

I
284

*Who
1956*

*Губернатору Александру Львовичу
Пасоверу*

Проф. Л. Кассо.

м. СПб

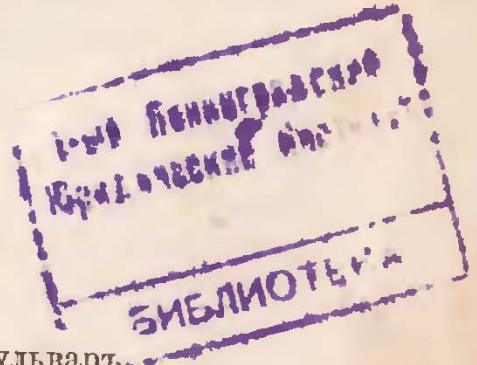
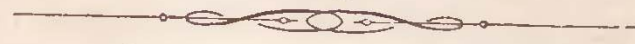


ИСТОЧНИКИ

РУССКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

(Вступительная лекція, читанная въ Московскомъ Университетѣ 17-го Января 1900 года).

*Б-ка 2-го Лекцигр. Юридическ. Ин-та
им. М. И. КАЛИНИНА*



МОСКВА.

Университетская типографія, Страстной бульварь.

1900.

Мм. гг.

Въ теченіе вашего пребыванія въ университетѣ вы дважды изучаете гражданское право. Прежде чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію дѣйствующей въ нашемъ отечествѣ системы, вы получаете подробную картину правовыхъ нормъ, выработанныхъ народомъ, давно уже сошедшимъ съ міровой сцены. Римское право, помимо своего воспитательнаго значенія, помимо необходимыхъ основъ, которыя оно даетъ юридическому образованію, оказываетъ еще другую услугу: изученіе его оставляетъ въ каждомъ изъ насъ ободряющее энергію представленіе о той роли, которую могутъ играть юристы въ правовомъ развитіи культурнаго общества. Исключительное мѣсто Рима въ исторіи права объясняется не интенсивностью законодательной дѣятельности, не оригинальностью институтовъ, а исключительно научной разработкой права. Римъ именно создалъ юриспруденцію: представители послѣдней, юристы, распространяли юридическія знанія своими отвѣтами и сочиненіями: они окружали претора и помогали ему своими совѣтами и указаніями.

Вамъ приходится знакомиться съ римскимъ и съ русскимъ гражданскимъ правомъ. Въ этой двойственности занятій Сперанскій ¹⁾ усматривалъ нѣкоторую трудность для «нашихъ молодыхъ законниковъ». Но въ сущности вездѣ начинающіе юристы должны рядомъ съ національнымъ правомъ изучать также римское; и значеніе послѣдняго иногда лишь отступаетъ на второй планъ въ эпохи кодификаціи, въ эпохи увлеченія новой формулировкой старыхъ началъ. Трудность, истекающая изъ двукратнаго изученія гражданского права, опредѣляется объемомъ заимствованій изъ римскаго права со стороны отечественныхъ источниковъ.

Сперанскій ²⁾ почти безусловно отрицалъ даже посредственное воздѣйствіе римскаго права на наше законодательство. Но уже въ его время подобный взглядъ нуждался въ нѣкоторой поправкѣ, а теперь еще легче подыскать изданныя у насъ въ теченіе XIX вѣка зако-

¹⁾ Архивъ Калачова, 1859, I, стр. 8.

²⁾ Обзорніе историческихъ свѣдѣній о Сводѣ Законовъ, стр. 85.

ненія, гдѣ отражаются римскія ученія, заимствованныя нами изъ западныхъ кодексовъ ¹⁾. Эта посредственная рецепція носитъ у насъ своеобразный, отрывочный характеръ, который вытекаетъ изъ самаго способа воспринятія. Въ Россіи не было въ этомъ отношеніи постепенной работы со стороны науки и практики, которая установила бы въ системѣ гражданскаго права гармонію и единообразіе: чисто - законодательная рецепція не могла избѣгнуть пробѣловъ и недочетовъ. Этимъ объясняется, напримѣръ, почему въ нашемъ правѣ условія приобретательной давности не согласованы съ римскимъ ученіемъ объ отвѣтственности за полученные плоды, такъ что по отношенію къ праву на урожай у насъ требуется *bona fides* въ теченіе 10 лѣтъ, но по наступленіи 11-го года *mala fides* торжествуетъ въ видѣ утвержденія въ правѣ собственности на землю ²⁾.

Наше законодательство въ области гражданскаго права не всегда работало съ одинаковой интенсивностью. Если мы возьмемъ московскій періодъ, то мы найдемъ тамъ обычай въ роли главнаго источника гражданскаго права. Такой выводъ по крайней мѣрѣ неизбеженъ въ виду сравнительной скудости и краткости постановленій законодательныхъ памятниковъ названнаго періода въ этой области правовой жизни. Ни изъ Судебниковъ, ни изъ Уложенія мы не получаемъ полной картины семейныхъ или наследственныхъ правоотношеній. Нужно думать, что судьи весьма часто руководились мѣстными или общими обычаями. Слѣды этихъ народныхъ воззрѣній могутъ быть найдены въ дошедшихъ до насъ актахъ, въ судебныхъ рѣшеніяхъ, представляющихъ выдающійся интересъ для историковъ, но для самаго развитія нашего гражданскаго права этотъ матеріалъ пропалъ почти безслѣдно.

Недостаточность законодательныхъ постановленій вызывала уже тогда заимствованія изъ иностранныхъ источниковъ, византійскихъ и литовскихъ: нѣкоторыя изъ этихъ заимствованій носили характеръ временнаго заполнения пробѣла ³⁾ или даже интерполяціи ⁴⁾; другія, наоборотъ, получили официальное признаніе и удержались впоследствии ⁵⁾.

