составляли опредѣленные типы соціальной организаціи.

---

<sup>1)</sup> „Das deutsche Genossenschaftsrecht“, 3 тома (Berlin 1878—1883).

Въ другихъ сочиненіяхъ, посвященныхъ современному праву <sup>1)</sup>, Гирке доказывають, что «Personengemeinschaften» господскаго типа играютъ и въ дѣйствующемъ правѣ весьма крупную роль. Наука и законодательства только не обращаютъ должнаго вниманія на ихъ истинную природу, а либо втискиваютъ ихъ въ понятіе о юридической личности, либо расчленяютъ ихъ на рядъ индивидуальныхъ отношеній. Въ жизни, однако, по словамъ Гирке, мысль о личноправовомъ общеніи между властвующимъ и подвластнымъ мощно прокладываетъ себѣ дорогу. Законодательство развило ее въ рядѣ построенныхъ въ ней положеній (Folgesätze), но до сихъ поръ не рѣшалось принципиально признать ее. «Господскіе союзы, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ <sup>2)</sup>, отъ того, что ихъ не хотятъ замѣчать, не перестаютъ быть тѣмъ, чѣмъ они въ дѣйствительности являются».

Типами такихъ господскихъ союзовъ или, какъ Гирке ихъ называетъ, «соединеній въ силу господской власти (Gemeinschaften kraft herrschaftlicher Gewalt)» въ современномъ частномъ правѣ являются <sup>3)</sup>: домъ въ двухъ его развѣтвленіяхъ, — какъ семья и какъ отношеніе между домовладыкою и наемными слугами, — хозяйственные предпріятія и корабль. Во веѣхъ этихъ случаяхъ «сличность властвующаго расширяется присоединеніемъ къ ней соціальной сферы, въ которую подвластные входятъ частью своей личности». Насколько они въ нее входятъ, они подчиняются главѣ этой сферы, и онъ становится ихъ представителемъ... Его положеніе даетъ ему права,

---

<sup>1)</sup> См. особенно „Deutsches Privatrecht“ (1905), т. I, стр. 231 сл., 456 сл., § 79 и 80a, и „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzb. (1889)“, стр. 191 сл.

<sup>2)</sup> „Soziale Aufgabe des Privatrechts“, стр. 40. Ср. также „Genossenschaftstheorie“, стр. 803, прим. 3.

<sup>3)</sup> „Deut. Privatr.“, стр. 699 сл.



но также возлагаетъ на него обязанности: подвластные должны ему повиноваться и служить, онъ же долженъ имъ оказывать покровительство и попеченіе»<sup>1)</sup>). Осу-ществленіе власти и связанныхъ съ нею обязанностей въ значительной мѣрѣ обезпечивается средствами публичнаго права.

По мнѣнію Гирке правовая структура господскихъ союзовъ и въ современномъ правѣ все еще построена на представленіи о сочетаніи права личной власти съ представительствомъ и попеченіемъ<sup>2)</sup>). Съ этимъ, однако, трудно согласиться. Какъ ни цѣнно выясненіе исторической преемственности, едва ли возвращеніе къ отжившимъ формамъ средневѣкового права можетъ въ данномъ случаѣ способствовать пониманію природы власти при совершенно измѣнившихся политическихъ, соціальныхъ и культурныхъ условіяхъ современной жизни. Мы не видимъ также пользы отъ расчлененія властнаго отношенія на «право» господской власти и на господскія «обязанности» и отъ квалификаціи перваго какъ «расширенія личной сферы властвующаго присоединеніемъ къ ней соціальной сферы». Сущность власти, какъ правового явленія, заключается не въ расширеніи индивидуальной правовой сферы однихъ и ограниченіи другихъ, ибо это общее свойство всякаго правоотношенія, а въ томъ, что она является организующею силою внутри опредѣленной соціальной клѣтки или группы и тѣмъ самымъ служить

---

<sup>1)</sup> Тамъ же, стр. 701. Гирке понимаетъ представительство не въ узкомъ смыслѣ современнаго гражданскаго права, а въ болѣе широкомъ, въ какомъ этотъ терминъ употреблялся въ средніе вѣка и еще употребляется въ настоящее время въ публичномъ правѣ по отношенію къ носителю власти, т. е. въ смыслѣ компетенціи защищать ввѣренные интересы, соединенной съ отвѣтственностью „за подвластныхъ представляемыхъ“. „Als Vertreter der Gemeinschaft ist er mit Vertretungsmacht ausgerüstet, aber auch mit Haftung für die Gewaltunterworfenen belastet“.

<sup>2)</sup> Тамъ же, стр. 661 сл.

орудіємъ організаціонной функціи права. Однако, не смотря на уклоненіе въ сторону отжившихъ представленій, Гирке ведетъ науку и законодательства, на нашъ взглядъ, къ правильному и цѣлесообразному разрѣшенію проблемы. Для пониманія правовыхъ началъ, соответствующихъ природѣ власти, необходимо исходить изъ защищаемого имъ положенія, что власть есть одинъ изъ факторовъ, объединяющихъ людей въ личнопровые союзы и ввѣрена ея носителю ради осуществленія соціальныхъ функцій этихъ союзовъ <sup>1)</sup>).

Ученіями Петражицкаго и Гирке проблема власти надъ человѣкомъ перенесена на такую почву, гдѣ ея детальная научная разработка обѣщаетъ неизмѣримо болѣе цѣнные результаты, чѣмъ квалифіцированіе власти какъ силы или воли или какъ сочетаніе той и другой. Выдвинутая ими, какъ общій признакъ понятія о власти надъ человѣкомъ въ современномъ правѣ, идея общественнаго служенія лежитъ въ основаніи большинства новѣйшихъ ученій о государственной власти и о правовомъ государствѣ <sup>2)</sup>). Пред-

---

<sup>1)</sup> Исходныя положенія Гирке усвоены Штейнбахомъ и Бернатцикомъ. Ученія перваго мы уже коснулись выше (стр. 16). Ср. Emil Steinbach, *Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation* (1897); его же, „*Genossenschaftliche und herrschaftliche Verbände*“ (1901). Бернатцикъ въ „*Arch. für. öff. Recht.*“, т. V, разбирая вопросъ о юридической личности присутственныхъ мѣстъ, попутно (стр. 2, 5 сл.), указываетъ, что въ современномъ правѣ, на ряду съ юридическими лицами, существуетъ *Majoritätsverbände* и *Autoritätsverbände*. Къ послѣднимъ онъ причисляетъ семью, домашнее хозяйство, торговля и промышленныя предпріятія и корабль во время плаванія. Въ авторитарныхъ союзахъ объединеніе достигается такимъ путемъ, что внутри организациіи все подчиняется одной физической или коллективной волѣ. Это объединеніе и служитъ средствомъ для осуществленія общей цѣли, характеризующей данный союзъ какъ *Gemeinwesen* (стр. 240 сл.).

<sup>2)</sup> Идея общественнаго служенія опредѣленно формулирована Б. А. Кистяковскимъ въ упомянутомъ выше новомъ трудѣ: „Господство правовой идеи въ современномъ государствѣ выражается въ томъ, что всѣ дѣйствія власти въ немъ обуславливаются и регулируются правовыми нормами. Лица, облеченныя властью въ правовомъ государствѣ, подчинены правовымъ нормамъ одинаково съ лицами, не имѣющими власти. Они являются исполни-



ставленіе о власти, какъ соціальной функціи, отноудь не чуждо также дѣйствующему частному праву. Ею, какъ мы убѣдимся даже при бѣгломъ обзорѣ соотвѣтственныхъ институтовъ семейственнаго права, проникнуты правовыя воззрѣнія современныхъ культурныхъ народовъ на природу и предѣлы власти человѣка надъ человѣкомъ въ этой области <sup>1)</sup>.

18/1. 372

## II.

Гражданскіе кодексы, дѣйствовавшіе въ теченіе XIX вѣка, *expressis verbis* признаютъ возможность власти одного человѣка надъ другимъ только въ сферѣ семейныхъ отношеній. Семья какъ союзъ лицъ и какъ соціальная единица построена на принципѣ авторитета: главѣ ея принадлежитъ главенство надъ женою и дѣтьми. Элементъ права надъ чужою личностью входитъ также въ отношенія опекуна къ опекаемому, исторически и догматически близкія къ родительской власти. Отношенія между хозяевами и слугами принципиально разсматриваются какъ взаимныя обязательства равноправныхъ лицъ. Присущій имъ элементъ власти и подчиненія гражданскіе кодексы либо игнорируютъ, либо соединяютъ съ домашнею властью; тогда отношенія между хозяевами и слугами обыкновенно нормируются въ семейственномъ правѣ.

телями предписаній, заключающихся въ этихъ нормахъ. Власть является для нихъ не столько ихъ субъективнымъ правомъ, сколько ихъ правовой обязанностью. Эту обязанность они должны нести, осуществляя функціи власти, какъ известное общественное служеніе“ (стр. 479). См. также С. А. Котляревскаго, Власть и право (Моск. 1915) гл. I. Этотъ ученый выдвигаетъ и всесторонне освѣщаетъ „правовое самоограниченіе“, какъ критерій правового государства. Ср. *Dignité, L'état etc. chap. I et II*, П. А. Покровскаго (Юрид. Зап. Демид. Юр. Лицея за 1914 г. вып. III и IV): О госуд. власти.

1) Ср. R. de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil* (1906) chap. X. I. А. Покровскаго, Основныя проблемы гражд. права (Итоги науки) гл. X.

Совершенно въ сторонѣ гражданскіе законы, наконецъ, оставляютъ тѣ разновидности хозяйской власти, въ которыхъ преобладаетъ публичноправовой элементъ: положеніе лицъ, состоящихъ на службѣ у государства или въ общественныхъ учрежденіяхъ и отношенія между капитаномъ или шкиперомъ и экипажемъ. Первые составляютъ предметъ публичнаго права, вторыя отнесены къ морскому праву.

Сущность семейной власти опредѣляется всѣми кодексами прошлаго вѣка приблизительно въ однихъ и тѣхъ же выраженіяхъ. Мужъ—глава семейнаго союза <sup>1)</sup>, глава семьи <sup>2)</sup>, жена и дѣти должны ему повиноваться <sup>3)</sup>. Власть надъ дѣтьми жена раздѣляетъ съ нимъ, но при разногласіи его мнѣніе имѣетъ рѣшающее значеніе <sup>4)</sup>. Такова общая схема внутренняго строя семьи. Однако провозглашеніе принципа главенства мужа въ семьѣ еще не даетъ яснаго и точнаго представленія о юридической природѣ семейной власти. Исторія этого института и сравненіе его постановки въ правѣ отдѣльныхъ народовъ доказываютъ, что характеръ, содержаніе и объемъ этого главенства могутъ быть весьма различны. Римскіе юристы также, какъ современные, говорили, что *pater familias appellatur, qui in domo dominium habet* <sup>5)</sup>, но слова *domi-*

1) Прусское ALR. I § 184. „Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft“...

2) Австр. ABGB. § 91. „Der Mann ist das Haupt der Familie“.

3) „Code civil“, art. 213. „La femme (doit) obéissance à son mari“, Ср. titre IX, „de la puissance paternelle“. „Св. Гр. Зак.“ ст. 107: „жена обязана повиноваться мужу своему какъ главѣ семейства...“ и гл. II: О власти родительской.

4) Это положеніе въ западныхъ кодексахъ высказывается *expressis verbis*, (прусское § 184, австр. § 147, „Code civil“ art. 373). Нашъ законъ молчитъ, а въ литературѣ мнѣнія расходятся. См. Анненкова, Система рус. гражд. права, т. V, стр. 200 сл.; В. И. Синайского, Личное и имущественное положеніе замужней женщины (1910), стр. 199 сл.; Б. В. Попова, Мужъ—глава семейства, въ „Правѣ“ за 1912 г., №№ 50 и 51, и указанную тамъ литературу вопроса.

5) Dig. 50, 16 l. 195 § 3.



num, potestas, manus въ ихъ устахъ имѣли совершенно особый смыслъ. Ими обозначалась юридическая возможность располагать чужою личностью какъ средствомъ для своихъ цѣлей, какъ объектомъ субъективнаго права. Подвластные были юридически свободными людьми, но ихъ правовая личность въ известной мѣрѣ поглощалась тяготѣвшею надъ ними властью; они становились *personae alieni juris*. Глава дома не подлежалъ никакому контролю и формально не былъ обязанъ считаться съ интересами подвластныхъ. Такое представленіе о семейной власти въ Римѣ теоретически сохранилось до послѣдняго времени, хотя фактически ея характеръ и область ея примѣненія подверглись существеннымъ измѣненіямъ. Браки *sine manu*, т. е. съ подчиненіемъ власти мужа уже въ эпоху XII таблицъ не были единственною формою брака, а ко времени христіанскихъ императоровъ они совершенно вышли изъ употребленія. При бракѣ *sine manu* жена сохраняла личную и имущественную самостоятельность, а власть мужа сводилась къ тому, что онъ могъ истребовать ее отъ третьихъ лицъ, удерживавшихъ ее противъ его воли. По отношенію къ дѣтямъ власть отца уже въ самый ранній періодъ не могла умалять ихъ публичныхъ правъ. Экономической эксплуатаціи нисходящихъ посредствомъ *отдачи in manus* очень рано были поставлены опредѣленныя границы, право надъ жизнью и свободою дѣтей было отнято у отца, право наказанія было значительно урѣзано. Съ другой стороны право подвластныхъ дѣтей имѣть свое имущество и свободно распоряжаться имъ все расширялось, такъ что и они со временемъ могли достигнуть полной имущественной самостоятельности. Въ императорскій періодъ даже бывали случаи освобожденія дѣтей отъ отцовской власти, какъ наказаніе за злоупотребленіе ею <sup>1)</sup>, и уча-

<sup>1)</sup> См. Dig. 37, 12 1. 5.

щались случаи вмѣшательства магистратовъ въ споры между отцомъ и дѣтьми. Этика и общественное мнѣніе, въ свою очередь, значительно смягчали суровость юридической постановки семейной власти. Имѣются многочисленные доказательства, что римскій домовладыка, по господствовавшему воззрѣнію, отнюдь не былъ свободнымъ отъ всякихъ обязанностей по отношенію къ подвластнымъ, а долженъ былъ считаться съ ихъ интересами. Терингъ, быть можетъ нѣсколько преувеличиваетъ, утверждая, что власть домовладыки разсматривалась какъ «ввѣренная ему государствомъ должность, за правильное веденіе которой онъ несъ отвѣтственность<sup>1)</sup>. Но нѣтъ сомнѣнія, что злоупотреблявшіе властью домовладыки встрѣчали отпоръ со стороны цензоровъ и осуждались общественнымъ мнѣніемъ, ибо *patria potestas*, по словамъ юриста Марціана, должна была проявляться не въ жестокостяхъ, а въ любовномъ отношеніи къ подвластнымъ<sup>2)</sup>. Однако эти требованія въ Римѣ относились къ области нравовъ и совершенно не отразились на юридической концепціи семейной власти. Еще Гай, юристъ II вѣка, говоритъ, что власть римскаго *patris familias* представляетъ собою нѣчто совершенно исключительное, и что подобной ей не знаетъ ни одинъ народъ<sup>3)</sup>.

Такой же абсолютный характеръ первоначально имѣла также опекунская власть. Опека учреждалась на первыхъ порахъ въ виду заинтересованности сородичей въ цѣлости имущества подопечнаго, а не ради послѣдняго. Но тутъ мысль о защитѣ опекаемаго и о соціальномъ характерѣ института очень скоро взяла верхъ и получила опредѣ-

1) Geist des röm. R. II. 1, стр. 197.

2) Dig. 48. 9. l. 5 ...*patria potestas* .in pietate debet non atrocitate consistere.

3) Gaius l. 55 ...*quod jus proprium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*



ляющее значеніе для его юридической природы <sup>1)</sup>). Опекѣ постепенно превратилась въ *munus publicum*, въ публичную должность, отъ принятія которой нельзя было отказываться безъ законнаго основанія. Уже въ концѣ республики юристъ Руфъ опредѣляетъ ее какъ «власть надъ свободнымъ человѣкомъ, созданную для того, чтобы охранять тѣхъ, кто по малолѣтству сами себя защищать не могутъ» <sup>2)</sup>). Подобными же мотивами римскіе юристы объясняли существованіе опеки надъ неподвластными женщинами. Законъ, по ихъ словамъ, ограждаетъ женщину отъ ея собственной неопытности и легкомыслія <sup>3)</sup>).

Совершенно другое понятіе о семейной власти мы находимъ въ позднѣйшемъ средневѣковомъ правѣ западныхъ народовъ <sup>4)</sup> и въ русскомъ правѣ московскаго и слѣдующихъ періодовъ <sup>5)</sup>). Мысль о полномъ поглощеніи правовой личности подвластныхъ, о полномъ отождествле-

1) Уже въ эпоху XII таблицъ родителямъ предоставлялось право назначенія опекуновъ въ завѣщаніи, а позднѣе, при отсутствіи завѣщательнаго распоряженія, ихъ назначали магистраты. Веденіе опеки находилось подъ своего рода общественнымъ надзоромъ. Растрата имущества могла влечь за собою уголовное преслѣдованіе (*accusatio suspecti tutoris*) со стороны любого гражданина и устраненіе опекуна, а также деликтный искъ о возмѣщеніи убытковъ въ двойномъ размѣрѣ. Впослѣдствіи этотъ контроль принялъ болѣе опредѣленныя формы. Надзоръ за опекуномъ возлагается на особаго магистрата и опекуны подвергались цѣлому ряду ограниченій.

2) Dig. 26, 1, l. 1 pr. Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit. iure civili data ac permissa.

3) Cicero, Pro Murena, 27: mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt. Гаѣ. I, 44 ...propter animi levitatem.

4) Ср. Viollet, Histoire du droit civil (2 изд.), стр. 493 сл., Stobbe-Lehmann, Deutsche Privatrecht, т. IV, § 267, 275, 278 и 312, Bernard, L'histoire de l'autorité paternelle en France (1863), Lehmann въ „Jahrb. f. Dogm.“ т. 25, стр. 145 сл., Rive, Die Vormundschaft (1860). Gide-Esmein, Etude sur la condition de la femme (1885).

