

02
1986

КАБИНЕ
В. Ж.

353

Р. САЛЕЙЛЬ

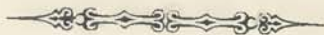
ФРАНЦУЗСКІЙ ГРАЖДАНСКІЙ КОДЕКСЪ

И

ИСТОРИЧЕСКІЙ МЕТОДЪ

(Переводъ съ французскаго)

*Изъ „Журнала Министерства Юстиціи“
(Октябрь 1905 г.)*



С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Сенатская Типографія
1905

ФРАНЦУЗСКІЙ ГРАЖДАНСКІЙ КОДЕКСЪ И ИСТОРИЧЕСКІЙ МЕТОДЪ.

Р. Салейля.

(Переводъ съ французскаго ¹⁾).

Черезъ десять лѣтъ послѣ обнародованія французскаго гражданскаго кодекса раздался настоящій воинственный кличъ противъ созданнаго Франціей монументальнаго творенія. Основатель исторической школы Савиньи, охватывая, въ нѣкоторомъ родѣ, однимъ чувствомъ недовѣрія всеъ изданныя законодательства, принялъ за ихъ общій типъ то, что называлось тогда Наполеоновымъ кодексомъ; произнося ему во имя науки приговоръ, который казался ему окончательнымъ, онъ думалъ, что вмѣстѣ съ нимъ онъ осуждаетъ самый принципъ кодификаціи ²⁾.

По истеченіи очень немногихъ лѣтъ, германскія государства, не имѣвшія еще общихъ законовъ, облеченныхъ въ письменную форму, принялись за дѣло кодификаціи своего частнаго права. Тѣ же, которыя уже имѣли національные кодексы, приготовлялись къ ихъ пересмотру. Это движеніе подвигалось, несомнѣнно, очень медленно, и надо признать, что

¹⁾ Изъ книги: „Le code civil. Livre du centenaire“ (Paris, 1904).

²⁾ См. относительно этого извѣстную брошюру Савиньи—Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, особенно § 7, посвященный специально французскому гражданскому кодексу (изд. 1892 г., стр. 32—49).

виновникомъ задержки были, большей частью, ученики Савиньи. Но, какъ это было очень хорошо сказано,—научныя возраженія нибогда не могли получить преобладанія надъ практической необходимостью, въ особенности же надъ политическими потребностями. Кодексовъ требуютъ практика и необходимость политическаго единства¹⁾. Въ 1863 году Саксонія обнародываетъ свой гражданскій кодексъ, и, начиная съ этого момента, дѣло кодификаціи дѣлается общимъ, оно расширяется,—изъ чисто мѣстнаго и національнаго оно становится дѣломъ всего германскаго союза. Кодификаціонные проекты распространяются на всю конфедерацію: проектъ единаго обязательственнаго права, торговаго кодекса, вексельнаго устава. Наконецъ, объединенная Германія мало по малу приступаетъ къ кодификаціи своего общаго частнаго права.

Съ основаніемъ Германской имперіи юридическое единство дѣлается политической потребностью. Всѣ партіи соединяются въ требованіи имперскаго гражданскаго кодекса. Въ 1896 году кодексъ былъ вотированъ, съ 1900 года онъ вступилъ въ законную силу.

Германскій гражданскій кодексъ 1896 года—это реваншъ французскаго гражданскаго кодекса за произнесенные надъ нимъ основателями исторической школы приговоры.

Безъ французскаго гражданскаго кодекса, безъ возбужденнаго имъ въ 1814 году движенія,—движенія, которое воодушевило Тибо²⁾ выступить съ своими требованіями и распространилось мало по малу по всѣмъ государствамъ Германіи,—не могъ бы создаться германскій гражданскій кодексъ.

Вмѣстѣ съ нимъ и черезъ его посредство французскій гражданскій кодексъ одержалъ новую побѣду, мирную и чисто социальную,—побѣду, послѣ которой остаются только побѣдители и нѣтъ соперниковъ! Однако, не было ли на этомъ

¹⁾ См. по этому вопросу интересную статью въ *Globe* отъ 18 августа 1827 года (*Allemagne,—Science du droit*).