Что же касается обычая, то нужно констатировать, что, несмотря на его дѣйствительное значеніе, государственная власть московскаго

¹⁾ См., напр., зак. 21 марта 1851 г. (25055) III.

²⁾ Ср. ст. 533 и 610 I ч. X тома.

³⁾ Такъ, напр., Уложеніе 1649 года, X, 197 (Лит. Статутъ 1588 г. Розд. VII, арт. 29).

⁴⁾ Относительно заимствованія изъ гл. 2 тит. X Эблога въ указѣ Іоанна IV другаго мнѣнія Владимірскій-Будановъ, Обзоръ исторіи русскаго права, изд. 3, стр. 592 и сл.

⁵⁾ Напр., Уложеніе, X, 238 (Лит. Статутъ 1538 г. Розд. 9, арт. 21).

періода мало сдѣлала для его развитія или даже для его поддержанія: у насъ не только никогда не было, какъ въ древней монархической Франціи, правительственнаго утвержденія кутюмовъ, но въ законодательныхъ памятникахъ какъ будто проглядываетъ желаніе вытѣснить неписанное право ¹⁾. И въ концѣ этого періода судьи, по крайней мѣрѣ въ центральныхъ учрежденіяхъ, повидимому уже не прибѣгаютъ къ обычаю, даже какъ къ субсидіарному источнику права: въ случаяхъ недостаточности закона они охотно обращаются къ верховной власти за разъясненіями или дополненіями.

Эта характерная черта предвѣщаетъ уже наступленіе періода Имперіи, въ которомъ законодательство получаетъ значеніе чуть ли не исключительнаго источника права, тогда какъ обычай совершенно отступаетъ на задній планъ. Усиленіе и распространеніе крѣпостнаго права не позволили широкимъ слоямъ населенія играть роль право-производящаго фактора и придавать бытовымъ воззрѣніямъ силу юридическихъ нормъ.

Законодательству пришлось одному работать для удовлетворенія нуждъ оборота, и можно только удивляться размѣрамъ дѣятельности, проявленной у насъ государственной властью. Даже при бѣгломъ обзорѣннн соответствующихъ узаконеній въ Полномъ Собраніи Законовъ за XVIII вѣкъ и первую половину XIX получается поразительная картина той заботливости и энергіи, которыя были направлены къ упорядоченію нашего гражданскаго быта. Для насъ кромѣ того лестно отмѣтить, что въ нѣкоторыхъ вопросахъ наше законодательство стремилось проводить благотворныя начала, тогда еще не вездѣ признанныя на Западѣ ²⁾: я имѣю главнымъ образомъ въ виду оглашеніе сдѣлокъ о недвижимостяхъ. Наше государство по отношенію къ лицамъ, пріобрѣтавшимъ недвижимость, считало себя обязаннымъ гарантировать достовѣрность права собственности отчуждателей и кромѣ того свободу участковъ отъ ипотечныхъ долговъ. Съ этой цѣлью именно и собирались органами государственной власти свѣдѣнія объ актахъ, въ силу которыхъ недвижимое имущество отчуждается или обременяется ³⁾. Пути, избираемые для созданія такого необходимаго обзора поземельныхъ правоотношеній, не всегда были одинаково удачны; пришлось, напр., отказаться отъ обязательности ввода во владѣніе ⁴⁾ и кромѣ того въ дѣлѣ крѣпостной регистраціи

¹⁾ См. Судебникъ Царя Іоанна Васильевича, ст. 97. 98.

²⁾ По крайней мѣрѣ въ тѣхъ территоріяхъ, гдѣ римская негласность при установленіи правъ на недвижимость не была еще вытѣснена возрожденіемъ національныхъ началъ. Сюда должны быть отнесены французскія провинціи, за исключеніемъ *paus de nantissement*.

³⁾ См., напр., зак. 1719 г. (3436) п. 21; 1747 (9443); 1738 (7594); 1773 (13961); 1775 (14392) ст. 205; 1786 (16460); 1811 (24516) и др.

⁴⁾ Эту обязательность, какъ видно, предполагали составители IV книги Уст. Гр. Суд.; см. ст. 1432.

мы можем отмѣтить борьбу двухъ противоположныхъ теченій, центростремительнаго ¹⁾ и центробѣжнаго, изъ которыхъ послѣднее, получившее свое начало въ Учрежденіи о губерніяхъ ²⁾, восторжествовало сравнительно недавно ³⁾. Теперь есть основаніе рассчитывать, что въ ближайшемъ будущемъ свѣдѣнія о недвижимостяхъ, которыя въ настоящее время служатъ лишь руководствомъ должностному лицу ⁴⁾, сдѣлаются непосредственно доступными публикѣ ⁵⁾, и тогда, если только пробѣлы межеванія не умалятъ достовѣрности содержанія крѣпостной книги ⁶⁾, у насъ естественнымъ путемъ завершится вѣковая работа законодательства.

Какъ ни печально, но нужно констатировать, что государственная власть въ своихъ стараніяхъ улучшить и развить наше гражданское право не всегда находила сочувствіе и поддержку со стороны общества. Всѣмъ извѣстна неудача залоговой реформы 1737 г., имѣвшей цѣлю замѣнить просрочку заложенной вещи обязательною продажей ⁷⁾. Заимодатели усмотрѣли въ этой перемѣнѣ опасность для своихъ интересовъ, и пришлось черезъ нѣсколько лѣтъ ⁸⁾ вернуться къ дореформенной системѣ, слѣды которой еще не окончательно исчезли изъ нашего нынѣ дѣйствующаго права ⁹⁾.