5) Ср. Шнилевскій, Семейныя власти у древнихъ славянъ и германцевъ (1869), Неволинъ, Исторія російскихъ гражданскихъ законовъ, т. I, стр. 75 сл., 311 сл., Владимірскаго-Будановъ, Обзоръ (3 изд.), стр. 440 сл., 457 сл., Загоревскій, Курсъ семейнаго права.



ни правовой сферы семьи и ее главы постепенно вытѣсняется представлениемъ о союзѣ правоспособныхъ лицъ, внутреннюю жизнь котораго самовластно управляетъ домовладыка. Остальные члены семьи обязаны ему повиноваться, но они могутъ имѣть свое имущество и свою индивидуальную правовую сферу. Ихъ имущество или вовсе изъято изъ подъ его власти или, находясь въ его пользованіи, должно служить интересамъ семьи. Праву распоряжаться личностью подвластныхъ ставятся опредѣленные границы. Во внѣшнихъ отношеніяхъ глава семьи является законнымъ представителемъ подвластныхъ, но они участвуютъ въ оборотѣ не только какъ его хозяйственные органы, но также, какъ субъекты собственныхъ правъ и обязанностей. Онъ лишь обязанъ защищать ихъ интересы и восполнять въ оборотѣ недостающую имъ дѣеспособность. Средневѣковое *mundium* также, какъ римская *potestas*, есть власть, но сущность ее не исчерпывается тѣмъ, что оно даетъ носителю власти извѣстныя права. Центръ тяжести юридическаго понятія о *mundium* надъ женою и дѣтьми—по крайней мѣрѣ въ болѣе поздній періодъ—переносится на элементъ защиты, представительства, вообще на заботу о благѣ подвластныхъ. Рѣзкая грань между *manus*, *potestas* съ одной и опекою съ другой стороны постепенно сглаживается. Женѣ удѣляется обычаемъ и закономъ нѣкоторая автономная сфера внутри дома: «власть надъ ключами», а по отношенію къ дѣтямъ за нею признается родительская власть, на ряду съ отцовскою. «Царь семьи», говоритъ Виолэ, «постепенно сближается съ своимъ первымъ слугою и незаметно дѣлаетъ его участникомъ своей власти». Отцовская власть большею частью утрачиваетъ свой пожизненный характеръ и связывается съ множествомъ не только этическихъ, но строго юридическихъ обязанностей <sup>1)</sup>. Она

<sup>1)</sup> Въ этомъ смыслѣ французское *droit coutumier*, признавая дѣтей



прекращается по достиженіи дѣтьми экономической самостоятельности или совершеннолѣтія. Подвластнымъ членамъ семьи въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ въ Римѣ, предоставлена возможность обращаться къ помощи и защитѣ органовъ государства въ случаяхъ злоупотребленія мужемъ или отцомъ ввѣренной имъ властью<sup>1)</sup>.

На ряду съ римскимъ и средневѣковымъ правомъ, дальнѣйшими факторами, оказавшими замѣтное вліяніе на постановку семейной власти въ кодексахъ XIX вѣка, были бытовые воззрѣнія, сложившіяся въ связи съ патриархальнымъ строемъ семьи, ученія каноническаго и естественнаго права и рационалистическая философія XVIII вѣка. Мы въ рамкахъ нашего краткаго очерка не можемъ прослѣдить ихъ вліянія<sup>2)</sup>. Замѣтимъ только, что въ нихъ кроются корни многочисленныхъ, лишенныхъ юридической санкціи, наставленій объ идеалѣ семейной жизни и о взаимныхъ обязанностяхъ членовъ семьи, которыми изобилуютъ гражданскіе кодексы. Мы не будемъ также подробно разбираться положеній этихъ кодексовъ. Всѣ они говорятъ о главенствѣ надъ женою и дѣтьми, но при этомъ одни изъ нихъ надѣляютъ главу семьи весьма широкими полномочіями по отношенію къ ихъ имуществу, другіе держатся системы имущественной

---

обязанными повиноваться родителямъ, въ то же время устанавливаетъ положеніе: *droit de puissance paternelle n'a lieu*, т. е. отцовской власти въ римскомъ смыслѣ болѣе не существуетъ. Pothier и др. юристы склонны были понимать это такъ, что уже въ концѣ среднихъ вѣковъ отцовская власть уступила мѣсто родительской. Ср. v. Salis въ „*Ztsch. f. Rechtsgeschichte*“ за 1886 г. germ. Abt., стр. 160 сл., Bernard, ук. соч., стр. 107 сл.

1) О признаніи за судомъ права принимать мѣры противъ злоупотребленія отцовскою властью упоминается въ цѣломъ рядѣ сборниковъ и законодательныхъ актовъ XVII-го и слѣд. в.в. См. Stobbe-Lehmann, IV, стр. 382, прим. 2, Bernard, ук. соч. стр. 108, Planiol, *Traité élém.* I. § 1728 прим.

2) Ср. Marianne Weber, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, гл. IV и указанную тамъ (стр. 405) литер., а также Bernard, указ. соч., стр. IX—XX.



раздѣльности, одни требуютъ разрѣшенія или участія мужа для всякихъ сдѣлокъ жены <sup>1)</sup>, кромѣ особо указанныхъ закономъ, другіе только для тѣхъ, коими умаляется «право надъ ея личностью» <sup>2)</sup>, одни въ извѣстныхъ случаяхъ предусматриваютъ возможность отмѣны судомъ распоряженій главы семейства или замѣны его согласія разрѣшеніемъ суда, другіе никакого контроля надъ его дѣйствіями не устанавливаютъ. Нашъ сводъ занялъ своеобразную позицію. Совершенно не ограничивая имущественной самостоятельности подвластныхъ, онъ въ то же время не указываетъ никакихъ границъ власти надъ личностью жены и дѣтей, такъ что судебная практика по возникающимъ въ этой области вопросамъ лишена какихъ бы то ни было директивъ, кромѣ общаго начала, что жена и дѣти должны повиноваться мужу и отцу, какъ главѣ семейства. Но это положеніе еще не предрѣшаетъ вопроса объ объемѣ семейной власти и о возможности контроля надъ ея осуществленіемъ.

Изъ кодексовъ начала XIX вѣка ни одинъ не усвоилъ крайностей римской концепціи власти, какъ расширенія правовой сферы одного лица за счетъ другихъ. Всѣ они стоятъ ближе къ средневѣковому взгляду. Подъ «главенствомъ» они разумѣютъ положеніе домоладыки, дающее ему извѣстныя права надъ личностью жены и дѣтей и ихъ имуществомъ и въ то же время возлагающее на него извѣстныя обязанности по отношенію къ нимъ. Эти обязанности формулированы въ законѣ отчасти въ видѣ общихъ нравоученій (напр., мужъ долженъ любить, защищать жену, жить съ нею въ согласіи,

---

1) Въ этомъ отношеніи дальше континентальныхъ законовъ шло до послѣдней четверти XIX вѣка англійское Common Law, по которому мужъ въ оборотѣ совершенно „прикрывалъ“ жену (принципъ coverture).

2) Ср. ст. 196 пруссакаго ALR... „wodurch die Rechte auf ihre Person gekränkt werden“, редакція которой явно навѣяна римскимъ представленіемъ о manus mariti.



родители должны *совмѣстно* руководить воспитаніемъ дѣтей и т. под.), отчасти въ видѣ правовыхъ положеній, (содержать жену и дѣтей, управлять ихъ имуществомъ и т. д.). Гражданскіе законы уже не выдвигаютъ въ той мѣрѣ, какъ средневѣковое право, элемента представительства и не возлагаютъ на главу семейства отвѣтственности за деликты подвластныхъ при отсутствіи собственной вины <sup>1)</sup>. Однако, смутно сознавая разницу между властью и субъективнымъ правомъ, законодатель той эпохи все-таки не дошелъ до яснаго пониманія главенства въ семьѣ, какъ служенія ея интересамъ, и до точнаго опредѣленія границъ правомѣрности власти надъ человѣкомъ въ гражданскомъ правѣ.

Совершенно опредѣленныя тенденціи и правовыя воззрѣнія проявляются въ этомъ отношеніи лишь въ судебной практикѣ и въ законодательствѣ новѣйшаго времени, посвященныхъ отдѣльнымъ типамъ семейной власти, а также власти хозяина надъ слугами и рабочими. Опекунскую власть мы можемъ оставить въ сторонѣ, такъ какъ ея развитіе уже въ римскомъ правѣ и въ дѣйствующихъ кодексахъ доведено до его логическаго конца, т. е. до признанія ея соціальною функціею, ввѣренною опекуну ради осуществленія лежащихъ на немъ обязанностей и отправляемой имъ подъ контролемъ государства или семьи. Позднѣйшіе законы и законопроекты не вносятъ въ эту область ничего существенно новаго. Они стремятся лишь къ усовершенствованію организаціи опеки и надзора за дѣятельностью опекуновъ.

Институтъ мужней власти въ своемъ современномъ видѣ одинаково далекъ отъ представленія о правѣ надъ чужой личностью и отъ мысли, что замужняя

---

<sup>1)</sup> И тутъ англійское право стояло ближе къ средневѣковому, чѣмъ континентальное, допуская отвѣтственность мужа за правонарушенія (torts) жены.



женщина нуждается въ особой защитѣ вслѣдствіе ея неспособности участвовать въ оборотѣ. Въ основаніи положеній закона объ отношеніяхъ между супругами долгое время лежалъ сложившійся въ каноническомъ и естественномъ правѣ принципъ единства супруговъ и сліянія ихъ правовой сферы подъ главенствомъ мужа, какъ носителя входящихъ въ нее правъ и обязанностей. Наболѣе крѣпко державшійся такого взгляда англо-американскія законодательства первыя же отвернулись отъ него, освободивъ въ 70 и 80 годахъ прошлаго вѣка женщину въ имущественномъ отношеніи почти всецѣло отъ опеки мужа <sup>1)</sup>. На континентѣ попытка уравненія правъ мужа и жены и даже полнаго уничтоженія мужней власти была сдѣлана почти на сто лѣтъ раньше, въ эпоху французской революціи, но она не дала никакихъ практическихъ результатовъ <sup>2)</sup>. Тогда предполагалось основывать взаимныя права и обязанности супруговъ исключительно на свободномъ соглашеніи. Въ личномъ и имущественномъ отношеніи ихъ положеніе было признано совершенно равнымъ. Регуляторомъ на случай непримиримыхъ разногласій должны были служить широкая свобода развода и семейный трибуналъ изъ ближайшихъ родственниковъ. Всѣ эти проекты безслѣдно канули въ вѣчность. Созданный въ періодъ отрезвленія кодексъ Наполеона оказался болѣе суровымъ по отношенію къ замужней женщинѣ, чѣмъ всѣ остальные гражданскія уложенія той эпохи.

---

<sup>1)</sup> О принципѣ *legal identity* и, въ частности, о положеніи: *husband and wife are one and the husband is that one*, см. Stephen, *New Commentaries* (1890), II, стр. 279 сл., Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, § 120 сл., 124 сл. *O. Married women's property act* см. тамъ же, а также M. Weber, указ. соч., стр. 361 сл., Синайскаго указ. соч., стр. 270 сл. и *Encyclopaedia of the law of England s. v. „husband and wife“*.

<sup>2)</sup> См. Синайскаго указ. соч., стр. 116 сл., Sagnac, *La législation civile de la révolution française* (Paris, these 1898), ст. 278, Lerebours-Pigeonnière *La famille et le Code civil* въ „*Livre de Centenaire*“ I, стр. 265 сл.



Судебная практика—особенно французская и английская—въ теченіе всего XIX вѣка обнаруживаетъ явное стремленіе къ улучшенію положенія женъ<sup>1)</sup>. Въ концѣ столѣтія и законодательство приходитъ ей на помощь, освобождая, въ частности, трудящуюся женщину отъ имущественной опеки мужа<sup>2)</sup>, но самый принципъ главенства мужа остался непоколебленнымъ. Однако судебной практикѣ все же до нѣкоторой степени удалось включить власть надъ личностью жены въ правовыя рамки. Повсюду твердо проводилось положеніе, что она не обнимаетъ права наказыванія<sup>3)</sup> и что, выходя за извѣстныя границы, она становится недопустимымъ злоупотребленіемъ. Даже французскіе суды—правда, не безъ колебаній—высказались противъ права мужа контролировать переписку жены и ограничивать ея сношенія съ родными<sup>4)</sup>. Обязанность жены жить при мужѣ и слѣдовать за нимъ также признавалась не безусловно. Она отпадала, когда жена имѣла достаточно вѣскія основанія для отказа<sup>5)</sup>. Но и при отсутствіи такихъ основаній судъ фактически былъ безсиленъ заставить жену вернуться къ покинутому ею супругу. Въ однихъ государствахъ, какъ у насъ, гражданскіе суды не располагаютъ средствами личнаго воздѣйствія. Въ другихъ, гдѣ допускаются штрафы и аресты противъ лицъ, не подчиняющихся требованію суда, примѣненіе этихъ мѣръ для возстановленія супру-

---

1) Французская юриспруденція, напр., при помощи теории о *mandat présumé*, создала нѣчто аналогичное германской *Schlüsselgewalt*. Ср. Binet. *La femme dans le ménage* (1904).

2) См. Rouquet, *Evolution du droit de famille* (1912), стр. 88 сл., Charmont, *Les transformations du droit civil* (1912), стр. 75, Lesseps, *Les droits de la femme mariée sur ses gains et salaires* (1911).

3) Ср. рѣш. упол. касс. деп. за 1869 г., № 551.

4) См. Charmont, стр. 85 сл., Rouquet, стр. 87.

5) Ср. напр. Koch, *ALR*, I, стр. 123, прим. 23, и обзоръ нашей кассационной практики у Синайскаго, стр. 205 сл.



жеской жизни единодушно отвергается <sup>1)</sup>). У насъ административная практика, въ свою очередь, подрывала значеніе обязанности жены жить при мужѣ, допуская въ широкихъ размѣрахъ выдачу ей паспорта безъ его разрѣшенія <sup>2)</sup>, а въ настоящее время законъ 12 марта 1914 года значительно смягчилъ категорическое требованіе ст. 103 Св. зак. гражд.

Въ тѣсной связи съ обязанностью къ совмѣстной жизни находятся ограниченія жены при совершеніи сдѣлокъ, могущихъ отвлечь ея силы или ея личность отъ семьи. Такими сдѣлками по нашему закону признавались вступленіе въ договоръ личнаго найма и принятіе на себя вексельнаго обязательства. Последнее когда-то влекло за собою, въ случаѣ несправности, личное задержаніе. Теперь это измѣнилось, но тѣ ограниченія дѣйствовали у насъ до зак. 12 марта 1914 г. Оно, однако, фактически было обезпечено тѣмъ, что, по толкованію Сената, вексель замужней женщины обязываетъ ее, какъ долговая расписка, на общемъ основаніи <sup>3)</sup>. Требованіе согласія мужа на наемъ жены также толкуется нашею практикой ограниченительно; оно относится къ поступленію въ услуженіе, но не къ найму отдѣльныхъ услугъ <sup>4)</sup> и въ настоящее время уже примѣняется только при совмѣстномъ жительствѣ съ мужемъ.

---

<sup>1)</sup> Ср. Gauss, Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (1910) Chardon, Traité des trois puissances (1843), стр. 6 сл., Planiol, Traité élem. de droit civil. I, § 89; Вормсъ и Ельяшевичъ. Зак. гражд. I, комментарий къ ст. 108 и указанную тамъ (стр. 253) литературу.

<sup>2)</sup> См. Вормсъ и Ельяшевичъ, Зак. гражд. I, стр. 238 сл.

<sup>3)</sup> См. бар. Нолькенъ, Уст. о векс., 5-е изд., стр. 20, Каминка, Уст. о векс. (изд. 3), стр. 64.

<sup>4)</sup> Ни законъ, ни практика не указываютъ мѣръ защиты трудящейся женщины отъ произвольнаго стѣсненія ея мужемъ (нерѣдко съ цѣлью вымогательства). Между тѣмъ даже кодексъ Наполеона открываетъ ей путь судебной защиты и, въ случаяхъ злоупотребленія, судейской авторизаціи, Ср. Code civil, art 218 и сл. Загоровскій, Курсъ семейнаго права, стр. 183.



По вопросу о перевѣсѣ голоса мужа въ случаѣ разногласія съ женою при осуществленіи родительской власти нашъ законъ, въ отличіе отъ западныхъ кодексовъ, не содержитъ особаго постановленія, а въ литературѣ, какъ мы уже говорили, мнѣнія расходятся. Судебная практика не видитъ въ томъ обстоятельстве, что законъ говоритъ о «родительской», а не объ отцовской власти, достаточнаго основанія для освобожденія жены, какъ матери, отъ обязанности повиноваться главѣ семейства. Но сенатъ въ послѣднее время склоненъ переносить разрѣшеніе этого вопроса въ совершенно другую плоскость, усматривая сущность его не столько въ разграниченіи правъ родителей, сколько въ осуществленіи каждымъ изъ нихъ своей власти сообразно съ интересами дѣтей, т. е. въ правильномъ пониманіи родительской власти вообще. Къ этому вопросу мы сейчасъ вернемся.

Чтобы покончить съ мужнею властью, намъ остается сказать нѣсколько словъ о ея постановкѣ въ гражданскихъ уложеніяхъ XX вѣка—германскомъ <sup>1)</sup> и швейцарскомъ <sup>2)</sup>. Оба они сохранили принципъ главенства мужа въ семьѣ, хотя уже не говорятъ объ обязанности жены повиноваться мужу. Оба исходятъ изъ положенія, что замужней женщиной мѣсто въ семьѣ при мужѣ и дѣтяхъ, что имъ она главнымъ образомъ обязана отдавать свои силы. Поэтому мы въ обоихъ уложеніяхъ находимъ обычныя положенія объ обязанности жены жить при мужѣ и слѣдовать за нимъ, о правѣ мужа противиться поступленію жены на должность или занятію промысломъ, отвлекающимъ ее отъ семьи, наконецъ, о перевѣсѣ голоса

---

<sup>1)</sup> См. Wierustowski, Handbuch des Eherechts I, стр. 4 сл. Scriba, Persönliche Rechtsstellung der Ehegatten (1910) и указанную тамъ литературу.

<sup>2)</sup> Rossel et Mentha. Manuel de droit civil suisse I, стр. 229 сл., Curti-Forrer, Schweiz. ZGB. mit Erläut. (1911), Chaudé, Le nouveau Code civil suisse (1909), стр. 187 сл., Schultz, Privatrechtliche Stellung der Ehefrau (1908)



мужа при разногласіяхъ, касающихся семейной жизни. Но эти права мыслятся законодателемъ только какъ средство для осуществленія лежащихъ на мужѣ обязанностей. Они ввѣрены ему съ одною весьма существенною оговоркой: проявленіе власти, говоритъ германское уложеніе, не должно имѣть характера злоупотребленія <sup>1)</sup>, въ противномъ случаѣ жена можетъ не повиноваться мужу и прибѣгать къ защитѣ суда. Но что считать злоупотребленіемъ? Такой вопросъ былъ поставленъ при обсужденіи этого отдѣла въ германскомъ рейхстагѣ, и представитель правительства Планкъ такъ отвѣтилъ на него: «злоупотребленіемъ мы должны признать всякое требованіе мужа, идущее въ разрѣзъ съ подобающимъ супругамъ образомъ мыслей (*rechte eheliche Gesinnung*). Жена не обязана подчиняться рѣшенію, о которомъ можно сказать, что любящій мужъ не принялъ бы такого рѣшенія» <sup>2)</sup>. Это объясненіе едва ли способно устранить неопредѣленность термина «злоупотребленіе», но оно показываетъ, что, по мысли германскаго законодателя, правомѣрною признается только власть, проявляемая въ интересахъ семьи <sup>3)</sup>. Болѣе опредѣленно ту же идею проводить швейцарское уложеніе. Если одинъ изъ супруговъ, говорится въ законѣ <sup>4)</sup>, забываетъ о своихъ обязанностяхъ передъ союзомъ (*Gemeinschaft*) и его образъ дѣйствія угрожаетъ другому опасностью, позоромъ или убытками, судья долженъ его увѣщевать, а въ случаѣ

---

<sup>1)</sup> Герман. улож. § 1353, 1354 и 1357.

<sup>2)</sup> См. *Stenogr. Berichte über die Verhandl. des deut. Reichstages* за 1896 г., стр. 198.

<sup>3)</sup> См. *Endemann, Lehrb. des Rechts*, II, (5 изд.), стр. 584, прим. 10: „Этотъ масштабъ (т. е. интересъ семьи) исполняетъ тутъ функцію, какую въ обязательственномъ правѣ исполняетъ ссылка на *Treu und Glauben*, съ тою лишь разницей, что въ основаніи послѣдней лежитъ объективно-правовое начало въ то время, какъ тутъ рѣчь идетъ о „личныхъ отношеніяхъ и этико-религіозныхъ соображеніяхъ“.

<sup>4)</sup> См. ст. 169 и сл.



безуспѣшности увѣщеваній принимать указанныя въ законѣ мѣры. Такими мѣрами являются допущеніе отдѣльнаго жительства супруговъ, назначеніе невинному супругу денежнаго содержанія отъ виновнаго и предписаніе должникамъ виновнаго супруга платить не ему, а другому супругу. Когда мужъ противится отправленію женою промысла или профессіи, веденіе котораго требуется интересами семьи, жена можетъ просить разрѣшенія у судьи <sup>1)</sup>. Такова власть мужа въ новыхъ гражданскихъ кодексахъ. Въ нихъ вполне опредѣленно выражена мысль, давно уже смутно сознававшаяся законодателемъ и судебною практикою: власть мужа можетъ считаться правомѣрною лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ это оправдывается интересами семьи и не стѣсняетъ безъ разумаго основанія свободы жены. Отъ такой постановки уже не далеко до признанія полного равенства взаимныхъ правъ и обязанностей супруговъ и до отказа отъ самаго принципа главенства мужа надъ женою.

На постановкѣ отцовской власти въ гражданскихъ кодексахъ прошлаго вѣка явно отразились съ одной стороны условія патриархальнаго строя и вліяніе римскаго права, съ другой— господствовавшія понятія объ этическихъ и правовыхъ обязанностяхъ, вытекающихъ изъ семейнаго союза.

Власть сосредоточена въ рукахъ отца, которому дѣти повинуются безпрекословно. Матери они также обязаны повиноваться, но лишь до тѣхъ поръ, пока между нею и отцомъ нѣтъ разногласія. Родители могутъ употреблять исправительныя и карательныя мѣры, прибѣгая даже, въ случаѣ надобности, къ содѣйствію органовъ госу-

---

<sup>1)</sup> См. SZGB. ст. 167. По Герм. улож. (§ 135S) мужъ, не давшій согласія на принятіе женою личнаго обязательства, можетъ требовать его прекращенія, когда опекунское учрежденіе признаетъ, что даннымъ обязательствомъ нарушаются „интересы супружества“.



дарства. Подъ этою грозною внѣшнею оболочкой скрывается, однако, мало гармонирующее съ нею содержаніе. Въ соотвѣтственныхъ главахъ западныхъ кодексовъ говорится не столько о правахъ родителей, сколько объ ихъ обязанностяхъ и о предѣлахъ ихъ власти. Мы не станемъ повторять общезвѣстныхъ положеній объ обязанности къ воспитанію, содержанію, обученію дѣтей и избранію рода жизни, объ обязанностяхъ родителей по отношенію къ имуществу дѣтей и т. д. Для насъ существенно отмѣтить, что западные законодательства не оставляютъ сомнѣній въ томъ, что власть, по мысли закона, ввѣрена отцу или обоимъ родителямъ преимущественно ради блага дѣтей <sup>1)</sup>. По крайней мѣрѣ ея осуществленіе не должно идти въ разрѣзъ съ ихъ интересами. Власть прекращается, когда дѣти больше не нуждаются въ родительскомъ попеченіи или когда родитель утрачиваетъ способность быть ихъ руководителемъ или представителемъ. Такое положеніе наступаетъ въ случаяхъ достиженія дѣтьми совершеннолѣтія или ихъ экономическаго обособленія, выхода дочери замужъ, совершенія родителемъ преступленія противъ дѣтей, наконецъ его психическаго заболѣванія. Послѣ расторженія брака и при раздѣльной жизни родителей дѣти остаются у невиновнаго супруга, если судъ не найдетъ болѣе соотвѣтствующимъ ихъ интересамъ отдать ихъ другому супругу или третьему лицу на воспитаніе. Законъ, конечно, не устанавливаетъ постояннаго контроля надъ поведеніемъ родителей со стороны органовъ государства, а исходитъ изъ предположенія, что естественная привязанность родителей удерживаетъ ихъ отъ причиненія вреда своимъ дѣтямъ и что родители руководятъ ихъ воспитаніемъ совмѣстно и въ полномъ согласіи между

---

<sup>1)</sup> Ср. къ слѣдующему прусское улож. II, 2 § 58 сл., § 210 сл., австр. улож. § 139 сл., code civil, art. 371 сл.



собою <sup>1)</sup>). Но тамъ, гдѣ дѣйствительность явно не соотвѣтствуетъ этимъ предположеніямъ, законодатель выходитъ изъ своей пассивной роли. Не допускается, а при наличности состава преступления наказывается употребленіе родителями исправительныхъ мѣръ вредныхъ или опасныхъ для здоровья дѣтей. Заключение дѣтей въ тюрьму или въ исправительныя заведенія по требованію отца австрійскимъ уложеніемъ совершенно отвергается, а по прусскому для этого требовалось постановленіе опекунскихъ учрежденій (по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ даже королевскій указъ <sup>2)</sup>). Французскій кодексъ допускаетъ удовлетвореніе такого домогательства отца безъ судебной цровѣрки только по отношенію къ дѣтямъ моложе 16 лѣтъ, у которыхъ нѣтъ отдѣльнаго имущества, и на срокъ не болѣе мѣсяца. Жестокое обращеніе съ дѣтьми, дурное на нихъ вліяніе, вообще недобросовѣстное отношеніе къ своимъ родительскимъ обязанностямъ влекутъ за собою, по прусскому и австрійскому уложеніямъ, прекращеніе этой власти и отдачу дѣтей на воспитаніе въ пріютъ или въ другое семейство. Тѣ же законодательства предоставляютъ дѣтямъ, достигшимъ 14-лѣтняго возраста, право искать защиты у суда противъ принужденія ихъ родителями къ изученію или отправленію профессіи, совершенно не соотвѣтствующей ихъ склонностямъ или способностямъ. Французскій кодексъ не содержитъ подобныхъ постановленій, но этотъ пробѣлъ восполняется уголовнымъ закономъ (Code pén., art. 335) и, главнымъ образомъ, законами 1874, 1889 и 1898 г.г., поставившими дѣло охраны дѣтей отъ преступныхъ, жестокихъ или недобросовѣстныхъ родителей

---

<sup>1)</sup> Въ Австр. улож. § 144 это прямо выражено: Die Eltern haben das Recht *einverständlich* die Handlungen ihrer Kinder zu leiten.

<sup>2)</sup> См. Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatr. III, § 51. № 26.



на небывалую до тѣхъ поръ высоту <sup>1)</sup>). Ими, на ряду съ мѣрами публично-правового характера, значительно умножены также поводы къ ограниченію и лишенію родительской власти.

Судебная практика, такимъ образомъ, на западѣ, особенно въ германскихъ государствахъ, въ самомъ законѣ находила достаточно твердую опору въ борьбѣ съ крайностями патріархальнаго возрѣнія на отцовскую власть, какъ на право надъ чужою личностью. Правда, проповѣдуемая нѣкоторыми теоретиками анархизма и социализма ученія о необходимости полного уничтоженія этого института и о предоставленіи всякому доброжелательному и незанятому человѣку <sup>2)</sup> или же государству <sup>3)</sup> воспитывать дѣтей не встрѣтило сочувствія ни въ обществѣ, ни въ судебной практикѣ. Родительская власть признавалась и признается понынѣ лучшей формою огражденія подрастающаго поколѣнія, но санкціею и поддержкою со стороны положительнаго права, она, по господствующимъ возрѣніямъ, должна пользоваться лишь до тѣхъ поръ, пока она не идетъ въ разрѣзъ со своимъ назначеніемъ служить интересамъ семьи.

Нашъ сводъ законовъ по данному вопросу значительно отсталъ отъ западныхъ кодексовъ. Онъ, правда, не знаетъ отцовской, а только родительскую власть и ставитъ родителей по отношенію къ имуществу дѣтей въ положеніе опекуновъ. Однако мать сама подчинена своему мужу, какъ главѣ семейства. Законъ не освобождаетъ ее отъ обязанности къ «безграничному послу-

---

1) См. объ этихъ законахъ Charmont, Transformations, стр. 126 сл., Nillus, Déchéance de la puissance paternelle (Paris 1894). Примѣру Франціи послѣдовала Англія, гдѣ Prevention of cruelty to children act. 1894 г. и др. законы во многихъ отношеніяхъ идутъ еще дальше въ дѣлѣ охраны дѣтей.

2) См. Jean Grave, La Société future, стр. 344.

3) См. Diville, Aperçu sur le socialisme scientifique, стр. 43.



шанію» въ случаѣ разногласій, касающихся дѣтей, и не указываетъ никакихъ путей для борьбы съ своеволіемъ отца въ этой области. Власть родительская юридически не прекращается ни совершеннолѣтіемъ дѣтей ни ихъ отдѣленіемъ. Не только употребленіе домашнихъ исправительныхъ мѣръ, но даже заключеніе дѣтей, въ тюрьму по требованію родителей формально не подлежитъ никакому контролю. Мѣръ противъ злоупотребленій со стороны родителей или неисполненія ими своихъ обязанностей, если ихъ дѣйствія не имѣютъ характера уголовно-наказуемаго проступка, нашъ законъ не знаетъ. Дѣйствующее уложеніе о наказаніяхъ сурово караетъ преступленія родителей противъ дѣтей, но эти кары, какъ правильно замѣчаетъ проф. Загорскій <sup>1)</sup>, «не обезпечиваютъ дѣтей отъ дурного вліянія родителей: и наказанный родитель, признанный судомъ жестокосерднымъ отцомъ, разрушающимъ здоровье своихъ дѣтей и влекущимъ ихъ къ моральной гибели, все же сохраняетъ въ силѣ свою власть и можетъ злоупотреблять ею. Здѣсь очевидная недостаточность закона, рассчитаннаго лишь на безупречныхъ и чадолюбивыхъ родителей».

При всемъ томъ, однако, было бы большою ошибкою приписывать нашему закону представленіе о власти родителей, какъ о неограниченности правъ надъ личностью дѣтей. И у насъ законъ неразрывно связываетъ съ нею рядъ не только этическихъ, но также юридическихъ обязанностей и ставитъ ей извѣстные предѣлы. Требованиямъ противозаконнымъ дѣти не должны повиноваться. Родители, разумѣется, не властны надъ жизнью дѣтей, но и мѣры домашняго исправленія не должны выходить изъ рамокъ «личныхъ обидъ или оскорбленій» <sup>2)</sup>. Власть

1) Указ. соч., стр. 271.

2) Это явствуетъ изъ сопоставленія ст. 165 со ст. 168, ч. I, т. X.



родителей наконецъ терпитъ существенныя ограниченія, когда она сталкивается съ властью государства, учебного начальства или мужа.

Судебная практика изъ общаго духа закона вывела заключеніе, что его положенія рассчитаны на совмѣстную жизнь супруговъ и потому не могутъ примѣняться при раздѣльномъ жителъствѣ или расторженіи брака. Въ этихъ случаяхъ судъ долженъ считаться съ интересами дѣтей, а не съ правами отца, какъ главы семейства, и даже не съ вопросомъ, по чьей винѣ произошелъ разрывъ <sup>1)</sup>. Тотъ же критерій выдвигается при опредѣленіи «надлежащаго возраста», до котораго родители должны имѣть попеченіе о дѣтяхъ (рѣш. 1880 г. № 182). Къ сожалѣнію, наша практика отвергла критерій «блага дѣтей» какъ при разрѣшеніи разногласій между родителями, пока они живутъ вмѣстѣ, такъ и тогда, когда родители къ явному ущербу для дѣтей требуютъ ихъ къ себѣ обратно отъ лицъ, коимъ они добровольно отдали ихъ на воспитаніе (рѣш. 1897 г. № 81). Право заключенія дѣтей въ тюрьму фактически парализовано разъясненіемъ сената, что въ силу ст. 9 Уст. Угол. Суд. никто безъ опредѣленія суда или слѣдователя не можетъ быть лишенъ свободы (рѣш. общ. собр. за 1888 г., № 4).

Мысль, намѣтившаяся въ законахъ и въ практикѣ XIX вѣка, что власть дана родителямъ не ради расширенія ихъ индивидуальной правовой сферы, а для блага подрастающаго поколѣнія, получила наиболѣе ясное и полное выраженіе въ двухъ новѣйшихъ гражданскихъ уложеніяхъ, германскомъ и швейцарскомъ. Первое <sup>2)</sup> возлагаетъ на опекунскій судъ обязанность выступать ех

---

<sup>1)</sup> См. рѣш. гражд. касс. деп. за 1881 г. № 135, 1890 г. № 18, 1908 г. № 48 и др., а также Синайскаго, ук. соч., стр. 214 сл.

<sup>2)</sup> См. Eneccerus-Kipp, Lehrb. d. deut. bürg. R. (1912), II 2, § 83 Philler, Die Rechtsstellung der Kinder nach dem BGB (1906).



officiu на защиту дѣтей въ случаяхъ злоупотребленія или безчестнаго поведенія родителей или совершенія ими преступленій противъ дѣтей, второе <sup>3)</sup>—во всѣхъ случаяхъ, когда «поведеніе родителей идетъ въ разрѣзъ съ ихъ обязанностями». Оба уложенія надѣляютъ родительскою властью не только отца, но также мать. Голосъ перваго, правда, имѣетъ перевѣсъ, но лишь до тѣхъ поръ, пока его рѣшеніе не можетъ быть квалифицировано какъ «злоупотребленіе» (§ 1354 герм. улож.) или какъ «поведеніе, противорѣчащее родительскимъ обязанностямъ» (§ 283 швейц. улож.). Въ этихъ случаяхъ мать можетъ прибѣгать къ защитѣ опекунскаго суда. Вообще оба уложенія проводятъ тотъ принципъ, что при всякихъ спорахъ и коллизіяхъ на почвѣ родительской власти рѣшающее значеніе должны имѣть интересы дѣтей.

Новое швейцарское уложеніе знаетъ еще одинъ видъ семейной власти, кромѣ мужней и родительской,—домашнюю власть. Ей подчинены всѣ лица, живущія общимъ хозяйствомъ на почвѣ родства и свойства или на основаніи трудового договора. Домашней власти посвящены всего 4 статьи. Глава дома устанавливаетъ внутренній распорядокъ. При этомъ онъ обязанъ считаться съ интересами домочадцевъ и не долженъ стѣснять ихъ свободы и религіозныхъ убѣжденій. Онъ отвѣчаетъ за внесенное ими въ домъ имущество и—передъ третьими—за вредъ, причиненный лицами, находящимися на его попеченіи. Совершеннолѣтніе домочадцы, вносившіе свой трудъ или свой доходъ въ общее хозяйство, участвуютъ въ конкурсѣ домовладыки въ качествѣ кредиторовъ, въ размѣрѣ своихъ требованій. Домашняя власть, какъ видно изъ изложеннаго, представлялась составителямъ швейцарскаго закона не правомъ домовладыки надъ домочад-

---

<sup>3)</sup> Швейц. улож., ст. 283 и сл.



цами, а отправленіемъ извѣстныхъ функцій въ предѣлахъ и въ интересахъ «домашняго союза», какъ определенной соціальной организаціи.