Такимъ явленіямъ нужно противопоставить случаи, гдѣ общественное правосознаніе сумѣло отстоять противъ натиска законодательства, доходящаго до крайностей, прежнія начала, имѣющія полное право на дальнѣйшее существованіе: указъ о единонаслѣдіи 1714 г., изъявшій всѣ недвижимости изъ оборота и связавшій право наслѣдованія съ первородствомъ, удержался, какъ вамъ извѣстно, недолго.

Но, къ сожалѣнію, бытовья воззрѣнія, не получившія виѣшняго вида правовыхъ институтовъ, весьма часто должны были уступить нивелирующей силѣ закона, единственнаго официально признаннаго источника нормъ. Такъ объясняется вѣроятно участь отношеній су-

¹⁾ См., напр., зак. 1719 г. (3307), 1740 (8102), 1765 (12371). Остаткомъ этого направленія являются публикація, предписанная ст. 179 Пол. о Нот. Части.

²⁾ П. С. З. 14392, ст. 115.

³⁾ Пол. о Нот. Части, ст. 154 п. 3; Законъ о составленіи мѣстныхъ сборниковъ разрѣшительныхъ и запретительныхъ статей, 26 іюня 1889 г. (6131), ст. 17 п. сл.

⁴⁾ Ср. Правила, 31 мая 1891 г., о составленіи и веденіи реестра крѣпостныхъ дѣлъ (Собр. узак. 1891 г. № 60, 1893 г. № 179).

⁵⁾ Первымъ шагомъ въ этомъ направленіи является прим. 2 къ ст. 154 Пол. о Нот. Части.

⁶⁾ Ср. Игнатовскій, Межевые акты и укрѣпленіе вотчинныхъ правъ, 1896 г., стр. 267. 324.

⁷⁾ П. С. З. 7339 п. 3.

⁸⁾ Зак. 11 мая 1744 г. (8936).

⁹⁾ Сводъ Законовъ, Т. XVI, ч. 2: Законы о судопроизводствѣ гражданскомъ, ст. 632.

пруговъ по имуществу въ нашемъ правѣ: эти отношенія несомнѣнно существовали еще въ XVIII вѣкѣ ¹⁾, но не нормировались писаннымъ правомъ, что и дало законодателю формальное основаніе отрицать всякое воздѣйствіе брака на имущество брачующихся, и такимъ образомъ получился любопытный контрастъ нашего дѣйствующаго права: съ одной стороны неограниченное личное подчиненіе жены мужу, а съ другой полная разрозненность въ сферѣ матеріальныхъ интересовъ.

Среди обильной массы узаконеній, изданныхъ въ теченіе XVIII вѣка и первой половины XIX, можно отмѣтить постановленія, вызванныя неполнотой или неясностью дѣйствующаго права, обнаруженными при разсмотрѣніи какого-нибудь спорнаго дѣла. Здѣсь я касаюсь одного изъ наиболѣе характерныхъ моментовъ въ исторіи источниковъ нашего гражданского права ²⁾. Вамъ не безызвѣстно, что въ теченіе этого періода судебныя учрежденія, какъ вообще всѣ присутственныя мѣста, встрѣчаясь съ затрудненіями при примѣненіи закона, должны были приостановить рѣшеніе дѣла и ожидать разъясненія отъ высшей власти ³⁾. Это начало (уничтоженное для нынѣшнихъ судебныхъ учрежденій) было вызвано очевиднымъ желаніемъ исключить произволъ со стороны судьи ⁴⁾ и встрѣчалось не только у насъ, но и въ другихъ государствахъ XVIII вѣка, гдѣ оно также считалось цѣлесообразнымъ ⁵⁾: мы находимъ его даже въ законѣ революціонной Франціи, предписывающемъ судьямъ обращаться къ законодательному органу для испрошенія толкованія къ неясной нормѣ ⁶⁾. Такое отношеніе къ функціямъ судебной власти предполагаетъ въ судѣ чисто механической трудъ при примѣненіи статьи закона къ возникшему случаю: но подобная точка зрѣнія врядъ ли соответствуетъ всегда дѣйствительности. Живые люди, даже при желаніи съ ихъ стороны, не могутъ работать какъ машины. Судья, восстанавливая или защищая нарушенное право, придаетъ статьѣ закона животворящую силу, которую она можетъ получить только отъ него ⁷⁾: не даромъ преторъ назывался у Римлянъ: *viva vox juris civilis*.

Какъ ни ясна статья закона, толкованіе и примѣненіе ея въ жизни зависятъ отъ людей, которые невольно, даже безсознательно вкла-

¹⁾ Ср. ук. 19 дек. 1744 г. (9095); ст. 7 гл. 30 Межев. Ипстр. 13 мая 1754 г. (10237) и ук. 6 февр. 1757 г. (10796).

²⁾ См. дѣйствующее до сихъ поръ постановленіе Общаго учрежденія губернскаго въ ст. 476 (Сводъ Законовъ Т. II ч. I изд. 1892 г.).

³⁾ Ср., напр., ук. 13 дек. 1763 г. (11989) ст. 5; Учрежд. о губ. 7 ноября 1775 г. (17392) ст. 101.

⁴⁾ См. Наказъ 30 іюля 1767 г. (12949) ст. 153.

⁵⁾ См., напр., Прусское Земское Право. Введеніе, § 6.

⁶⁾ *Loi du 24 avril 1790, tit. II, art. 12*. Противъ этого принципа была направлена впоследствии ст. 4. *Code civil*.

⁷⁾ Ср. Bülow, *Gesetz und Richteramt* (1885), стр. 6 и сл.

дываютъ въ эту дѣятельность свое пониманіе, свой образъ мысли, и легко можетъ получиться рѣшеніе, не всегда соотвѣтствующее тому смыслу, который могла или должна была имѣть статья закона въ глазахъ ея составителей. Такимъ образомъ судебная практика, даже въ тѣхъ узкихъ рамкахъ, въ которыя она была поставлена до введенія ¹⁾ новаго закона, могла играть въ исторіи зарожденія нашего права нѣкоторую, хотя и скромную, созидательную роль. Но, къ сожалѣнію, рѣшенія судовъ, даже высшихъ, за исключеніемъ случаевъ автентическаго толкованія, не оглашались въ теченіе даннаго періода, и не было вслѣдствіе этого главнаго средства для единообразнаго усовершенствованія и развитія институтовъ гражданскаго права. Громадный трудъ, вложенный въ судебныя рѣшенія, накопившіяся за это время ²⁾, и здѣсь также мало повліялъ на судьбы нашего положительнаго права.

Разсмотрѣнная эпоха оставляетъ такимъ образомъ впечатлѣніе исключительнаго господства закона въ ущербъ обычаю, не только какъ продукту общенароднаго правосостоянія (Volskrecht), но и обычаю, какъ совокупности взглядовъ и началъ, выработанныхъ той частью населенія, которая призвана къ судебной дѣятельности, обычаю, называемому «правомъ юристовъ» (Juristenrecht).

Шестидесятые годы XIX вѣка внесли въ исторію правопроизводящихъ факторовъ нашего гражданскаго права рѣзкую переменъ: источникъ — народный обычай — получаетъ новую жизнь и призывается законодателемъ къ первенствующей роли въ крестьянскомъ быту ³⁾; съ другой стороны, судебной практикѣ дана возможность (хотя и косвеннымъ путемъ) участвовать въ дальнѣйшемъ созиданіи нашего гражданскаго права ⁴⁾. Первая реформа выразилась въ возложеніи на волостной судъ обязанности руководствоваться мѣстными обычаями, и нельзя достаточно подчеркнуть знаменательность этого событія, хотя обращеніе къ только что признанному крестьянскому правосознанію не во всѣхъ мѣстностяхъ было одинаково понято ⁵⁾. Нужно при томъ отмѣтить, что отличительною чертою крестьянскаго суда, созданнаго для примѣненія неписаннаго права, является принципиальное

¹⁾ Вторая часть ст. 65 Основныхъ Законовъ возникла изъ постановленія 1823 г. (П. С. З. 29642), имѣющаго въ виду лишь случай противорѣчія между нѣсколькими узаконеніями, и не отмѣняетъ основнаго принципа.

²⁾ Для первой половины XIX вѣка напечатаны лишь рѣшенія общихъ собраній за періодъ 1835—1863 г. въ Сборникѣ изд. въ 1864—66 г. (I ч. 1. 2. II ч. 1. 2. 3). Обзоръ положеній, извлеченныхъ изъ этихъ рѣшеній, даетъ Даниловъ, Итоги судебной практики Правительствующаго Сената (1872).

³⁾ См. Общее положеніе о крестьянахъ, ст. 21. 38. 107.

⁴⁾ См. ст. 9 Уст. Гражд. Суд.

⁵⁾ Ср. показанія крестьянъ, приведенныя изъ Трудовъ ком. о вол. судѣ у Малышева, Курсъ общаго гражд. права, I, стр. 95, прим. 12.

исключеніе изъ него лицъ съ юридическимъ образованіемъ ¹⁾), тогда какъ въ народныхъ судахъ, встрѣчающихся въ прошломъ западной Европы, присутствіе должностнаго лица служило основаніемъ для постепеннаго проникновенія юридическихъ познаній ²⁾). Въ послѣднее время волостные суды и у насъ подчинены контролю мѣстныхъ органовъ судебной-административной власти ³⁾; но врядъ ли можно ожидать отъ этой мѣры успѣшнаго развитія обычнаго права у крестьянъ.

Въ общихъ судебныхъ мѣстахъ судья теперь, въ силу Устава Гражданскаго Судопроизводства, не имѣетъ права подъ предлогомъ неясности или неполноты закона приостанавливать рѣшеніе дѣла ⁴⁾, и вслѣдствіе этого воспрещенія ему дозволяется, когда нѣтъ соотвѣтствующей нормы, «основывать рѣшеніе на общемъ смислѣ закона» ⁵⁾. Въ этихъ словахъ выражена новая роль, къ которой призванъ судъ въ дѣлѣ разработки нашего гражданскаго права: они означаютъ, что, когда судья не находитъ въ дѣйствующемъ правѣ нормы, предвидящей случай подлежащій разсмотрѣнію, онъ можетъ и долженъ искать отвѣта въ тѣхъ постановленіяхъ закона, которыя опредѣляютъ аналогичныя правоотношенія; и отъ него, отъ его знанія и пониманія закона зависятъ выборъ и примѣненіе аналогіи; а въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ обнаруживаются совершенно новыя явленія, для которыхъ нѣтъ аналогіи въ дѣйствующемъ правѣ, судья долженъ на основаніи общаго духа закона сообразить, какъ отнесся бы законодатель къ данному случаю, если бы онъ могъ его предвидѣть. Здѣсь еще сильнѣе и ярче проявятся самостоятельность сужденія и творческая дѣятельность судьи ⁶⁾.