### III.

Общее свойство разсмотрѣнныхъ нами видовъ частно-правовой власти заключается въ томъ, что ею не умаляется правоспособность подвластныхъ, что она всегда сопряжена для ея носителя съ извѣстными правовыми обязанностями, и что она мыслится не только какъ отношеніе человѣка къ человѣку, но въ тоже время какъ отношеніе политическаго или соціальнаго цѣлаго къ отдѣльнымъ, входящимъ въ его составъ, индивидамъ. Властью или властвованіемъ называется правовое положеніе, занимаемое лицомъ, стоящимъ во главѣ такого соціальнаго соединенія, по отношенію къ другимъ его членамъ. Это положеніе не должно разматриваться какъ санкціонированная объективнымъ правомъ воля властвующаго или какъ фактической перевѣсъ его надъ другими людьми, изъ котораго законодатель только дѣлаетъ свои выводы. Современное понятіе о власти неразрывно связано съ представленіемъ, что между союзомъ или соединеніемъ, какъ соціальными образованіями, осуществляющими опредѣленные задачи, и входящими въ ихъ составъ лицами существуетъ *правоотношеніе*, обязывающее послѣднихъ подчиняться установленному или впредъ устанавливаемому порядку и, — *какъ элементу этого порядка*, — власти главы союза. Это не индивидуальное обязательственное отношеніе, а особое, отдѣльное отъ него, отношеніе власти и подчиненія. «Главенство» или власть охраняются государствомъ не какъ часть правовой сферы ихъ носителя, а какъ правомочіе или функція, которыми онъ надѣленъ ради успѣшнаго выполненія задачъ этого соціальнаго цѣлаго



и блага подвластныхъ ему лицъ. *Всякая власть, какъ правомочіе, обязываетъ ея носителя пользоваться ею собразно съ ея общественнымъ назначеніемъ, другими словами, всякая власть, по существу, является въ этомъ смыслѣ социальнымъ служеніемъ.* Для законодателя и для суда именно въ этомъ моментѣ кроются масштабъ и критерій для разграниченія правомѣрнаго проявленія власти отъ неправомѣрнаго. Оно правомѣрно настолько, насколько оно не противорѣчитъ общимъ требованіямъ закона и нравственности, не идетъ въ разрѣзъ съ объективно необходимыми и цѣлесообразными задачами данной социальной организаціи, не посягаетъ на права подвластныхъ, какъ членовъ того-же союза.

Примѣнимо ли сказанное къ хозяйской власти? Каковъ ея юридическій фундаментъ? Можно ли вообще признать ее на почвѣ дѣйствующаго права юридическимъ институтомъ?

Никто не отрицаетъ, что фактически работодателю принадлежитъ извѣстная власть надъ занятыми въ его хозяйствѣ служащими, рабочими и учениками. Однако, въ виду ея несомѣстимости съ господствующимъ представленіемъ объ обязательственномъ отношеніи, каковымъ признается отношеніе трудовое, хозяйская власть не рассматривается какъ одинъ изъ характерныхъ элементовъ его юридическаго состава, а какъ, привходящее явленіе, осложняющее трудовое отношеніе. Большею частью ей приписываютъ чисто бытовой характеръ, т. е. въ ней видятъ только проявленіе экономическаго и социального перевѣса работодателя надъ работникомъ. Но дѣлаются также попытки <sup>1)</sup> найти юридическое объясненіе, юридическую формулировку этого явленія. Такъ въ экономической литературѣ очень распространено мнѣніе, по которому власть хозяина

---

<sup>1)</sup> См. краткій обзоръ у Desroys du Roure, *L'autorité dans l'atelier* (Paris 1910) ch. II.



надъ нанятыми имъ лицами вытекаетъ изъ его права собственности на предпріятіе, коими они отдаютъ свою рабочую силу. Предприниматель «покупаетъ» эту силу и съ этого момента онъ, въ предѣлахъ закона и договора, распоряжается ею, наравнѣ съ орудіями производства и другими составными частями своего предпріятія <sup>1)</sup>. Мы уже указывали (ч. I стр. 62 сл.) на несостоятельность юридической конструкціи, относящей трудовой договоръ къ купле-продажнымъ сдѣлкамъ. Рабочая сила можетъ быть оцѣниваема на деньги, но не можетъ служить объектомъ купли-продажи, потому что не поддается отчужденію, въ смыслѣ отдѣленія отъ личности продавца и приобщенія къ чужой имущественной сферѣ (*mutatio dominii*). Ее въ настоящее время нельзя мыслить какъ предметъ чужого обладанія и распоряженія. Только въ рабовладѣльческомъ хозяйствѣ работники, какъ носители рабочей силы, отождествлялись съ орудіями производства и тѣ и другіе могли быть предметами права собственности. Въ современномъ правосознаніи власть предпринимателя, какъ собственника и какъ организатора (хозяина) предпріятія, постепенно дифференцируется и въ жизни она фактически очень часто осуществляется разными людьми. Въ первомъ случаѣ ея предметомъ является вещь, которая можетъ быть исключительно средствомъ для цѣлей человѣка. Во второмъ случаѣ ея объектъ—

---

1) См. напр. Paul Bureau, *Le contrat de travail* (1902): A quelque point de vue que l'on se place, le travail de l'ouvrier apparaît comme une marchandise, et ce mot qui choque tant les oreilles est évidemment le seul qui répond à la réalité des choses (стр. 111) On l'a dit il y a longtemps, l'ouvrier, en tant qu'il est employé dans l'atelier à l'oeuvre de la production, ne peut être considéré que comme un outil de chair et de sang, catalogué à la suite des outils d'acier, dont il est le prolongement, et chaque jour des inventions nouvelles attestent, qu'au point de vue de la production industrielle, il y a similitude de nature entre le travail de l'homme et les mouvements d'une barre d'acier ou d'un pignon, puisque l'un est avantageusement remplacé par l'autre (стр. 106).



чужая личность, имѣющая свое, исключительно ей свойственное, назначеніе, свои собственные цѣли и неотъемлемыя права. Это различіе составляетъ крупное и цѣнное культурное завоеваніе. Чѣмъ выше социальнo-этичeскій уровень общества, тѣмъ больше оно дорожитъ имъ и тѣмъ больше положительное право съ нимъ считается. Во всякомъ случаѣ изъ права собственности на орудія производства еще не вытекаетъ право хозяина властвовать надъ рабочими и служащими.

Другое, часто повторяемое, объясненіе хозяйской власти, состоитъ въ томъ, что хозяинъ, какъ «господинъ въ своемъ домѣ», можетъ требовать повиновенія отъ лицъ, рабочею силою которыхъ онъ пользуется въ своемъ предпріятіи или хозяйствѣ. Это — обычный аргументъ предпринимателей противъ вмѣшательства профессиональных союзовъ и общественныхъ организацій въ ихъ споры съ рабочими и вообще во внутреннюю жизнь предпріятія<sup>1)</sup>. Какъ въ ссылкѣ на право собственности хозяина нельзя не видѣть остатка рабовладѣльческой идеологій, такъ въ представленіи о хозяинѣ, какъ господинѣ въ своемъ домѣ, не трудно узнать идею патриархальнаго домостроя и пережитокъ эпохи феодализма, когда одинъ фактъ нахождения въ подвластной господину сферѣ превращалъ экономически зависимыхъ людей въ его подчиненныхъ. Однако семейно-правовой характеръ хозяйственнаго предпріятія давно отошелъ въ область исторіи. Въ предпріятіи нѣтъ тѣхъ этическихъ и естественныхъ связей, на которыхъ покоится власть главы семейства надъ членами семьи, и отсутствуетъ также элементъ общей жизни, свойственной домашнему хозяйству. Патриархаль-

---

<sup>1)</sup> См. Hubert-Valleroux, Le contrat de travail (1895) стр. 86 сл. Ср. ст. 360 Уст. о пром. (1913 г.). „Каждый мастеръ имѣетъ въ домѣ своемъ право хозяина надъ подмастерьями своими такъ, какъ и надъ учениками и всѣми прочими своими домашними“.



ныя воззрѣнія на отношенія между хозяиномъ и рабочими уступили мѣсто убѣжденію, что въ предпріятіи, какъ *правовой* организаціи, существуетъ извѣстное, санкціонированное объективнымъ правомъ, распредѣленіе функцій, въ силу котораго лица, отправляющія необходимую для осуществленія ихъ задачъ дѣятельность, должны повиноваться относительно этой дѣятельности указаніямъ тѣхъ, кому, по праву, принадлежитъ организующая и направляющая роль въ предпріятіи.

Сближеніе хозяйской власти съ правомъ собственности или съ семейною властью построено на отождествленіи власти съ индивидуальною волею или субъективнымъ правомъ властвующаго. Неудовлетворительность этой концепціи по отношенію къ хозяйской власти всесторонне выяснена въ соціально-политической и экономической литературѣ и служитъ одной изъ точекъ опоры для нападокъ на существующій хозяйственный строй<sup>1)</sup>). При этомъ, однако, упускается изъ виду, что ни дѣйствующія законодательства, ни правовыя воззрѣнія современнаго культурнаго общества не вкладываютъ въ понятіе о хозяйской власти содержанія близкаго къ праву собственности или къ положенію патріархальнаго домовладыки. Индивидуалистическіе взгляды на юридическую сущность этой власти какъ и всѣхъ другихъ видовъ власти надъ человекомъ, медленно, но замѣтно эволюционируютъ въ требуемомъ соціально-политиками направленіи и ничто не указываетъ на невозможность, при существующемъ экономическомъ строѣ, дальнѣйшей эволюціи понятія о хозяйской власти въ сторону усиленія элемента соціальнаго служенія и соответственной постановки этого института въ положительномъ правѣ<sup>2)</sup>).

<sup>1)</sup> См. напр. Yves Guyot, *Le travail et le socialisme, ergo-же Les conflits du travail et leur solution*. Potthof, *Probleme des Arbeitsrechts* (1912) стр. 130 сл.

<sup>2)</sup> Въ единственномъ извѣстномъ намъ юридическомъ изслѣдованіи, затрогивающемъ вопросъ о природѣ хозяйской власти, авторъ, Desroys de



Кодексы прошлаго вѣка либо вовсе не упоминають о хозяйской власти, либо затрагиваютъ ее только, при нормировкѣ отношеній между главою семейства и наемными слугами, въ семейственномъ правѣ. Какъ мы уже говорили въ первой части (стр. 311 сл.), причины этого явленія кроются отчасти въ вліяніи римскаго права и въ философскихъ ученіяхъ той эпохи, отчасти же въ соціальныхъ и политическихъ условіяхъ времени. Эти условія не благоприятствовали измѣненію исторически сложившагося воззрѣнія, по которому регламентація внутренней жизни хозяйственныхъ предпріятій составляетъ задачу публичнаго права и административныхъ властей, а не гражданскихъ законовъ. Законодатель не отказывалъ хозяйской власти въ санкціи и поддержкѣ. Онъ не могъ и не желалъ уничтожить этого глубоко укоренившагося въ нравахъ общества института, но

Roure, приходитъ къ такому выводу: „Comme toute autorité, elle est un pouvoir et une fonction: le pouvoir garantit l'exercice de la fonction et la fonction légitime les sanctions du pouvoir. Quel est le pouvoir, quel est le droit qui permet aujourd'hui les manifestations diverses de l'autorité patronale, quel est le droit qui lui permet d'imposer sa volonté dans tout ce qui concerne l'ordre technique de l'atelier et la discipline morale de ses subordonnés? C'est le droit de propriété qui le fait maître absolu des instruments de production et seul arbitre des conditions dans lesquelles il veut qu'ils soient utilisés“ (стр. 135). Однако авторъ констатируетъ начавшееся въ нашемъ правовоззрѣніи разъединеніе этихъ двухъ элементовъ понятія о хозяйской власти. „C'est précisément cette combinaison actuelle de la propriété et de l'autorité qui nous paraît instable et menacée d'une dissociation prochaine. Jamais, en effet, mieux qu'à l'époque présente les esprits n'ont été préparés à accepter cette dissociation. Nous voyons bien encore dans l'autorité le droit de celui qui l'exerce, mais nous y voyons bien plus encore le travail utile qu'il doit accomplir. Nous disons toujours que l'autorité est une fonction, mais nous avons progressivement vidé l'idée de fonction de son sens politique pour lui substituer un sens biologique. On ne concevait autrefois une fonction que comme un pouvoir délégué ou garanti d'en haut à une personne, en vue d'un service d'intérêt général. Lorsque l'on transpose la même notion du domaine politique dans le domaine biologique, la notion de la délégation venue du pouvoir central disparaît, l'idée du service nécessaire à l'harmonie de l'organisme subsiste seule. Peu importe par qui la fonction est exercée, pourvu que le travail régulier et nécessaire, qu'elle comporte, s'accomplisse (стр. 135—136).



онъ сознательно изъять его и всѣ связанные съ нимъ вопросы изъ сферы дѣйствія общегражданскихъ нормъ и направилъ ихъ въ русло специальныхъ узаконеній.

Въ нашихъ гражданскихъ законахъ глава о личномъ наймѣ посвящена преимущественно найму въ услуженіе, т. е. найму, соединенному съ подчиненіемъ нанявшагося хозяйской власти нанимателя. Последняя разумѣется не въ узкомъ смыслѣ власти, принадлежащей главѣ дома надъ проживающими у него лицами, а распространяется на всѣхъ лицъ, отправляющихъ въ хозяйствѣ или предпріятіи нанимателя опредѣленныя функціи, какъ напр. на подмастерьевъ, прикащиковъ и т. п., хотя и живущихъ отдѣльно отъ нанимателя. Однако о содержаніи хозяйской власти и нашъ сводъ говоритъ лишь въ самой общей формѣ. «Хозяинъ съ нанявшимися долженъ обходиться справедливо и кротко, требовать отъ нихъ токмо работы, условленной по договору, или той, для которой наемъ учиненъ, платить имъ точно и содержать исправно». «Нанявшійся на работу или отданный въ ученіе долженъ быть вѣрнымъ, послушнымъ и почтительнымъ къ хозяину и его семьѣ и стараться добрыми поступками и поведеніемъ сохранить домашнюю тишину и согласіе. Сія последняя обязанность распространяется и на хозяина для отвращенія случая къ обоюднымъ неудовольствіямъ и жалобамъ». Приведенными положеніями ч. I т. X санкціонируется власть хозяина надъ нанявшимся, но не опредѣляется ея сущность, не указываются ни ея предѣлы, ни связанныя съ нею обязанности, ни послѣдствія ея нарушенія.

Этотъ пробѣлъ восполняется на Западѣ и отчасти у насъ для важнѣйшихъ отраслей хозяйственной жизни специальнымъ законодательствомъ. Мы уже знаемъ, что оно не стремится регулировать всѣхъ сторонъ внутренней жизни предпріятія. Вмѣшательство закона признается



необходимымъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда договорная свобода и свободное проявленіе хозяйской воли угрожаютъ интересамъ, на стражѣ которыхъ стоитъ государство, или не обезпечиваютъ ихъ въ достаточной мѣрѣ. Для того, чтобы и эти интересы удовлетворялись хозяйственнымъ предпріятіемъ, на носителя хозяйской власти, силою закона, возлагаются опредѣленные обязанности и ей ставятся извѣстные предѣлы. Въ области промышленности, гдѣ эксцессы хозяйской власти, вслѣдствіе экономической безпомощности рабочихъ и ихъ большого скопленія, представляютъ особенную опасность, ея проявленіе подчинено контролю спеціального органа государства— фабричной инспекціи. Въ основаніи всѣхъ этихъ мѣропріятій лежитъ то общее положеніе, что съ государственной точки зрѣнія, хозяйская власть принадлежитъ главѣ предпріятія не только въ его личномъ интересѣ, но также для блага занятыхъ въ немъ лицъ.

Спеціальное законодательство о трудѣ, въ связи съ судебною практикою, подготовило наблюдаемое съ начала XX вѣка движеніе *въ сторону согласованія гражданскихъ законовъ о наймѣ труда съ требованіями и явленіями современной хозяйственной жизни*. Оно поставило себѣ цѣлью нормировать договоры о трудѣ, устанавливающіе отношеніе власти и подчиненія, какъ самостоятельный договорный типъ, отдѣльный и отличный отъ найма предпринимательскаго труда. Результатомъ этого движенія является рядъ законовъ и законопроектовъ, подробно изложенныхъ нами въ первой части (гл. IV), составляющихъ, въ сущности, только синтезъ и обобщеніе спеціальныхъ нормъ дѣйствующаго права объ охранѣ интересовъ лицъ, занятыхъ въ чужомъ предпріятіи и подчиненныхъ хозяйской власти. Всѣ они усвоили то воззрѣніе на хозяйскую власть, которымъ проникнуты спеціальныя законы. На главу предпріятія возлагается



обязанность къ огражденію личной безопасности, чести, нравственности, религіозной свободы работника, къ попеченію о немъ въ случаѣ заболѣванія. Его власть ограничивается рядомъ мѣръ, направленныхъ на обезпеченіе работнику условленнаго и заработаннаго имъ вознагражденія, противъ внезапнаго разрыва трудового отношенія и т. д.

Въ гражданскихъ законахъ такимъ образомъ по отношенію къ хозяйской власти совершается такой же сдвигъ, какъ относительно семейныхъ властей, но только болѣе медленно и менѣе замѣтно. Эта медленность объясняется тѣмъ, что хозяйской власти въ гораздо большей степени присущи эгоистическіе мотивы, чѣмъ власти мужа, родителей, опекуна. Въ ней элементъ социальнаго долга и попеченія о благѣ подвластныхъ пока еще не находитъ достаточно твердой опоры въ этическихъ воззрѣніяхъ и правосознаніи общества, а въ индивидуальной психикѣ онъ нерѣдко совершенно ступшевывается. Но съ государственной и законодательной точки зрѣнія хозяйская власть все-же не рассматривается и не должна рассматриваться какъ охраняемый правомъ интересъ властвующаго, а является функціей, исполняемой ради извѣстныхъ — желательныхъ или необходимыхъ — общественныхъ цѣлей. Народнохозяйственное значеніе предиріятій, пользующихся наемнымъ трудомъ, не исчерпывается тѣмъ, что ихъ преуспѣваніе увеличиваетъ благосостояніе ихъ собственниковъ. Для огромной части населенія они открываютъ фактическую возможность приложенія ихъ рабочей силы и добыванія этимъ путемъ средствъ къ существованію. Законъ и судебная практика не могутъ не считаться съ этимъ обстоятельствомъ.