Размѣръ и предѣлы такой работы конечно поставлены въ зависимость отъ скудости или полноты положительнаго права. Не всякій судья находится въ такихъ благоприятныхъ для созиданія права условіяхъ, какъ римскій преторъ, имѣющій по отношенію къ *jus civile* право не только *supplere*, но и *corrigerere*, или какъ древне-германскій судья, извлекающій изъ собственнаго правосознанія нужныя для рѣшенія дѣла начала ⁷⁾. Но даже въ странахъ съ законченною кодификаціею

¹⁾ Ср. Временныя правила о волостномъ судѣ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено Положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ, ст. 3: „на должность волостнаго судьи избираются крестьяне домохозяева по возможности грамотные“.

²⁾ Ср. Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien, I, стр. 152 и сл., 242. 276 и сл.

³⁾ Временныя правила, ст. 13. 30.

⁴⁾ У. Г. С. 10.

⁵⁾ У. Г. С. 9.

⁶⁾ По поводу французской поговорки: „L'interprétation de la loi est une fonction législative“ см. Valette, Mélanges, I, стр. 201.

⁷⁾ Ср. A. S. Schultze, Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung (1883), стр. 109, 117; нѣсколько иначе смотритъ на это Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht (1899), I, стр. 261 и сл.

не исключена творческая роль суда: лучшимъ примѣромъ служить Франція, гдѣ тонко продуманныя и послѣдовательныя рѣшенія ¹⁾ судовъ значительно дополнили въ теченіе столѣтія Кодексъ Наполеона ²⁾. Этою работою французскихъ судебныхъ учреждений и объясняется, почему въ государствахъ ³⁾, реципировавшихъ французское законодательство безъ результатовъ, добытыхъ практикой, замѣчаются существенныя пробѣлы дѣйствующаго права.

Понятно, что творческая дѣятельность судьи можетъ легко оказаться обоюдоострой и должна быть допущена лишь въ случаяхъ существенной потребности. Образование и личныя качества судей достаточно гарантируютъ общество отъ увлеченій въ этомъ направленіи, и, кромѣ того, верховный судъ всегда можетъ умѣряющимъ образомъ дѣйствовать на низшія инстанціи ⁴⁾.

Нашъ кассационный судъ считаетъ, какъ вамъ извѣстно, свои рѣшенія обязательными для всѣхъ судовъ по однороднымъ дѣламъ ⁵⁾, и вамъ вѣроятно объяснили, что это требованіе Сената вытекаетъ если не изъ пробѣла ⁶⁾, то по крайней мѣрѣ изъ неточной редакціи закона ⁷⁾. Любопытно отмѣтить мимоходомъ, что принципъ, въ силу котораго судья долженъ рѣшать дѣло, несмотря на недостаточность закона, выставленъ у насъ составителями Уставовъ съ ясно выраженнымъ намѣреніемъ ⁸⁾ провести грань между судебнымъ разбирательствомъ и законодательными актами,—а верховный судъ, созданный этими уставами, возлагаетъ на себя законодательныя функціи!

Но не въ этой внѣшней обязательности кассационныхъ рѣшеній лежитъ ихъ глубокое значеніе въ исторіи гражданскаго права Россіи, и ихъ роль не исчерпывается формальною ихъ силою. Они знаменательны съ точки зрѣнія развитія нашихъ правовыхъ институ-

¹⁾ Обзоръ достигнутыхъ результатовъ по нѣкоторымъ вопросамъ даетъ Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français* (1897), стр. 38—99, 99—226.

²⁾ Большія надежды на роль юридической практики въ будущемъ возлагаютъ нѣкоторые современные французскіе писатели, вѣроятно, потому, что они разочаровались если не въ самомъ законодательствѣ, то по крайней мѣрѣ въ его органахъ. См. Erman, *Jurist. Litteraturübersicht*, II, 1884—1894, стр. 8. Ср. еще Planiol, *Traité élém. de droit civil*, (1900) стр. 37.

³⁾ См. относительно нашего Уст. Гр. Суд. Энгельманъ, *Учебникъ русскаго гражд. судопроизводства* (1899), стр. 19, 269.

⁴⁾ Ср. рѣш. гражд. касс. департ. 1882 г. № 146, 1886 г. № 77.

⁵⁾ Характерно въ этомъ отношеніи рѣшеніе 1870 г. № 1593. Ср. еще 1889 г. №№ 106, 107 и 1893 г. № 86.

⁶⁾ Составители нашихъ уставовъ не воспроизвели ст. 5 *Code civil*: *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*

⁷⁾ Ср. ст. 813 У. Г. С. со ст. 78 Основныхъ Положеній Гражд. Суд. (Судебные Уставы съ изложениемъ разсужденій. Изд. Госуд. Канц. I).

⁸⁾ См. мотивы къ ст. 10 У. Г. С.

товъ, потому что въ нихъ содержится созидательная работа, направленная къ дополненію и усовершенствованію дѣйствующей системы и необходимая для удовлетворенія потребностей жизни и оборота. Работа эта совершается, хотя и не въ одинаковыхъ размѣрахъ, всѣми судебными мѣстами: верховный судъ занимаетъ здѣсь только первенствующее мѣсто, благодаря авторитетности и распространенію издаваемыхъ имъ рѣшеній. Настоящая цѣнность его дѣятельности измѣряется достигнутыми результатами и вовсе не принудительнымъ характеромъ, придаваемымъ сенатскимъ рѣшеніямъ на практикѣ.

Положеніе это лучше всего иллюстрируется тѣмъ, что кассационный судъ самъ не считаетъ себя связаннымъ собственными постановленіями и нерѣдко переходитъ съ одной точки зрѣнія къ другой, діаметрально противоположной. Постоянныя колебанія могли бы легко превратить его дѣятельность въ работу Менелопы. Но за время введенія у насъ новаго судопроизводства, установились и укоренились новыя толкованія, возникли дополнительные къ тексту закона объясненія ¹⁾, которыя должны быть вмѣнены въ заслугу судебной практикѣ, выполняющей роль созидающаго фактора. Даже если бы Сенатъ со временемъ отказался отъ принудительной силы своихъ рѣшеній для остальныхъ судовъ по однороднымъ дѣламъ, добытыя предшествовавшею работою начала сохранять свою силу, пока они будутъ соответствовать нуждамъ жизни и правосознанію ²⁾. Это и будетъ обычное право, какъ совокупность положеній, вытекающихъ изъ воззрѣній извѣстной среды и принимающихъ вслѣдствіе повторенія однообразныхъ рѣшеній характеръ нормъ, но обычное право, вырабатываемое не всѣмъ обществомъ, а одною только ограниченою группою, право юристовъ, *Juristenrecht*.

Мы имѣемъ основаніе вѣрить въ живучесть и продуктивность этого особаго источника права, обозрѣвая то, что сдѣлано судебною практикою за послѣднее тридцатилѣтіе. Всматриваясь ближе въ подробности накопившихся рѣшеній, всякій найдетъ конечно цѣлый рядъ противорѣчій и колебаній. Но на извѣстномъ раз-

¹⁾ Ст. 534 I ч. X тома, взятая изъ постановленій Устава о банкротсахъ, касающаяся опредѣленія актива несостоятельнаго, получила удовлетворительное объясненіе лишь съ тѣхъ поръ, какъ сенатскія рѣшенія (1880 г. № 291, 1884 г. № 6) установили связь между ней и ст. 1512, а также ст. 569 Уст. Торг. Судопроизводства. Эти рѣшенія укоренили у насъ принципъ французскаго права „en fait de meubles la possession vaut titre“, о которомъ составители Свода 1832 г. очевидно не имѣли яснаго представленія.

²⁾ Сюда можно было бы отнести, напр., рѣшенія Сената (1868 г. № 771; 1869 г. №№ 663, 882; 1870 г. № 822; 1882 г. № 36), придавшія праву наняателя абсолютный характеръ. Опорой такому направленію могла служить лишь ст. 1099 Уст. Гр. Суд., такъ какъ ст. 1703 I ч. X тома и примѣчаніе къ ней даютъ скорѣе противорѣчивые отвѣты.

стоянии недочеты по цѣлому ряду вопросовъ какъ будто отступаютъ на задній планъ и виднѣе становятся линіи новыхъ построений. Вы уже познакомились и впоследствии встрѣтитесь еще съ областями нашего гражданскаго права, въ которыя практика внесла существенныя дополненія, иногда болѣе соотвѣтствующія интересамъ оборота, чѣмъ историческому прошлому нашихъ институтовъ ¹⁾. Кроме того намъ придется обратить вниманіе на случаи, гдѣ практика не только пополяетъ, но даже исправляетъ дѣйствующее право: то выставляя новое начало, смягчающее старое ²⁾, то пользуясь не-точностью въ самомъ текстѣ закона ³⁾.

Право, созданное судебною практикой, какъ всякое обычное право, отличается гибкостью и подвижностью: точка зрѣнія, оказавшаяся несостоятельной, новое начало, выставленное въ предыдущемъ рѣшеніи и сдѣлавшееся впоследствии ненужнымъ въ виду новыхъ условий, легко могутъ быть устранены или измѣнены ⁴⁾. Эти качества судебной практики и сдѣланные ею успѣхи въ прошломъ даютъ намъ право рассчитывать на ея услуги въ будущемъ развитіи нашего гражданскаго права, тѣмъ болѣе, что въ настоящее время трудно измѣрить значеніе роли, предстоящей другимъ источникамъ.

Обычай, какъ непосредственный источникъ общенародныхъ правовыхъ взглядовъ, врядъ ли можетъ въ будущемъ занять первое мѣсто, вслѣдствіе сложности задачъ современной жизни и огромныхъ про-

¹⁾ Такъ, напр., рѣшенія (1886 г. № 96 и № 80), придавшія обязательственную силу актамъ о переходѣ недвижимостей до утвержденія ихъ старшимъ нотаріусомъ.

²⁾ Разсмотрѣніе (см. между прочимъ 1871 г. № 1121 и 1892 г. № 61) купли-продажи съ точки зрѣнія общаго принципа, выраженаго ст. 574, устраняетъ возможность строгихъ послѣдствій, вытекающихъ изъ буквальнаго толкованія ст. 1425 и п. 1 ст. 1392. Въ намѣтъ правѣ здѣсь обнаруживается явленіе, аналогичное съ развитіемъ ученія объ эвкциіи у Римлянъ: побочный договоръ содержалъ сначала *stipulatio duplae*, впоследствии же *actum de non praestanda evictione*. Основаніемъ для приведенныхъ здѣсь рѣшеній Сената могли послужить ст. 1511, 1512, касающіяся эвкциіи движимаго имущества. Небезынтересно при этомъ отмѣтить, что содержаніе ст. 1512 есть нововведеніе со стороны составителей Свода 1832 г., такъ какъ въ узаконеніяхъ, на которыя она ссылается, нельзя найти выставленнаго ею принципа.

³⁾ Несомнѣнно, что упоминаніе о закладныхъ въ зак. 12 февраля 1862 г. (37970, III, 3), имѣющемъ въ виду залоги по залоговымъ свидѣтельствамъ, облегчило на практикѣ допущеніе втораго залоговаго права на участокъ, уже заложанный въ частныя руки. Ср. Сенатъ 1889 г., № 88.