Хозяйская власть не составляетъ исключенія изъ общаго правила; она, какъ всякая власть надъ человѣкомъ, воспринимается правосознаніемъ не только какъ



правомочіе, но также какъ функція и служеніе. Такимъ представленіемъ о ней, въ дѣйствительности проникнуто и специальное и новѣйшее общегражданское законодательство о трудовомъ договорѣ. Задача науки—формулировать его ясно и опредѣленно. Необходимо твердо усвоить то основное начало, что ввѣренная хозяину власть,— подобно власти законодательной, административной, семейной—дана ему ради успѣшнаго выполненія необходимыхъ и цѣлесообразныхъ, съ общественной точки зрѣнія, задачъ предпріятія. Она не субъективное право, не часть индивидуальной правовой сферы хозяина, а правовое положеніе, занимаемое имъ, какъ главою предпріятія, по отношенію къ остальнымъ лицамъ, входящимъ въ составъ данной соціальной единицы. Она является организующею силою въ предпріятіи, и, въ то же время, составляетъ элементъ или часть его внутренней правовой организаціи. Подчиняясь по трудовому договору хозяйской власти, современный работникъ не отдаетъ себя и свою рабочую силу на милость и усмотрѣніе работодателя, а въ правѣ ожидать, что предъявляемыя ему требованія и приказанія не будутъ нарушать ни его правъ, ни обязанностей хозяина, ни должнаго порядка предпріятія, что они не будутъ посягать на неотчуждаемыя личныя блага или выходить изъ предѣловъ тѣхъ задачъ предпріятія, осуществленію которыхъ работникъ обязался содѣйствовать, однимъ словомъ—что хозяинъ будетъ пользоваться своею властью правомѣрно и цѣлесоотвѣтственно.

#### IV.

Хозяйская власть, въ смыслѣ функціи, отираваемой главою предпріятія по отношенію къ занятымъ въ немъ лицамъ, проявляется въ трехъ различныхъ формахъ и направленіяхъ. Хозяинъ 1) располагаетъ наемными рабочими силами, направляя ихъ своими приказаніями соот-



вѣтственно съ нуждами обслуживаемаго предпріятія, 2) реагируетъ въ извѣстныхъ предѣлахъ и извѣстнымъ образомъ на нарушеніе ими должнаго порядка въ предпріятіи, 3) дополняетъ и опредѣляетъ этотъ порядокъ, осуществляя въ установленныхъ формахъ социальную автономію предпріятія. Сообразно съ этимъ мы можемъ различать въ хозяйской власти три составныхъ элемента: власть диспозитивную, дисциплинарную и нормативную. Разсмотримъ каждый изъ нихъ въ отдѣльности:

*А. Диспозитивная власть* или, какъ ее называютъ Лотмаръ <sup>1)</sup> и нѣкоторые другіе ученые, «право дирекціи» проявляется въ порученіяхъ и приказаніяхъ, даваемыхъ хозяиномъ и его замѣстителями наемнымъ работникамъ. Этими приказаніями конкретизируются договорныя обязанности каждаго изъ нихъ, въ частности—указывается требуемая отъ него въ каждый данный моментъ работа. Диспозитивная власть такимъ образомъ односторонне восполняетъ заключенный съ работникомъ трудовой договоръ, вкладывая въ него конкретно опредѣленное содержаніе. Сущность ея поэтому можетъ быть понята и выяснена только въ связи съ особенностями этого договора. По общему правилу контрагентъ можетъ требовать отъ другого контрагента только *объщанныхъ* ему дѣйствій или дѣйствій обязательныхъ для послѣдняго въ силу положительнаго права. Жизнь внесла въ это правило свои коррективы. Въ дѣйствительности договоръ очень часто, кромѣ непосредственно вытекающихъ изъ него обязанностей, открываетъ возможность послѣдующаго восполненія его содержанія волеизъявленіемъ одной стороны. Эта возможность облачается въ двоякую юридическую форму. Она иногда составляетъ предметъ обога (дополнительнаго) права контрагента, иногда же

<sup>1)</sup> Arbeitsvertrag I стр. 93 сл., II стр. 856.



предметъ, содержаніе, мѣсто, время, образъ исполненія или другія подробности остаются открытыми, но въ самомъ договорѣ указываются способъ и источникъ восполненія этого пробѣла. Посмотримъ, примѣнима-ли одна изъ этихъ юридическихъ формъ къ диспозитивной власти хозяина.

Право послѣдующаго односторонняго восполненія договора признается нѣкоторыми юристами особымъ видомъ субъективныхъ правъ. Относительно его названія, а также обнимаемыхъ имъ правовыхъ явленій еще не достигнуто согласія, но сущность этого новаго понятія опредѣляется ими болѣе или менѣе одинаково. Первый ученый, подробно остановившійся на этой категоріи, Цительманъ <sup>1)</sup>, далъ имъ нѣсколько неуклюжее названіе «право правомочія» (*Recht des rechtlichen Könnens*). Онъ относитъ сюда «всякую присоединенную къ другому субъективному праву власть надъ извѣстнымъ правовымъ эффектомъ, т. е. возможность создать его или воспрепятствовать его наступленію», напр. право лица, въ пользу котораго открылось наследство, принять или отклонить его (стр. 43). Ученіе Цительмана о «правахъ правомочія» усвоено и развито Гельвигомъ <sup>2)</sup>. Они, говоритъ онъ, «болышею частью имѣютъ единственною цѣлью довершить развитіе другого правоотношенія, въ которомъ состоитъ управомоченный, но иногда имѣютъ совершенно самостоятельное бытіе. Всѣ эти «права правомочія» имѣютъ то общее, что могутъ быть осуществлены только разъ и тѣмъ самымъ прекращаются». Въ другомъ мѣстѣ <sup>3)</sup> Гельвигъ опредѣляетъ ихъ какъ «власть созда-

<sup>1)</sup> Zitelmann, Internationales Privatrecht II, (1898) стр. 32 сл. Ср. его же Allg. Teil (1900) стр. 23. Попытка обособленія нѣкоторыхъ относившихся сюда правовыхъ явленій въ отдѣльную категорію дѣлалась уже раньше напр. Беккеромъ (System I § 28 „negative Rechte“), Энекцерусомъ (Rechtsgeschäft II стр. 600 сл. „Erwerbsberechtigungen“).

<sup>2)</sup> Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900) стр. 2.

<sup>3)</sup> Lehrb. des deut. Civilprozessrechts § 34.



вать своимъ дѣйствіемъ правовой эффектъ». Зекель <sup>1)</sup> нѣсколько суживаетъ кругъ этихъ правъ и даетъ имъ названіе: «права видоизмѣненія» (Gestaltungsrechte), но и онъ также опредѣляетъ ихъ какъ «субъективное (конкретное) частное право, имѣющее своимъ содержаніемъ власть видоизмѣнить конкретныя правоотношенія посредствомъ односторонней сдѣлки». Туръ <sup>2)</sup>, наконецъ предлагаетъ по «эстетическимъ соображеніямъ», называть ихъ «вторичными правами» (Sekundäre Rechte) и видитъ ихъ сущность въ возможности «воздѣйствовать на собственное или чужое право, создавая, отмѣняя или измѣняя его».

Мы считаемъ вполне цѣлесообразнымъ и полезнымъ построение особой юридической категоріи, охватывающей случаи <sup>3)</sup>, когда лицу, занимающему, въ силу закона или договора, извѣстное правовое положеніе по отношенію къ другимъ лицамъ, принадлежитъ право односторонне измѣнить это положеніе къ ихъ невыгодѣ или выгодѣ. Однако едва-ли возможно отнести къ той же категоріи право договорной стороны односторонне *конкретизировать* своими приказаніями обязанности другой стороны. Такими волеизъявленіями не создается, не измѣняется и не прекращается правовое положеніе послѣдней,

---

1) Seckel въ Festgabe der Berl. jurist. Gesellschaft f. Koch (1903): Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. Къ Зекелю примыкаетъ Sohn, Der Gegenstand (1905), но онъ предпочитаетъ названіе: „Bestimmungsrechte“, и настаиваетъ на исключеніи отсюда сдѣлокъ, улучшающихъ положеніе контрагентовъ (стр. 11).

2) v. Thur, Allg. Teil des deut. bürg. Rechts (Binding, Handbuch X, 1) p. 7.

3) Сюда принадлежитъ, напримѣръ, право односторонняго расторженія договора, принятія наслѣдства и отреченія отъ него, обратной и преимущественной покупки, оспариванія дѣйствительности сдѣлки, послѣдующаго одобренія, отмѣны полномочія, право требовать раздѣла, развода, отдѣльнаго жительства и мн. др. Сюда-же, на нашъ взглядъ, можетъ быть причислено право каждаго союза и вообще каждаго автономнаго соединенія измѣнять своими постановленіями порядокъ, коему подчинились лица, вошедшіе въ составъ этого соединенія.



т. е. въ нихъ какъ разъ отсутствуетъ самый характерный признакъ «правъ правомочія». Интересующее насъ явление—право дирекціи работодателя—поэтому не можетъ быть удовлетворительно объяснено при помощи даннаго построения.

Договоры, въ которыхъ только указанъ способъ, какъ разрѣшить тѣ или иные вопросы, намѣренно не предрѣшенные сторонами,—явленіе давно извѣстное наукѣ и законодательству. Такимъ способомъ обычно является предоставление права одному изъ контрагентовъ или третьему лицу опредѣлять то, что сторонами оставлено открытымъ. Уже въ римскомъ правѣ это иногда допускалось. Такіе договоры не признавались за *stipulationes incertae* и считались дѣйствительными. Рѣшеніе контрагента или третьяго лица отнюдь не отождествлялось съ его личнымъ усмотрѣніемъ, не разсматривалось какъ проявленіе его индивидуальной воли. Оно понималось какъ *arbitrium boni viri*, т. е. должно было удовлетворять объективнымъ признакамъ рѣшенія безпристрастнаго арбитра <sup>1)</sup>. Въ противномъ случаѣ, а также въ случаѣ уклоненія контрагента или 3-го лица отъ возложенной на него задачи, судъ могъ, по иску другого контрагента, восполнить пробѣлъ въ соглашеніи сторонъ своимъ рѣшеніемъ. Въ такомъ видѣ этотъ способъ исполненія содержанія договора усвоенъ современными законодательствами и судебною практикою <sup>2)</sup>. Тутъ, въ дѣйствительности даже нѣтъ пробѣла въ содержаніи договора. Определенность его

---

1) См. напр. Dig. XVIII, 2 l. 6. Savigny, *Obligationenrecht* I § 38, Schirmer, *arbitrium merum und arbitrium boni viri* въ *Arch. f. civ. Recht.* Bd. 91 стр. 136 сл.

2) Соответственное общее положеніе содержитъ ст. 315 germ. BGB: „Soll die Leistung durch einen der Vertragsschliessenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, das die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist“. Но и тамъ, гдѣ его нѣтъ, практика и наука признаютъ его безспорнымъ.



лишь замѣнена опредѣляемостью. Должникъ въ общихъ чертахъ знаетъ напередъ, что отъ него можетъ быть потребовано: онъ не ставитъ себя въ зависимость отъ усмотрѣнія контрагента.

Хозяйское «право дирекціи» такого характера не имѣетъ. Работодатель пользуется предоставленною ему рабочею силою сообразно съ ходомъ и нуждами своего предпріятія или хозяйства. Для того, чтобы онъ могъ приравнивать дѣятельность работниковъ къ этимъ нуждамъ, ему и предоставлена власть односторонне опредѣлять—въ рамкахъ, предуказанныхъ въ договорѣ и законѣ,—ихъ конкретныя обязанности. Его усмотрѣніе и тутъ, конечно, не безпредѣльно, но критерій правильности его требованій не объективный, какъ въ тѣхъ случаяхъ, о которыхъ рѣчь шла выше, а субъективный, ибо хозяинъ самъ, въ предѣлахъ общихъ задачъ его предпріятія, устанавливаетъ, какая работа ему нужна въ каждый данный моментъ. Въ содержаніи трудового договора, такимъ образомъ, имѣется дѣйствительный пробѣлъ, восполняемый одностороннею волею работодателя, въ силу предоставленнаго ему права дирекціи. Основаніемъ и социальнымъ коррелятомъ этого права служитъ особое свойство трудового договора, его,—если можно такъ выразиться,—*материально-бланкетный характеръ*<sup>1)</sup>.

Терминомъ «бланкетный» или «бланковый» обыкновенно обозначается отсутствіе текста или пробѣлъ въ текстѣ подписаннаго и выданнаго письменнаго акта. Для должника, по общему правилу, обязательно только то, что имъ *подписано*, т. е. уже было написано, когда документъ подписывался или, хотя и вписано позднѣе, но исходить отъ того же лица, составляетъ его, а не чужое

<sup>1)</sup> См. къ слѣдующему нашу статью въ Вѣст. Права за 1917 г. № 3.



волензъявленіе»<sup>1)</sup>). Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ и обычное право признають содержаніе акта обязательнымъ для подписавшагося, хотя оно вписано безъ его участія въ документъ, выданный имъ въ видѣ «бланка». Таковы, напр., бланковые вексель и акцентъ, бланковая передача, бланковый чекъ<sup>2)</sup>). Вопросъ объ ихъ юридической природѣ вызываетъ большія колебанія въ судебной практикѣ и разногласія въ литературѣ, разборъ которыхъ не входитъ въ нашу задачу<sup>3)</sup>). Въ основаніи этихъ разногласій лежитъ,—что не всегда сознается авторами—расхожденіе по основному вопросу, отъ разрѣшенія котораго, главнымъ образомъ, зависитъ конструкція «бланкетнаго договора»: имѣется ли пробѣлъ въ выраженіи воли или въ ея содержаніи, другими словами, составляетъ ли «бланкетность» формальное или матеріальное свойство договора. Въ первомъ случаѣ заполненіе бланка, кѣмъ и въ чьихъ интересахъ оно бы фактически ни совершалось, юридически должно исходить отъ подписавшаго и разсматриваться, какъ его волензъявленіе. Если его совершилъ бланкополучатель, отношенія между нимъ и бланкодателемъ должны обсуждаться по правиламъ о порученіи, а между послѣднимъ и третьими правопріобрѣтателями—по началамъ о полномочіи. Во второмъ случаѣ выдача бланковаго акта означаетъ предоставленіе бланкополу-

---

1) Ср. Riezler, Die Blankettunterschrift въ Arch. f. civ. Pr. 95 (1903) стр. 357.

2) Въ оборотѣ встрѣчаются еще другіе случаи, но они не типичны и менѣе распространены. См. перечень (впрочемъ, тоже не исчерпывающій) у Gaupp-Wagener, Blankowechsel und Blankoakzept im deutschen Wechselrecht (1898).

3) См. Siegel, Die Blanketterklärung (München Diss. 1908); Hausmann, Das Blankett въ Beitr. z. Erl за 1914 г. Heft 3/4 и указ. тамъ литературу. Въ нашей и французской литературѣ монографически изслѣдована только природа бланковаго векселя. См. А. Э. Вормса, Вексельные бланки (1914); Духанъ, Векс. бланкъ, въ Правъ за 1916 г. № 15 и 16; Escara, La lettre de change en blanc, въ Annales de dr. comm. за 1908 г. стр. 209 сл.



чателью извѣстнаго простора для восполненія *содержанія* договора согласно съ его волею и его потребностями. Этотъ просторъ, конечно, не безграниченъ. Рамки его могутъ быть указаны въ томъ же самомъ актѣ, опредѣляться особымъ соглашеніемъ, вытекать изъ смысла и цѣли договора, наконецъ, изъ возрѣній оборота, но для матеріально - бланкетнаго договора характерна именно наличность простора для усмотрѣнія кредитора, для проявленія имъ *своей* воли при опредѣленіи обязанностей его контрагента.

Правовая жизнь несомнѣнно знаетъ не только формально - бланкетные, но также матеріально - бланкетные договоры, т. е. такіе, коими одна сторона заранее подчиняется въ извѣстныхъ предѣлахъ волеизъявленіямъ другой, конкретизирующимъ ея обязанности. Съ такимъ явленіемъ мы особенно часто встрѣчаемся въ трудовомъ договорѣ и этимъ объясняются существованіе и характеръ диспозитивной власти хозяина или его права дирекціи. Подъ нимъ подразумѣвается *предоставленное хозяину право восполнять своими волеизъявленіями преблуды трудового договора относительно обязанностей работника*, указывать ихъ конкретное содержаніе.

Однако, сущность диспозитивной власти не исчерпывается указаннымъ свойствомъ. Она, вмѣстѣ съ тѣмъ, составляетъ одну изъ функцій хозяина, какъ главы предпріятія, и это въ значительной мѣрѣ измѣняетъ ея характеръ, суживая присущій ей элементъ субъективнаго усмотрѣнія. Изъ сказаннаго нами выше о природѣ хозяйской власти вытекаетъ, что пользованіе ею (и, слѣдовательно также диспозитивной властью) не должно нарушать внутренняго порядка предпріятія, выходить изъ предѣловъ ея задачъ или посягать на неотъемлемыя личныя блага работника, охрана которыхъ лежитъ на обязанности главы предпріятія. Кромѣ рамокъ, предуказан-



ныхъ договоромъ и закономъ, диспозитивная власть такимъ образомъ ограничивается обязанностями главы предпріятія и общими предѣлами хозяйской власти.

2) *Дисциплинарная власть*. Дисциплиною называется совокупность правилъ поведенія, требуемаго отъ лицъ, входящихъ въ составъ постоянного или временнаго соединенія, въ цѣляхъ поддержанія порядка, необходимаго для его безпрепятственнаго функціонированія<sup>1)</sup>. Соблюденіе дисциплины составляетъ правовую обязанность. Ея санкціею служатъ, кромѣ законныхъ послѣдствій всякаго правонарушенія, возможность принужденія или наказыванія нарушителя порядка. Когда такая возможность предоставлена самому союзу, учрежденію или соединенію, въ лицѣ его главы или органовъ, тогда говорятъ о *дисциплинарной власти*.

Какъ формѣ проявленія хозяйской власти, ей въ юридической литературѣ удѣляется очень мало вниманія. Но вопросъ объ ея юридической сущности и правовомъ основаніи возникаетъ также въ связи съ государственной службою и тутъ онъ получаетъ всестороннее освѣщеніе<sup>2)</sup>.

Исслѣдователей, правда, главнымъ образомъ, интересуетъ характеръ дисциплинарной *отвѣтственности* и разница между дисциплинарнымъ взысканіемъ и уголов-

---

<sup>1)</sup> Ср. H. Nézard, Les principes généraux du droit disciplinaire (Paris 1903) p. 7: „La discipline est l'ensemble des règles qui régissent un groupement social, qui assujettissent chacun de ses membres à des obligations spéciales distinctes des obligations politiques de tout citoyen“. Buddens въ Recht-lexicon Weiske разумѣетъ подъ дисциплиною: „alle Einrichtungen zur Erhaltung guter Zucht“, а К. К. въ Новомъ энциклопед. слов. Брокгауза и Ефрона: „вообще совокупность мѣръ и правилъ, обязательныхъ для всѣхъ, входящихъ въ составъ организованнаго цѣлаго“. Но словамъ Merin'a, De la discipline des cours et tribunaux p. VI, французская Академія Наукъ такимъ образомъ опредѣляетъ слово „дисциплина“: Règlement, ordre, règle de conduite, commune à tous ceux, qui font partie d'un corps, d'un ordre.

<sup>2)</sup> Суммарный обзоръ литературы до конца 80-хъ годовъ даетъ Labes, Die Disziplinargewalt des Staates (1889). См. слѣд. примѣчаніе.



нымъ наказаніемъ <sup>1)</sup>). Многіе криминалисты сводятъ эту разницу къ чисто формальному моменту: первыя налагаются безъ суда дисциплинарнымъ порядкомъ, вторыя — судебнымъ. Источникъ дисциплинарнаго и уголовного наказанія, по ихъ мнѣнію, одинъ и тотъ же — карательная власть государства.

Отождествленіе дисциплинарнаго и уголовного наказанія, дисциплинарной и карательной власти вызвало какъ въ западной, такъ и въ нашей литературѣ <sup>2)</sup> вполне основательныя возраженія. Указываютъ, главнымъ образомъ, на то, что уголовная кара налагается опредѣленными органами въ точно опредѣленныхъ формахъ, съ соблюденіемъ положеній *nullum crimen nulla poena sine lege* и ряда другихъ гарантій, что ея задачею является огражденіе общественнаго порядка, что она подчиняется принципу *non bis in idem* и т. д. Дисциплинарная власть, какъ карательная дѣятельность, всеѣмъ этимъ требованіямъ не удовлетворяетъ. Для нашей цѣли достаточно отмѣтить, что изложенная теорія совершенно не объясняетъ дисциплинарной власти другихъ учреждений и лицъ, кромѣ государства. Мысль, что хозяинъ осуществляетъ по отношенію къ работникамъ и прислугѣ карательную власть государства, не имѣетъ никакой почвы

<sup>1)</sup> Ученія о дисциплинарномъ наказаніи весьма тщательно и полно собраны у проф. А. А. Жижиленко, *Наказаніе* (Петр. 1914) стр. 583—629. См. также библиографич. указатель дисциплинарнаго права у Nézard, ук. соч. Въ нашей литературѣ, кромѣ упомянутаго сочиненія, этому вопросу посвящены статьи Таганцева въ Жур. Гр. и Уг. права за 1882 г. кн. 1: Карательная дѣятельность государства и ея границы. А. фонъ-Резонъ, О дисциплинарномъ правѣ (тамъ-же за 1889 г. кн. 7 и 8), П. М. Коркунова, Тридцать пятая глава проекта уголовного уложенія въ Ж. Мин. Юст. за 1896 г. кн. 3 и 4.

<sup>2)</sup> См. Kübel, *Die rechtliche Natur der Disziplinarstrafe* (Erl 1892) стр. 20, Laband *Staatsrecht des deutschen Reichs* (первое изд. III, 1 стр. 167), Nézard ук. соч. стр. 91 сл., Коркуновъ, ук. соч. стр. 75, Жижиленко ук. соч. стр. 608 сл.



въ положительномъ правѣ и не соответствуетъ современнымъ воззрѣніямъ.

Большинство криминалистовъ, настаивая на карательномъ характерѣ дисциплинарныхъ мѣръ, поэтому съ полнымъ основаніемъ видятъ въ нихъ видъ наказанія отличный отъ уголовного. Но при опредѣленіи его отличительнаго признака мнѣнія снова расходятся. Одни усматриваютъ его въ специальной цѣли дисциплинарнаго наказанія, состоящей въ поддержаніи не общественнаго порядка, а порядка внутренней жизни опредѣленнаго союза или временнаго соединенія, «въ охранѣ закономъ установленнаго порядка какой либо общественной дѣятельности» <sup>1)</sup>. Принимаемая для этой цѣли мѣры преслѣдуютъ, кромѣ возмездія за содѣянное, задачу воспитательную или направлены на принужденіе къ подчиненію порядку <sup>2)</sup>. Другіе видятъ разницу между уголовнымъ и дисциплинарнымъ наказаніемъ въ его источникѣ: первое вытекаетъ изъ принадлежащаго государству, какъ таковому, *jus puniendi*, второе имѣетъ своимъ источникомъ отношеніе властвованія, существующее между наказывающимъ и наказываемымъ. Отсюда не дѣлается исключенія для области государственной службы, ибо и государство, въ данномъ случаѣ, дѣйствуетъ не какъ носитель публичноправовой карательной власти, а какъ «господинъ», коему служащіе обязаны повиноваться. Въ этомъ смыслѣ говорятъ объ «автономномъ» наказаніи въ противоположность государственному, обозначая этимъ терминомъ всякое наказаніе, налагаемое «отличнымъ отъ государства, какъ носителя публичноправовой карательной власти, правовымъ кругомъ за нарушеніе правъ или интересовъ этого

<sup>1)</sup> Коркуновъ, ук. соч. стр. 96. Ср. также Lass, *Strafrecht der Berufsgenossenschaften* (1901).

<sup>2)</sup> См. обзоръ различныхъ мнѣній у проф. Живиленко, ук. соч. стр. 617 сл.



круга»<sup>1)</sup>. Ниже мы подробнѣе остановимся на этомъ ученіи.

Изложенная теорія имѣетъ то преимущество передъ теоріею, отождествляющею дисциплинарную власть съ *jus puniendi* государства, что можетъ служить и фактически служить почвою для объясненія дисциплинарной власти не только государства, но также другихъ союзовъ, соединеній и лицъ. Противопоставляя ее публичноправовой карательной власти, послѣдователи этого ученія дѣлаютъ цѣнные и вполнѣ правильныя указанія относительно ея цѣлей и источника. Но природы дисциплинарной власти, ея правовыхъ основаній, ея предѣловъ она также не выясняетъ. Вѣдь, эта власть проявляется не только въ карательныхъ или педагогическихъ мѣрахъ. Болѣе того — право наказыванія (даже съ педагогическою цѣлью) не составляетъ логически необходимаго элемента понятія дисциплинарной власти; послѣдняя вполнѣ мыслима безъ права налагать взысканія<sup>2)</sup>. По отношенію къ прислугѣ, напр., или къ прикащику, живущему отдѣльно отъ хозяина, едва-ли въ настоящее время еще возможны карательныя мѣры, если не считать таковыми упреки, выговоры или отказъ отъ службы. Но если даже, вмѣстѣ съ А. А. Жижиленко, видѣть во всякой дисциплинарной мѣрѣ «вторженіе въ сферу правовыхъ благъ виновнаго и выраженную этимъ оцѣнку учиненнаго имъ дѣянія», то всетаки нельзя удовлетворяться опредѣленіемъ дисциплинарной власти, какъ права принимать подобныя мѣры, а необходимо выяснить, на чемъ покоится это право и какова его сущность. Отвѣтъ на эти вопросы совершенно

---

<sup>1)</sup> См. Preger въ Archiv f. öff. Recht Bd. VII: Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht, стр. 380, Walther Lehmanu въ Ztsch. f. die Strafrechtswiss. Bd. 22: Zur Lehre von dem autonomen Strafrecht öffentlichrechtlicher Verbände, стр. 218 сл., Cp. Rosin, Das Recht der öffentl. Genossenschaft (1886) стр. 189 сл.

<sup>2)</sup> Cp. Nawiasky, ук. статью въ Festschr. f. Zitelmann p. 29 сл.



не зависить отъ того или другого характера дисциплинарныхъ мѣръ и дисциплинарной отвѣтственности.

Одностороннее подчеркиваніе карательнаго элемента въ дисциплинарной власти вызываетъ неправильное представленіе о ней, какъ о спеціально карательной функціи, и о дисциплинарномъ правѣ, какъ объ отрасли уголовного права. Въ противовѣсъ этому взгляду многіе ученые указываютъ, что, несмотря на внѣшнее сходство способовъ осуществленія карательной и дисциплинарной власти, послѣдняя, по существу, лишь восполняетъ и санкціонируетъ правомочія ея обладателя, *какъ договорной стороны*, давая ему возможность прямого или косвеннаго принужденія контрагента къ исполненію лежащей на немъ по договору обязанности къ послушанію. Это ученіе наиболѣе подробно обосновано Лабандомъ <sup>1)</sup> и въ настоящее время является господствующимъ. Понятіе дисциплинарнаго права, говоритъ этотъ ученый, можетъ быть успѣшно выяснено только путемъ сопоставленія съ частнымъ правомъ, а не съ уголовнымъ. Для этого необходимо исходить изъ противоположенія обязательственнаго отношенія отношенію властвованія. При первомъ каждая сторона можетъ осуществлять свои требованія къ другой, въ случаѣ ихъ неисполненія, путемъ иска. При второмъ мѣсто требованія занимаетъ приказаніе и мѣсто иска—принужденіе. «Дисциплинарная власть есть право осуществленія принужденія. Дисциплинарныя мѣры должны лежать въ рамкахъ властвованія, вытекающаго изъ служебнаго отношенія. Онѣ не имѣютъ ничего общаго съ публичными наказаніями; только случайно и тутъ и тамъ примѣняются денежныя взысканія».

Ученіе Лабанда и его послѣдователей сложилось въ

---

1) Das Staatsrecht des deut. Reiches 5 изд. т. I (1911) стр. 484 сл. Ср. также Labes ук. соч. стр. 36 сл. Въ нашей литературѣ къ воззрѣніямъ Лабанда, по существу, примыкаетъ фонъ-Резонъ, ук. соч. стр. 55 сл.



связи съ государственною службою. «Государство не нуждается въ судебномъ искѣ, ибо занимаетъ по отношенію къ своимъ служащимъ положеніе не равноправной стороны, а господина (Dienstherr)». Оно и въ этомъ качествѣ обладаетъ достаточнымъ авторитетомъ и располагаетъ достаточными средствами для дисциплинированія не исправнаго служащаго. Но, вѣдь, хозяинъ по отношенію къ слугамъ и рабочимъ, родители по отношенію къ дѣтямъ, предсѣдатель собранія по отношенію къ его членамъ, вообще всѣ частныя лица, власти которыхъ подчинены въ извѣстныхъ, строго ограниченныхъ предѣлахъ другіе люди, не обладаютъ ни авторитетомъ, ни средствами государства. На чемъ же основана предоставленная имъ «возможность принужденія»? На этотъ вопросъ Георгъ Еллинекъ<sup>1)</sup>, развивая ученіе Лабанда, отвѣчаетъ: «дисциплинарная власть государства надъ служащими не составляетъ явленія исключительно свойственнаго государственному праву; она не есть право верховнаго властелина (Herrschergewalt), осуществленіе государственнаго imperium'a. Повышенная обязанность чиновника къ послушанію имѣетъ другое основаніе, чѣмъ такая же обязанность подданнаго. Нѣтъ сомнѣній, что и частныя лица иногда могутъ давать приказанія, исполненіе которыхъ составляетъ правовую обязанность. Слуга долженъ, по закону, слушаться хозяина, рабочій, по промышленному уставу, работодателя, прикащикъ, по торговому уставу, принципала. Въ этихъ случаяхъ, какъ будто, также существуетъ отношеніе господства (Herrschaftsverhältnis), реализуемое собственною властью приказывающаго. Онъ здѣсь располагаетъ не тѣмъ правовымъ средствомъ, какъ при другого рода обязательственныхъ отношеніяхъ: приказывающій во всѣхъ этихъ случаяхъ надѣленъ именно нѣ-

<sup>1)</sup> System der subj. öffentl. Rechte (1892) стр. 203 сл.



которою дисциплинарною властью. Для поддержанія порядка господинъ можетъ дѣлать выговоры и налагать другія взысканія (напр., при нарушеніи правилъ внутренняго распорядка). При продолжающемся непослушаніи и неисправности онъ даже можетъ расторгнуть договоръ, изгоняя провинившагося изъ дома, фабрики, дѣла».

Однако, во всѣхъ этихъ случаяхъ, продолжаетъ Еллинекъ, все же для «господства» не достаетъ одного важнаго момента: безусловности и безерочности. Государство, какъ носитель *imperium*'а, силою удерживаетъ гражданъ въ подчиненіи. Отъ дисциплинарной-же власти можно освободиться, расторгая—правомѣрно или неправомѣрно—отношеніе властвованія. Она не даетъ права удерживать силою въ служебномъ подчиненіи.

Изложенное ученіе сводится, въ сущности, къ утвержденію, что всякій, кто можетъ давать приказанія другимъ лицамъ, можетъ также принуждать ихъ своею властью къ исполненію и вообще къ послушанію, другими словами, — что изъ отношенія властвованія всегда вытекаетъ право принужденія, аналогично тому, какъ изъ требованія вытекаетъ искъ объ исполненіи и о возмѣщеніи интереса. Однако, даже въ области государственной службы это положеніе нуждается въ существенной оговоркѣ: указанная аналогія съ искомъ и тутъ существуетъ лишь постольку, поскольку дисциплинарная власть, подобно дѣятельности органовъ суда, проявляется въ предуказанныхъ закономъ способахъ и формахъ. Что же касается частныхъ лицъ (юридическихъ и физическихъ), то предоставленіе имъ права принужденія собственными силами и средствами другихъ людей, состоящихъ съ ними въ частноправовыхъ отношеніяхъ, едва ли совмѣстимо съ идеею правового или, употребляя терминъ Колера, мирнаго порядка, исключая возможность узаконеннаго насилія, какъ способа осуществленія частныхъ правъ.



При опредѣленіи дисциплинарной власти, какъ «права осуществлять принужденіе», эта власть мыслится, какъ субъективное право того, кто ее осуществляетъ. Такая квалифікація, какъ мы пытались доказать, вообще не-правильна или, по крайней мѣрѣ, не можетъ считаться исчерпывающею по отношенію къ власти надъ людьми. Кроме того, принужденіе, также какъ наказаніе, не главное и даже не безусловно необходимое средство поддержанія и охраны порядка<sup>1)</sup>. Оно, напр., совершенно не практикуется по отношенію къ представителямъ такъ называемаго высшего труда и вообще къ служащимъ и составляетъ исключительное явленіе въ домашнемъ хозяйствѣ, хотя хозяину и тутъ принадлежитъ дисциплинарная власть. Даже крайняя дисциплинарная мѣра—увольненіе со службы—не можетъ разсматриваться, какъ принужденіе къ послушанію, ибо вмѣстѣ съ договорнымъ отношеніемъ прекращается также обязанность къ послушанію.

Коренная ошибка изложенной теоріи заключается въ томъ, что властвованіе разсматривается ею, какъ «право приказыванія», а дисциплинарная власть, какъ дополняющая его санкція. Такимъ путемъ ея сущность выяснена быть не можетъ. Властвованіе, какъ правовое явленіе, можетъ быть правильно понято и опредѣлено не въ плоскости индивидуальныхъ отношеній человѣка къ человѣку, а только какъ отношеніе политическаго или социальнаго цѣлаго къ лицамъ, входящимъ въ подвластную ему сферу. Дисциплинарная власть есть осуществляемая главою организованнаго соединенія *функция поддержанія порядка внутри подвластной ему сферы собственными*

---

1) О. Майеръ (Dent. Staatsr. II стр. 243 прим 15а), излагая ученіе Лабанда, съ полнымъ основаніемъ замѣчаетъ: „Die Idee des Erfüllungszwanges, die ganz unnötigerweise mit der des Zuchtmittels noch verbunden worden ist, wird man einfach bei Seite lassen müssen“.



*силами и средствами*, а не право принужденія или наказыванія, предоставленное одному лицу по отношенію къ другимъ.

Изъ такого представленія о дисциплинарной власти, повидимому, исходятъ нѣкоторыя новѣйшія ученія. Такъ, Незаръ <sup>1)</sup>, отвергая возможность отнести дисциплинарное право къ уголовному или гражданскому праву или признать его смѣсью того и другого, видитъ въ немъ специальное право определенной соціальной сферы <sup>2)</sup>. «Соціальный интересъ, оправдывающій существованіе дисциплинарнаго права, состоитъ въ томъ, что оно дѣйствуетъ именно тамъ, гдѣ общій законъ, положительное право не могутъ сдерживать (*germer*). Для того, чтобы оно выполняло свою миссію, необходимо, чтобы оно не было стѣсняемо общимъ правомъ, а пользовалось возможно большимъ просторомъ, чтобы нельзя было легко обезсилить его ссылками на опредѣленія (*définitions*), на недѣйствительность, давность и другіе легальные барьеры, чуждые общественному сознанію». Въ подтвержденіе Незаръ ссылается на твердо установившійся въ французской судебной практикѣ взглядъ на дисциплинарное право, какъ на право *sui generis*, не стѣненное ни нормами гражданского, ни уголовного права, а только «вышними началами публичнаго права, формулированными въ Декларациі правъ и въ Конституціи» (стр. 110).