⁴⁾ Неудачными можно назвать старанія Сената создать въ нашемъ правѣ понятіе о легатѣ (см. 1874 г. № 596; 1879 г. № 340, 294), тѣмъ болѣе, что въ настоящее время нѣтъ возможности сложить неограниченную отвѣтственность съ легатаріевъ: Гаугеръ (Зак. Гражд., изд. 4-е, стр. XXIV, 369, 440) и Бертольдъ (Зак. о дух. завѣщаніяхъ, изд. 1896, стр. 33, 369 и 548) называютъ послѣднихъ легетаріями. Этому институту у насъ очевидно не посчастливилось!

странствъ, препятствующихъ единообразной работѣ ¹⁾. Кроме того нужно отмѣтить, что тѣсныя рамки, выставленныя закономъ ²⁾ для примѣненія нормъ обычнаго права при рѣшеніи дѣлъ всесословными судами, мало способствуютъ его росту. Въ болѣе благоприятныя условія для возникновенія и распространенія поставлено обычное право отдѣльныхъ сословныхъ группъ: торговые обычаи ³⁾ ежедневно даютъ и будутъ давать отвѣты на споры, возникающіе по сдѣлкамъ, не нормированнымъ или непредвидѣннымъ законами. Относительно же крестьянской среды не трудно констатировать въ ней за послѣдніе годы наступательное движеніе писаннаго права въ ущербъ примѣненію нормъ обычнаго характера ⁴⁾. При этомъ не слѣдуетъ упускать изъ виду, что соображенія, которыми руководилась государственная власть при поземельномъ устройствѣ крестьянъ, продолжаютъ вызывать мѣры, не всегда соответствующія мѣстнымъ обычаямъ ⁵⁾, и что съ другой стороны новѣйшее построеніе нѣкоторыхъ институтовъ крестьянскаго права, какъ, напр., понятія о крестьянскомъ дворѣ ⁶⁾, должно быть приписано скорѣе дѣятельности государственныхъ учреждений, чѣмъ внутреннимъ воззрѣніямъ и стремленіямъ самихъ обладателей земли. Такимъ образомъ и въ крестьянской жизни обычное право встрѣчаетъ значительныя ограниченія.

Законодательство конечно будетъ продолжать во всѣхъ сферахъ жизни обогащать новыми нормами наше гражданское право. Распиреніе или измѣненіе институтовъ законодательнымъ путемъ неизбежно, такъ какъ требованія жизни постоянно вызываютъ необходимость новыхъ постановленій. Но нѣсколько инымъ является вопросъ о будущихъ успѣхахъ кодификаціи, т. е. законодательной работы направленной къ систематическому и цѣльному из-

¹⁾ Ср. Stier-Somlo, Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle (1900), стр. 25 и сл., который впрочемъ вообще отрицаетъ роль народнаго правосознанія.

²⁾ У. Г. С. 130.

³⁾ См. уже Учрежденіе Ком. Судовъ 1832 г. (5360), ст. 333.

⁴⁾ Интересенъ въ этомъ отношеніи фактъ, сообщаемый Д. А. въ Журналѣ Гражд. и Угол. права 1893 г., дек. кп., стр. 64: „Начальникъ одной изъ приволжскихъ губерній, желая ознакомиться съ существующими въ его губерніи обычаями, затребовалъ отъ волостныхъ правленій губерніи свѣдѣнія о томъ, какіе обычаи, опредѣляющіе правовыя отношенія крестьянъ, существуютъ въ каждой волости, и на это отъ всѣхъ волостныхъ правленій получилъ отвѣтъ, что у нихъ никакихъ обычаевъ не существуетъ, и что крестьяне на сходахъ высказались, что они желаютъ судиться по законамъ, а не по обычаямъ“.

⁵⁾ См. по поводу Правилъ 1893 г. о передѣлахъ (Общ. положеніе о крестьянахъ прил. къ ст. 56 п. 6 доп.) Леонтьевъ, Волостной судъ и юридическіе обычаи крестьянъ, (1895) стр. 106 и сл.

⁶⁾ См. Гуляевъ, Крестьянскій дворъ, въ Журн. Мин. Юст., апр. 1899 г.; его же, Еще о крестьянскомъ дворѣ, въ Ж. М. Ю., окт. 1899 г.

ложенію гражданскаго права. Здѣсь возможна болѣе или менѣе оптимистическая точка зрѣнія. До извѣстной степени тревожнымъ симптомомъ нужно считать участь двухъ проектовъ, призванныхъ, какъ вамъ извѣстно, войти со временемъ въ составъ нашего Гражданскаго Уложенія, именно, проекта устава объ опекахъ и проекта вотчиннаго устава ¹⁾). Со дня обнародованія этихъ трудовъ прошло около десяти лѣтъ, и нельзя сказать, что они за это время успѣли приблизиться къ намѣченной цѣли. Слѣдуетъ ли приписать эту неудачу чисто случайнымъ моментамъ и объяснять ее виѣшними причинами? Или можетъ быть она, наоборотъ, вызвана внутреннимъ характеромъ обнародованныхъ работъ? Будущій историкъ пожалуй отмѣтитъ въ названныхъ двухъ проектахъ проявленіе чистаго «права юристовъ» въ наименѣе желательной формѣ, именно, въ смыслѣ права, отрѣшеннаго отъ дѣйствительности и построеннаго на догматическихъ соображеніяхъ, а въ данномъ случаѣ—основаннаго почти исключительно на заимствованіяхъ изъ иностранныхъ источниковъ.

Къ этимъ двумъ проектамъ присоединился въ концѣ прошлаго года проектъ обязательственнаго права, которому можетъ быть не суждено быстрѣе двигаться по законодательнымъ инстанціямъ уже потому, что и въ немъ легко найти рѣзкія отступленія отъ условій нашего теперешняго быта ²⁾).