Концепція, предложенная Незаромъ и французскою юриспруденціею, нуждается въ болѣе точномъ установленіи

---

<sup>1)</sup> Ук. соч. стр. 103 сл.

<sup>2)</sup> Въ нашей литературѣ такой-же взглядъ высказывается проф. С. А. Корфомъ, въ Повомъ Энцикл. Сл. т. 16 стр. 268: „Дисциплинарная власть является видомъ соціальнаго властвованія, отличнымъ отъ властвованія государственнаго“. „Дисциплинарное право является совокупностью тѣхъ правовыхъ нормъ, въ отличіе отъ нормъ нравственныхъ и соціальныхъ, которыя подчиняютъ индивидуумъ какому нибудь соціальному или общественному порядку, за исключеніемъ порядка государственнаго (*imperium*)“.



матеріальнихъ и формальныхъ признаковъ опредѣляемаго понятія, какъ категоріи положительнаго права. Последнее предполагаетъ существованіе нормъ, поддающихся объективной формулировкѣ, и источника, изъ котораго онѣ черпаютъ свою юридическую силу. Незаръ указываетъ этотъ источникъ въ нѣсколько туманной формѣ: «Дисциплинарная власть государства надъ его агентами, всякой группы надъ ея членами черпаетъ свою силу въ организаціонномъ законѣ (*loi organisatrice*) соціальной власти, а не въ договорѣ: она—право власти, подчиненное законному режиму» (стр. 80). Это опредѣленіе не даетъ яснаго представленія о правооснованіи дисциплинарной власти.

Болѣе точныя указанія въ этомъ отношеніи содержитъ уже упомянутая нами теорія автономнаго наказанія. Она, правда, чрезвычайно суживаетъ понятіе о дисциплинарной власти, рассматривая ее исключительно какъ источникъ карательныхъ мѣръ. Тѣмъ не менѣе она ближе другихъ ученій подходитъ къ правильному разрѣшенію проблемы. Прегеръ <sup>1)</sup>,—первый авторъ, подробно останавливающийся на особенностяхъ источника дисциплинарныхъ мѣръ, противопоставляетъ публичноправовому наказанію «наказаніе, назначаемое правовымъ кругомъ (*Rechtskreis*), отличнымъ отъ государства, какъ обладателя публичноправовой карательной власти, за нарушеніе правъ или интересовъ этого правового круга» (стр. 380). Дисциплинарное наказаніе онъ признаетъ

---

<sup>1)</sup> См. выше прим. 7, а также Hochstaedter, *Die rechtliche Natur der Disziplinarstrafe* (ibid. Diss. 1896). По существу этого взгляда держится также Коркуновъ ук. соч. стр. 96: «отличительный признакъ дисциплинарныхъ взысканій—въ томъ, что они имѣютъ своею цѣлью охрану закономъ установленнаго порядка какой либо общественной дѣятельности». Утвержденіе проф. Жижиленко (стр. 383), что терминъ «автономное наказаніе не получилъ права гражданства въ наукѣ и употребленіе его почти не встрѣчается», едва-ли правильно.



«подвидомъ автономнаго». Ему подвергаются «члены этого круга, а иногда также лица, временно съ ними соприкасающіяся, но не за нарушение публичнаго права, а специально союзныхъ интересовъ (gesellschaftlicher Interessen)» <sup>1)</sup>. Другой авторъ, Леманъ <sup>2)</sup>, считаетъ, наоборотъ, автономное наказаніе видомъ дисциплинарнаго, такъ какъ послѣднее можетъ также исходить отъ государства; первое же, по его мнѣнію, только отъ автономныхъ публично-правовыхъ союзовъ.

Дисциплинарная власть, поскольку она проявляется въ наказаніи, тутъ отождествляется съ «автономіею» правового круга, интересы котораго нарушены наказуемымъ дѣяніемъ. Но подъ автономіею, какъ признаютъ все стороны этого ученія, подразумѣвается правосозидательная сила <sup>3)</sup>, а правосозидательная или нормативная власть отнюдь не тождественна съ дисциплинарною и обыкновенно не обозначается этимъ терминомъ. Издавая, напр., правила внутренняго распорядка или штрафныя табели, перечисляющія наказуемые проступки и взысканія за нихъ, глава предпріятія еще не проявляетъ своей дисциплинарной власти. Онъ осуществляетъ ее только тогда, когда налагаетъ эти взысканія. Не рѣдко онъ при этомъ обязанъ руководствоваться не автономно созданными нормами, а положеніями закона или обычая, ограничивающими проявленіе автономіи. Отождествленіе послѣдней съ дисциплинарной властью только затемняетъ оба понятія и поконитъ на явномъ недоразумѣніи: на смѣшеніи порядка созданія нормы и ея охраны.

<sup>1)</sup> Ср. Lass, Strafrecht der Berufsgenossenschaften (1901) стр. 11.

<sup>2)</sup> Ук. соч. стр. 232.

<sup>3)</sup> Автономія опредѣляется Претеромъ (стр. 380) какъ «признанная государствомъ способность подданныхъ создавать право для собственныхъ отношеній», а Леманомъ (стр. 220) какъ «способность союза, не являющагося государствомъ, устанавливать обязательныя правовыя положенія».



Но самое сопоставленіе этихъ двухъ понятій можно признать не лишеннымъ основанія въ виду нѣкотораго сходства обнимаемыхъ ими явленій. Выше (стр. 80) мы указывали, что социальная автономія означаетъ присущую организованнымъ соединеніямъ способность устанавливать свой внутренній порядокъ. Государство не только оставляетъ значительный просторъ для такой самодѣятельности, но охраняетъ и санкціонируетъ созданный этимъ путемъ порядокъ, опредѣляя лишь границы и условія автономнаго правотворчества. Въ результатѣ автономія принимаетъ характеръ правового самоопредѣленія социальныхъ образований.

Такую же терпимую и охраняемую правопорядкомъ, самодѣятельность организованныхъ соединеній представляетъ собою, на нашъ взглядъ, дисциплинарная власть. Государство и тутъ считается съ тѣмъ, что такія соединенія, благодаря ихъ внутренней организаціи и фактически присущему имъ авторитету, способны въ известной мѣрѣ сами, безъ содѣйствія публичной власти, охранять необходимый имъ порядокъ отъ нарушенія. Для этой цѣли имъ можетъ и должна быть предоставлена известная свобода въ выборѣ средствъ и способовъ борьбы съ нарушителями порядка. Дисциплинарная власть также, какъ автономія, составляетъ форму правового самоопредѣленія. Но она направлена не на установленіе порядка, а на его охрану *собственными силами и средствами*, другими словами является *видомъ правовольной самопомощи*.

Когда дисциплинарная власть, въ указанномъ смыслѣ, осуществляется государственными учрежденіями или публичноправовыми союзами по отношенію къ ихъ служащимъ, ее пытаются объяснить самымъ характеромъ публичноправового властвованія<sup>1)</sup> Но какъ юридически

<sup>1)</sup> Некоторые ученые прямо объясняютъ дисциплинарную власть надъ лицами, состоящими на государственной службѣ, тѣмъ, что самопомощь со-



квалифицировать самовластное обуздывание непокорных или нарушающих порядок служащих и рабочих въ частномъ хозяйствѣ?

Самопомощь, какъ институтъ частнаго права, въ настоящее время имѣетъ весьма ограниченное примѣненіе. На раннихъ ступеняхъ государственной жизни она составляла единственный способъ осуществленія и защиты правъ<sup>1)</sup>. Древнѣйшій процессъ представлялъ, въ сущности, совершавшійся въ определенныхъ формахъ актъ самопомощи при участіи сперва родовой и общинной, а потомъ государственной власти<sup>2)</sup>. По мѣрѣ усиленія послѣдней возможность насильственнаго осуществленія частныхъ правъ все болѣе суживалась и, въ рядѣ случаевъ, она совершенно запрещалась подъ угрозой наказанія или извѣстныхъ невыгодъ. Въ романистической литературѣ многіе юристы, обобщая отдѣльные постановленія римскихъ источниковъ<sup>3)</sup>, высказывали мнѣніе, что самопомощь *принципіально* недопустима, а можетъ быть признана правомѣрною лишь въ точно указанныхъ за-

---

ставляетъ одинъ изъ признаковъ или элементовъ „права властвованія“. См. напр. Schmitthener, Grundlinien d. allg. Staatsrechts (1845) стр. 278 сл., Ehrenberg, Commendation und Huldigung (1877) стр. 144, Rehm въ Annalen des deut. Reiches за 1885 г. стр. 192.

1) Ihering, Geist des röm. Rechts I стр. 118: „Mit Selbsthülfe und Rache, dieser Art der wilden Gerechtigkeit, hat ein jedes Recht begonnen“.

2) Sohm, Institutionen (13 изд.) стр. „solemnisirte Selbsthülfe“, Сергѣевичъ, Лекціи, и изслѣдованія (3 изд.) стр. 569: „Древнѣйшій процессъ является въ формѣ самосуда, т. е. самоуправства, и самое рѣзкое свое выраженіе получилъ въ правѣ мести. Это личная расправа потерпѣвшаго правонарушеніе съ обидникомъ. Это явленіе свойственно всемъ народамъ на той же первоначальной ступени развитія“. Ср. Brunner, Rechtsgeschichte т. I (1887) стр. 187 сл. Meyer, Die Selbsthülfe въ Archiv f. bürg. Recht т. 19 стр. 41 сл.

3) Сюда относятся извѣстный *decretum divi Marci* (Dig. XLVIII, 7 l. 7, IV, 2 l. 13), и изъ позднѣйшаго римскаго законодательства Nov. 52 c. 1, Nov. 134 c. 7 и конституція импер. Θεодосія и Валентиніана 389 г. (C. VIII; 4 l. 7).



кономъ случаяхъ <sup>1)</sup>). Другіе рѣшительно возстали противъ этого ученія. Такой принципъ, по словамъ Пухты <sup>2)</sup>, «не имѣетъ опоры въ римскомъ правѣ; его существованіе въ германскомъ правѣ также не доказано. Это современный продуктъ системы чрезмѣрнаго управленія (Zuvielregieren) и опеки менѣе всего умѣстной въ гражданскомъ правѣ». Мнѣніе Пухты, подробно обоснованное и развитое Вендтомъ <sup>3)</sup>, въ настоящее время уже почти не встрѣчаетъ возраженій <sup>4)</sup>. Вендтъ послѣ тщательнаго разбора всѣхъ случаевъ дозволенной самопомощи въ римскихъ источникахъ приходитъ къ выводу, что «въ чистомъ римскомъ правѣ удареніе лежало не на формальной сторонѣ, а на матеріальной уполномоченности къ самопомощи. Смѣна процессуальныхъ формъ не затрогивала ея сущности». И въ наше время, говоритъ онъ, «самопомощь имѣетъ тотъ же матеріально-правовой характеръ. Съ полнымъ основаніемъ можно предоставить осуществленіе и исполненіе правъ,— въ формѣ завладѣнія или взятія и присвоенія плодовъ соседняго участка или *ringare, reficere, aedificare*—собственной энергіи заинтересованныхъ лицъ, не опасаясь, что основа государственнаго и правового порядка окажется нарушенною, если власти вмѣсто того, чтобы

---

1) См. Windscheid (изд. 1, 2 и 3) § 123; (тамъ литература; въ слѣдующихъ изданіяхъ Виндшейдъ измѣнилъ свой взглядъ), Unger System d. öster allg. Privatr. II стр. 341: „Die Selbsthülfe ist heutigen Tages als solche, der Regel nach, als Unrecht zu betrachten, da sie dem modernen Begriff des Staates widerspricht“. Идея принципиальной недопустимости частной самопомощи усвоена также большинствомъ гражданскихъ уложеній 18 и 19 вѣковъ. Ср. Codex Maxim. Bavar. II стр. 6 § 24, Прусское ALR. Einl. § 77, австр. ABGh. § 19, Сакс. улож. § 179. На той-же точкѣ зрѣнія стоитъ нашъ Св. зак. гражд. ст. 690 и 531. Ср. В. И. Синайскій, Русс. Гр. Право I стр. 187 сл.

2) Lehrbuch und Vorlesungen § 80.

3) Otto Wendt: Das Faustrecht etc. въ Jahrb. f. Dogm. т. 21.

4) Ср. Gierke, Deut. Privatrecht стр. 337: Heute ist grundsätzlich die Selbsthülfe als solche nicht unerlaubt, Dernburg Pandekten I § 125, Bähr въ Jahrb. f. Dogm. т. 26 стр. 257, Ср. Motive къ BGB I стр. 352 сл.



самимъ помогать, будутъ оставлять просторъ для самопомощи».

Такимъ образомъ, по мнѣнію Вендта, мѣняется только форма самопомощи, но, по существу, она во все времена и у всехъ народовъ означаетъ одно и тоже: осуществленіе своего права собственными силами и средствами посредствомъ принужденія другого лица, къ исполненію лежащихъ на немъ обязанностей <sup>1)</sup>. Съ такимъ опредѣленіемъ трудно согласиться. Мѣняются не только формы, но также способы, цѣли и предѣлы самопомощи. Изъ извѣстныхъ древнему и средневѣковому праву способовъ самопомощи до нашихъ дней сохранилось только задержаніе чужихъ вещей или личности правонарушителя, совершаемое притомъ не ради осуществленія, а ради обезпеченія требованій, возникающихъ изъ учиненнаго имъ деликта <sup>2)</sup>. Но и примѣненіе этихъ мѣръ допускается въ настоящее время лишь при двухъ условіяхъ: невозможности своевременнаго содѣйствія со стороны власти и опасенія, что безъ этихъ мѣръ нельзя или трудно будетъ получить удовлетвореніе вполнѣ. Предѣлы самопомощи, какъ способа охраненія частныхъ правъ, нѣсколько шире въ новѣйшихъ гражданскихъ уложеніяхъ—германскомъ и швейцарскомъ. Изъ нихъ первое перечисляетъ въ § 229 мѣры допустимыя въ цѣляхъ самопомощи, а именно: отнятіе, разрушеніе или поврежденіе вещи, задержаніе убѣгающаго должника и сломленіе сопротивленія лица, обязаннаго терпѣть извѣстное дѣйствіе. Швейцарское же уложеніе воздерживается отъ такого перечня. «Кто себя самъ защищаетъ ради обезпеченія правомѣрнаго притязанія, не обязанъ

1) Ср. также Dernburg I. c. „Selbsthülfe ist Verwirklichung eines Rechtes gegen Widerstand mittelst Veranstaltungen des Berechtigten ohne Inanspruchnahme der Obrigkeit“.

2) См. напр. Св. гр. узак. губ. прибалт. ст. 3387 сл., Сакс. гр. улож. ст. 179 и 180, Ср. Wilda въ Z. f. deut. Recht т. I стр. 167 сл. (тамъ указ. литер.).



къ возмѣщенію убытковъ, если при данвыхъ обстоятель-ствахъ невозможно получить своевременную помощь отъ власти и онъ только путемъ самопомощи можетъ избѣгнуть лишенія своего притязанія или особыхъ затрудненій при его осуществленіи» (зак. объ обяз. 1911 г. ст. 52 отд. 3). Такимъ образомъ законодательная эволюція, хотя и привела къ признанію допустимости самопомощи, какъ средства защиты частныхъ правъ, но только ради обезпеченія будущаго судебного спора и при исключительныхъ, оправдывающихъ ее, обстоятельствахъ. Просторъ для «собственной энергіи заинтересованныхъ лицъ» при охранѣ ими своихъ правъ и въ современномъ правѣ очень не великъ и имѣетъ характеръ чего то аномальнаго, исключительнаго, нуждающагося каждый разъ въ особомъ оправданіи. Таковъ итогъ многовѣковой борьбы идеи «государственной монополіи на экзекуцію» <sup>1)</sup> съ естественнымъ стремленіемъ гражданъ обходиться безъ содѣйствія государства тамъ, гдѣ это фактически возможно.

Сказанное относится только къ обезпеченію и охранѣ индивидуальныхъ правъ. Просторъ значительно больше и отношеніе государства существенно иное въ области соціальной самопомощи, т. е. охраны собственными силами порядка внутри опредѣленной соціальной сферы: дома, хозяйства, предпріятія и т. д. Мы не будемъ останавливаться на историческихъ основаніяхъ этого явленія въ области трудового договора, подробно изложенныхъ нами въ первой части нашего изслѣдованія. Трудовое или служебное отношеніе во всѣ эпохи разсматривалось какъ отношеніе, поглощающее въ извѣстной мѣрѣ личность свободнаго человѣка, обязывающее его къ повиновенію и дающее господину право собственными силами прину-

<sup>1)</sup> Ср. Unger, ук. соч. стр. 342 прим. 13.



ждать его къ послушанію и противодѣйствовать нарушенію установленнаго имъ порядка. Предѣлы и средства противодѣйствія мѣнялись и постепенно суживались по мѣрѣ признанія ненарушимости, неотъемлемости и неотчуждаемости правъ личности подвластнаго. Но самый принципъ, что хозяинъ можетъ, въ отведенныхъ ему границахъ, пользоваться для указанной цѣли средствами, коими онъ самъ располагаетъ, а не прибѣгать къ помощи государства, оставался неизмѣненнымъ. Государство же вмѣшивалось во внутреннюю жизнь дома и хозяйственнаго предпріятія лишь тогда, когда этого требовали интересы общественнаго порядка, когда господинъ выходилъ изъ предѣловъ допустимаго воздѣйствія на подвластныхъ или когда, наоборотъ, его силы оказывались недостаточными. Законодатель, какъ мы видѣли, боролся главнымъ образомъ съ самовольнымъ досрочнымъ уходомъ слугъ и рабочихъ, допускалъ ихъ насильственное удержаніе и возвращеніе, создавалъ особый контроль надъ ними при помощи рабочихъ книжекъ и другими способами, санкціонировалъ хозяйское право наказыванія или устанавливалъ публичныя кары за проступки противъ хозяйской власти и т. д. Неподчиненіе хозяйской волѣ и нарушеніе внутренняго порядка дома или хозяйства разсматривались какъ дѣянія, съ которыми должны и могутъ бороться сами хозяева при помощи и поддержкѣ не гражданскаго, а уголовнаго суда или же административныхъ органовъ государства.

Это возрѣніе не утратило своего практическаго значенія въ современномъ правѣ, хотя и подверглось существеннымъ измѣненіямъ, въ связи съ измѣненіемъ самаго характера взаимоотношеній хозяевъ и работниковъ, а также направленія и интенсивности соціальной политики. Въ нашемъ законѣ еще до сихъ поръ въ нѣкоторыхъ



исключительныхъ случаяхъ <sup>1)</sup> допускается возвращеніе нанявшагося лица мѣрами полиціи. Лишь недавно отмѣнена уголовная кара за самовольный досрочный уходъ рабочаго. По общему правилу, хозяину уже не позволено насильно удерживать нанятое лицо. Однако, пока трудовое отношеніе фактически не расторгнуто, лица, подчиненныя хозяйской власти, и въ настоящее время обязаны терпѣть отрицательную оцѣнку хозяиномъ ихъ поведенія, въ видѣ внушенія или выговора, непосредственное противодѣйствіе съ его стороны нарушенію порядка, какъ напр. недопущеніе опоздавшаго или нетрезваго рабочаго въ заведеніе, его удаленіе оттуда, наконецъ, — въ формахъ и границахъ, опредѣленныхъ положительнымъ правомъ, — также налагаемая хозяиномъ взысканія въ возмездіе за содѣянное. По послѣднему вопросу нашъ законъ <sup>2)</sup> въ нѣкоторыхъ случаяхъ выражается очень неопредѣленно. Такъ согл. ст. 12 Уст. торг. «прикащика, ведущаго безпорядочную и развратную жизнь, дозволяется хозяину увимать домашнею строгостью». Какія это мѣры, уставъ не указываетъ. Мастеру ремесленнику предписывается учениковъ «безъ вины не наказывать» (ст. 359). «Каждый мастеръ, говорится въ ст. 360, имѣетъ въ домѣ своемъ право хозяина надъ подмастерьями своими такъ, какъ и надъ учениками и всѣми прочими своими домашними, однако съ тѣмъ, чтобы права Управы имъ не были нарушаемы». Болѣе новые законы, вошедшіе въ Уставъ о промышл. трудѣ и въ Полож. о наймѣ на сельскія работы, точно регламентируютъ поводы и размѣры денежныхъ штрафовъ, а также

---

<sup>1)</sup> См. Уст. Торг. стр. 254, Полож. о наймѣ на сельск. раб. ст. 101.

<sup>2)</sup> Въ настоящее время производится въ министерствѣ труда пересмотръ законовъ о личномъ наймѣ. Предполагается, между прочимъ, упразднить штрафы, налагаемые властью хозяина. Соответственный проектъ уже внесенъ на разсмотрѣніе Временнаго Правительства.



поводы къ одностороннему увольненію и пр. Въ основаніи всѣхъ этихъ положеній нашего закона несомнѣнно лежитъ та мысль, что хозяинъ можетъ и долженъ въ извѣстныхъ предѣлахъ самъ «принимать мѣры къ охраненію благоустройства и порядка въ предпріятіи» (88 Уст. пром. тр.), не обращаясь къ суду, и что для этой цѣли ему предоставлена извѣстная свобода въ выборѣ средствъ.

Въ полномъ согласіи съ такимъ общимъ духомъ нашего закона, Правительствующій Сенатъ по уголовному Департаменту отвергъ характеръ оскорбленія въ порицаніи, выраженномъ лицу, состоящему въ услуженіи, за неисполненіе имъ своихъ обязанностей (рѣш. 18/70 № 410). Въ рѣшеніи 1875 г. за № 176 Сенатъ призналъ, что «могутъ быть случаи такого рода нарушенія слугами своихъ обязанностей, при коихъ порядокъ въ домѣ и достоинство власти хозяина дома могутъ быть восстановлены лишь немедленнымъ удаленіемъ прислуги изъ дома, не ожидая вмѣшательства правительственной власти». Въ этихъ случаяхъ, по указанію Сената, въ дѣйствіяхъ хозяина нѣтъ признаковъ самоуправства. Таганцевъ <sup>1)</sup> такъ формулируетъ основную мысль этихъ разъясненій: «нельзя забывать, что прислуга проживаетъ у нанIMATEЛЯ, въ силу чего послѣдній, какъ охранитель порядка и спокойствія въ домѣ, по необходимости долженъ имѣть извѣстную власть для этой охраны, а потому необходимыя мѣры, принятая противъ буйства, проявленія распутства, пьянства прислуги въ домѣ хозяина, какъ осуществленіе естественно принадлежащаго ему дисциплинарнаго права, должны быть признаваемы наказуемыми». Фель Резонтъ <sup>2)</sup> также считаетъ «не подлежащимъ сомнѣнію признаніе нашими законами, въ видѣ общаго пра-

---

1) Русское Угол. Право стр. 99.

2) Ук. соч. стр. 19.



вила, подчиненности прислуги хозяину и соответствующей этой подчиненности дисциплинарной власти последнего».

Противъ изложеннаго взгляда на наше дѣйствующее право А. А. Жижиленко возражаетъ, что «право вторженія въ сферу чужихъ правовыхъ благъ не можетъ быть основываемо на презумпціи; законъ долженъ точно указывать наличность этого права, его предѣлы и условія осуществленія» <sup>1)</sup>. Съ этимъ нельзя не согласиться, насколько рѣчь идетъ о *карательной* власти хозяина, объ его правѣ налагать на работниковъ взысканія. Но, какъ мы уже указывали, карательная и дисциплинарная власть не тождественны; первая не исчерпываетъ второй. Положеніе *nulla poena sine lege* не противорѣчитъ тому положенію, что хозяину предоставлено право бороться собственными силами и средствами съ неповиновеніемъ подвластныхъ ему лицъ и съ нарушеніемъ порядка <sup>2)</sup>. Но изъ него вытекаетъ, что наказывать (въ техническомъ смыслѣ этого слова) онъ можетъ лишь въ случаяхъ и предѣлахъ, установленныхъ закономъ.

Дисциплинарная власть, какъ форма соціальной самопомощи, поставлена дѣйствующимъ правомъ въ болѣе широкія и менѣе опредѣленныя рамки, чѣмъ частная самопомощь. Она, въ отличіе отъ послѣдней, признается въ отведенной ей области волицѣ нормальнымъ и посто-

1) Ук. соч. стр. 626.

2) Проф. Жижиленко въ другомъ мѣстѣ своей книги (стр. 597) самъ поясняетъ, что извѣстныя мѣры, которыя обычно именуется дисциплинарными наказаніями, на самомъ дѣлѣ, по своей сущности, въ виду той функціи, которую онѣ выполняютъ, оказываются не наказаніемъ, а мѣрами защиты, такъ какъ въ нихъ не выражается оцѣнка учиненнаго, покоящаяся на представленіи о виновности извѣстнаго лица, и такъ какъ при помощи ихъ достигается лишь защита даннаго единенія людей отъ субъектовъ грозящихъ ему опасностью. Здѣсь въ основаніи принятія подобной мѣры лежитъ представленіе не о нарушеніи извѣстной обязанности даннымъ лицомъ, а о той опасности, которую оно учиняетъ въ виду учиненныхъ имъ дѣяній».



явнымъ явленіемъ. Государство явно или молчаливо предоставляетъ лицамъ, состоящимъ во главѣ организованныхъ соединеній, — въ томъ числѣ хозяйственныхъ предпріятій — самимъ охранять ихъ внутренній порядокъ тѣми средствами, коими они располагаютъ. Въ этомъ заключается социологическій и юридическій фундаментъ дисциплинарной власти <sup>1)</sup>). Каковы бы ни были дисциплинарныя мѣры, въ нихъ всегда проявляется *свойственная социальному цѣлому сила и способность къ самозащитѣ, прямо или косвенно направленной на охрану установленнаго въ немъ порядка отъ нарушенія или несоблюденія лицами, обязанными ему подчиняться* <sup>2)</sup>).

Въ тѣхъ случаяхъ, когда для этой цѣли приходится прибѣгать къ вторженію въ правовую сферу подвластного, посягать на его личность или имущество, современное право уже не можетъ ограничиться такими указаніями, какъ «мѣры домашней строгости», «обходится справедливо и кротко» и т. под. Право возмездія за содѣянное причиненіемъ какого нибудь зла, по современному правосознанію, не можетъ быть предоставлено хозяину въ столь общей формѣ, а должно регулироваться закономъ. Вообще же предѣлы дисциплинарной власти, насколько они не предусмотрены закономъ и договоромъ, совпадаютъ съ общими рамками хозяйской власти, т. е. она простирается только на подвластную хозяйную сферу

---

<sup>1)</sup> Ср. Мезаръ ур. соч. стр. 80: „Le groupe a le droit de punir comme l'individu a le droit et le devoir de se conserver et de se défendre pour remplir la mission dont il est chargé: c'est la nécessité de sa fonction qui en fait la légitimité“.

<sup>2)</sup> Gierke, Genossenschaftstheorie стр. 718, перечисляя „Handlungen eines Gemeinwesens an seinen Gliedern“, указываетъ между прочимъ: „es sucht durch Zwang und durch Strafe ein normgemässes Verhalten zu sichern“. А въ примѣчаніи онъ прибавляетъ: „Mag auch der Zwang nur ein indirekter sein und die Strafe in dem Ausschlusse gipfeln, so tritt doch dabei stets ein Ganzes seinem Gliede autoritativ gegenüber“.



и на лицъ, обязанныхъ соблюдать охраняемый порядокъ. Если ей не поставлены болѣе тѣсныя границы правопорядкомъ даннаго предпріятія, дисциплинарная власть находитъ свой естественный предѣлъ въ этихъ рамкахъ и въ неотъемлемыхъ правахъ, лицъ, ей подчинившихся.

3. *Нормативная власть.* Она проявляется въ установленіи и изданіи нормъ, опредѣляющихъ внутренній порядокъ предпріятія. На вопросъ объ ея юридической природѣ мы можемъ не останавливаться. Отвѣтъ на него уже содержится въ сказанномъ нами выше о сущности этого порядка и объ его источникахъ. Мы убѣдились, что нормативная власть хозяина не вытекаетъ изъ его права собственности на предпріятіе и не можетъ быть объяснена при помощи, отжившей свой вѣкъ, идеи патріархальной власти, принадлежащей ему, какъ домовладыкѣ (см. выше стр. 147). Правовое основаніе нормативной власти кроется въ принадлежащей предпріятію какъ соціальному образованію, способности къ правовому самоопредѣленію, др. сл. въ его соціальной автономіи. Хозяинъ осуществляетъ эту автономію не въ силу делегаціи со стороны государства (стр. 83), а какъ глава предпріятія и носитель имманентной предпріятію правосозидательной силы. Въ его нормативныхъ актахъ проявляется не его индивидуальная правоспособность, а способность предпріятія творить свой внутренній правопорядокъ, или, какъ выражается нашъ законъ, устанавливать «должный порядокъ предпріятія». Отсюда явствуетъ, что предѣлы нормативной власти совпадаютъ не съ частною автономіею хозяина или самаго предпріятія (какъ юридическаго лица), а съ соціальною автономіею послѣдняго. Нормы внутренняго порядка, въ отличіе отъ диспозитивныхъ и дисциплинарныхъ актовъ хозяина, всегда обязываютъ также его самаго. Самое изданіе ихъ не всегда зависитъ отъ усмотрѣнія хозяина, а нерѣдко составляетъ возложенную на него закономъ



повинность, осуществляемую под контролем органов государства или рабочих.

Въ только что полученной нами книгѣ; озаглавленной *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht* (München 1916), Гуго Зинцгеймеръ, авторъ одного изъ лучшихъ изслѣдованій о коллективномъ договорѣ (*Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, 2 части, 1907 и 1908) развиваетъ учение о социальной автономіи, весьма близкое къ учению, изложенному нами въ статьѣ объ автономномъ правотворествѣ въ частномъ правѣ (Юридическій вѣстникъ 1913 г. кн. IV) и выше въ главѣ III. Характернее для нашей эпохи преобладаніе государственнаго закона надъ другими источниками права, говоритъ Зинцгеймеръ, порождаетъ разладъ между правомъ и жизнью. Причина этого разлада кроется въ несовпаденіи правополагающей (государства) и правосозидающей силъ (общества). Это несовпаденіе вполне устраняется только тамъ, гдѣ «свободно организованныя общественныя силы сами непосредственно и плансѣрно творятъ объективное право и имъ самодѣтельно управляютъ» (стр. 186), др. сл. при наличности «соціального самоопредѣленія въ области права». Это самоопредѣленіе не тоже самое, что «автономія» въ общеупотребительномъ, исторически сложившемся смыслѣ. Но если отрѣшиться отъ исторически сложившагося представленія и разумѣть подъ автономіею всякое «сознательное и непосредственное правотворчество со стороны общественныхъ организацій», тогда она тождественна съ понятіемъ о социальномъ самоопредѣленіи.

Не кроется ли, однако, спрашиваетъ Зинцгеймеръ, въ идеѣ социальнаго самоопредѣленія нѣчто враждебное идеѣ государства? Не нарушается ли ею единство правотворчества? Не возвращаетъ ли она насъ къ средневѣковымъ формамъ децентрализованнаго правообразованія?



Государство, отвѣчаетъ авторъ, сохраняетъ и тутъ свое верховенство, проявляя его въ троякой формѣ: оно устанавливаетъ посредствомъ принудительныхъ законовъ предѣлы дѣйствія соціальныхъ нормъ, оно опредѣляетъ условія ихъ возникновенія и юридической силы и надзираетъ за тѣмъ, чтобы правотворчество соціальныхъ образованій оставалось въ отведенныхъ ему предѣлахъ. Нерѣдко оно также принимаетъ мѣры къ тому, чтобы заинтересованные круги дѣйствительно осуществляли эту функцію. Законодатель иногда опредѣляетъ и санкционируетъ способы автономнаго правообразования (формы образования нормативныхъ актовъ). Но въ этомъ нѣтъ необходимости. И безъ признанія со стороны государства правосозидательныя силы общества существуютъ и дѣйствуютъ.

Этимъ путемъ, говоритъ Зинцгеймеръ, достигается децентрализація правотворчества и «объективность» права въ томъ смыслѣ, что «на нормировку оказываютъ вліяніе, по возможности, всѣ затронутые ею интересы и взаимная зависимость всѣхъ жизненныхъ отношеній: они нормируются не какъ индивидуальное дѣло участвующихъ въ нихъ лицъ, а какъ явленіе соціальной жизни».

На ряду съ соціальнымъ самоопредѣленіемъ, въ формѣ автономнаго правотворчества общественныхъ круговъ, Зинцгеймеръ указываетъ также на ту форму самодѣятельности, о которой мы говорили выше, въ связи съ дисциплинарною властью (соціальною самопомощью). Онъ называетъ ее «соціальною экзекуціею» и видитъ въ ней терпимое государствомъ проявленіе способности соціальныхъ организацій къ охранѣ ихъ внутренняго правового порядка собственными силами и средствами. Оставаясь въ предѣлахъ своей темы, Зинцгеймеръ приписываетъ способность къ соціальному самоопредѣленію и къ соціальной самоохранѣ только профессиональнымъ союзамъ,



совершающимъ тарифные договоры. Мы идемъ дальше. Автономное правотворчество и социальная самопомощь не составляютъ особенности этихъ союзовъ, а общее явленіе, встрѣчаемое повсюду, гдѣ какая нибудь организованная группа нуждается въ установленіи и охранѣ *своею* внутренняго порядка для планомернаго осуществленія определенныхъ задачъ. Оно наблюдается не только въ союзахъ, но также въ авторитарно организованныхъ предприятияхъ. «Социальное самоопредѣленіе и социальная экзекуція» въ этихъ предприятияхъ осуществляются главою предприятия или посредствомъ, исходящихъ отъ него, одностороннихъ актовъ или посредствомъ заключаемыхъ имъ нормативныхъ соглашеній. Функція ихъ осуществленія и составляетъ то, что мы называемъ нормативною властью хозяина.

Нормативные акты всегда совершаются въ точно опредѣленныхъ, иногда въ санкціонированныхъ положительнымъ правомъ (закономъ или обычаемъ) формахъ. Исторія этихъ формъ чрезвычайно поучительна. Она представляетъ наглядную картину постепенной эволюціи внутренняго строя хозяйскихъ предприятий отъ односторонняго абсолютизма, почти безконтрольно устанавливающаго порядокъ въ подвластной сферѣ, къ системѣ соглашеній съ организованными группами лицъ, отдающихъ свою рабочую силу предприятию, съ профессиональными союзами, наконецъ съ государственными или общественными учрежденіями и организаціями, въ задачи которыхъ входитъ охрана интересовъ трудящихся. Сперва эти соглашенія разсматриваются какъ акты частной—хотя и коллективной—воли, безцельные стѣснять договорную свободу связанныхъ ими лицъ и необязательные для тѣхъ, кто не принималъ участія въ ихъ заключеніи. Но постепенно въ правосознаніи заинтересованныхъ группъ крѣпнеть и укореняется представленіе о нормативной функціи такихъ



соглашеній и имъ приписывается для опредѣленной сферы сила автономныхъ нормъ объективнаго права и даже способность автоматически вытѣснять всякіе, противорѣчащіе имъ, индивидуальныя договоры и другіе акты хозяйской власти. Для выясненія юридической природы нормативныхъ актовъ и связанныхъ съ ними сложныхъ правовыхъ явленій рамки господствующаго цивилистическихъ догматовъ и понятій оказываются подчасъ слишкомъ тѣсными. Въ ближайшихъ главахъ мы постараемся всесторонне освѣтить эти своеобразныя институты трудового права, вносящіе мощную струю новыхъ идей и заданийъ въ стройную, но малоподвижную область цивилистической науки и гражданскихъ законовъ.