Какова бы ни была участь данныхъ проектовъ, роль судебной практики остается одинаковою и ея содѣйствіе будетъ попрежнему необходимо. Ей придется толковать, дополнять и развивать или наше дѣйствующее нынѣ право или новое уложеніе. Введеніе послѣдняго не можетъ остановить созидательной работы практики уже потому, что самый полный кодексъ не въ состояніи предвидѣть всѣ явленія жизни. Съ другой стороны неудобства, связанныя съ сохраненіемъ нашего свода гражданскихъ законовъ, значительно смягчатся успѣшною работой судебныхъ учреждений.

Давно уже отмѣчено Платономъ, что при опытныхъ судьяхъ неудовлетворительные законы становятся спосными, и мы имѣемъ тоже право надѣяться, что благодаря цѣлесообразной и постепенной обработкѣ права со стороны юридической практики многіе изъ недостатковъ и недочетовъ нашихъ законовъ могутъ быть постепенно устранены, безъ постояннаго содѣйствія законодательства ³⁾). Въ ру-

¹⁾ Первый изданъ въ 1891 г., второй въ 1892 г.

²⁾ См., напр., ст. 300 проекта, валагающую на палимателя обязанности управляющаго.

³⁾ Сперанскій (Сборникъ „Въ память графа Михаила Михайловича Сперанскаго“, стр. 805) писалъ: „Не прежде какъ доказано будетъ, что закона нѣтъ или онъ неудобенъ, что обычая также нѣтъ или что онъ превратенъ... обращаться должно къ выдумкамъ и изобрѣтатъ новости“.

какъ образованнаго судьи даже такія постановленія, какъ ст. 1706 1 ч. X тома, называющая аренду «временнымъ правомъ собственности», окажутся безопасными.

Преимущество судебного обычнаго права въ роли созидательнаго фактора заключается именно въ томъ, что судья (въ отличіе отъ нѣкоторыхъ кодификаціонныхъ учреждений) не отрѣшенъ отъ дѣятельности и жизни ¹⁾). Для него юридическіе вопросы возникаютъ въ связи съ конкретными явленіями, и для своихъ рѣшеній онъ находитъ указанія въ самыхъ правоотношеніяхъ, которыя онъ разбираетъ. Вотъ почему не можетъ быть—при идеальной постановкѣ дѣла—кореннаго разлада между этимъ «правомъ юристовъ» и общенародными воззрѣніями: послѣднія получаютъ въ судебныхъ рѣшеніяхъ именно ту конкретную формулировку, въ которой они нуждаются ²⁾). Обязанность судьи, и вмѣстѣ съ тѣмъ характерная черта творческой его дѣятельности, лежитъ въ юридической работѣ, въ обнаруженіи пріемовъ научной техники. Только съ помощью юридическаго мышленія могутъ быть подведены подъ общія начала видимо разнородныя явленія и выработаны руководящія положенія для дальнѣйшаго развитія. А эти методы, эти познанія судья можетъ черпать лишь въ своемъ юридическомъ образованіи. У насъ, въ виду нѣкоторыхъ прискорбныхъ явленій ³⁾, говорятъ иногда о существующемъ яко бы антагонизмѣ между теоріей и практикой. Я глубоко убѣжденъ, что такого конфликта на самомъ дѣлѣ нѣтъ: все сводится можетъ быть къ нѣкоторой обоюдной обособленности и къ отсутствію желательнаго взаимодѣйствія.

Россія нуждается теперь въ распространеніи и укрѣпленіи юридическаго образованія. Необходимо это распространеніе прежде всего, чтобы подготовить судебныхъ дѣятелей; но помимо этой непосредственной потребности слѣдуетъ вообще расширить кругъ лицъ съ юридическими познаніями и тѣмъ самымъ установить требуемыя рамки, создать благопріятную атмосферу, безъ которыхъ не можетъ расти юриспруденція, призванная примѣнять научныя понятія къ явленіямъ жизни.

Поучителенъ для всѣхъ, не только для насъ, примѣръ Рима, наглядно показывающій къ какому великому результату можетъ привести научная обработка права, даже когда она имѣетъ дѣло со скромнымъ и сравнительно скуднымъ первоисточникомъ.

¹⁾ Ср. Krückmann, Die Entfremdung zwischen Recht und Volk (1899), стр. 36 и сл.

²⁾ См. однако Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 179.

³⁾ Они конечно мало соотвѣтствуютъ тѣмъ оптимистическимъ надеждамъ, которыя высказывались Невольнымъ въ рѣчп, произнесенной въ торжественномъ собраніи Императорскаго Унивѣрситета св. Владимира 15-го іюля 1835 г. „О соединенія теоріи съ практикой въ изученіи законовъ и въ дѣлопроизводствѣ“. (Полн. собр. соч., VI)

Съ нашей же стороны первымъ шагомъ по правильному пути развитія будетъ ясное сознание сложности предстоящей задачи. Рядомъ съ этимъ сознаниемъ нужна работа—продолжительная и плодотворная. Нужна она прежде всего въ университетѣ, которому поручено первоначальное юридическое образование молодыхъ поколѣній. Но для того, чтобы труды и усилія преподавателя достигли желательной цѣли, безусловно необходимо ваше содѣйствіе, мм. гг. Будемъ же вмѣстѣ работать и стараться по мѣрѣ нашихъ силъ служить нашему отечественному праву.

11328.



000474E7

ЮФ СПбГУ

Б-ка 2-го Ленингр. Юридическ. Ин-та
им. М. И. КАЛИНИНА