²⁾ Относительно всей исторіи этой эпохи и движенія идей, возникшаго въ юридической области, см. прекрасную книгу президента *Танона*,—*L'évolution du droit et la conscience sociale* (Paris, Alcan, 1900 г., стр. 10 и слѣд.). Русскій переводъ подъ заглавіемъ: „Развитіе права и общественное сознание“. Спб. 1904.

новомъ полѣ битвы знатнаго побѣжденнаго? Этимъ побѣжденнымъ должна была бы быть сама историческая школа, а съ нею и все происшедшее изъ нея научное движеніе. Если бы это случилось,—потеря была бы невознагражима. Надо было бы признать тогда, что отъ нея, пострадала не одна только Германія, и слѣдствія ея обнаружилась бы не только со времени появленія германскаго гражданскаго уложенія. Ея вліяніе отразилось бы и на другомъ полѣ битвы, гдѣ также недостатки этого научнаго направленія должны были бы дать себя почувствовать,—во Франціи.

Съ 1804 года Франція жила подъ покровомъ кодифицированнаго права. Если бы предсказанія Савиньи были вѣрны, въ области французскаго права, благодаря самому факту существованія гражданскаго кодекса и какъ слѣдствіе этого кодекса, пришлось бы констатировать значительную отсталость научнаго развитія, не только упадокъ науки, но и застой въ ходѣ социальнаго развитія.

Оказались ли, однако, французскій гражданскій кодексъ и истекающее изъ него право неспособными подчиниться примѣненію къ нимъ историческаго метода?—Вотъ вопросъ, который упустили изъ вида и который, однако, необходимо поставить. Дѣло здѣсь идетъ о будущемъ науки права во всей ея совокупности.

Когда приступили къ изготовленію германскаго гражданскаго уложенія, извѣстный германскій профессоръ Зомъ писалъ, что отнынѣ Германія можетъ создать для себя гражданскій кодексъ, не боясь никакихъ опасностей кодификаціи¹⁾. Но, говоря это, принялъ ли онъ въ соображеніе то во всякомъ случаѣ существенное обстоятельство, что, если бы постулаты школы Савиньи были правильны, то опасности кодификаціи должны были бы быть нераздѣльны съ самой кодификаціей, и что онѣ не могутъ исчезнуть ни изъ одного кодекса? И, чтобы повѣрить правильность этого заключенія, нужно было обратиться съ этимъ вопросомъ именно къ Франціи.

¹⁾ R. Sohm, Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codificationsfrage вЪ Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht der Gegenwart, т. I, ст. 279.

Вотъ вопросъ, который позабыли поставить и къ рѣшенію котораго слѣдуетъ приступить теперь, по истеченіи цѣлаго столѣтія юридической жизни.

Оправдалъ ли этотъ вѣковой опытъ, вынесенный изъ французскаго гражданскаго кодекса его родной страной, Савиньи и его школу? Доказалъ ли онъ несомѣстимость кодифицированнаго права съ приложеніемъ историческаго метода? Въ слѣдующемъ краткомъ очеркѣ мы и хотѣли бы, если не разрѣшить, то по крайней мѣрѣ намѣтить общими чертами, въ ея основныхъ сторонахъ, эту задачу.

I.

Чтобы составить себѣ ясное представленіе о поставленномъ вопросѣ, слѣдуетъ точно отличать историческую школу отъ историческаго метода. Историческая школа Савиньи, взятая въ своей первоначальной формѣ, основывалась на нѣкоторыхъ постулатахъ, которые, подъ видомъ эволюціи, должны были привести только къ неподвижности. Историческій же способъ изученія права есть научный методъ по преимуществу. Свободный отъ всякаго субъективнаго элемента, онъ опирается на факты и дѣйствительность, онъ классифицируетъ ихъ и выводитъ изъ нихъ соотвѣтствующіе имъ общіе законы. Въ примѣненіи къ праву онъ имѣетъ одну только цѣль—согласовать право съ жизнью.

Идеаломъ исторической школы въ ея первоначальной концепціи было предоставить праву развиваться путемъ медленной деформаціи, безъ помощи какого бы то ни было органа преобразования. Съ полнымъ сознаниемъ она отрицала возможность того, чтобы кодексъ былъ прогрессивнымъ элементомъ, благодаря вызываемому имъ движенію идей и производимому имъ возбужденію. Но въ то же время она не даетъ и обычаю, признаваемому ею только единымъ нормальнымъ способомъ правообразованія, никакого способа для органическаго его проявленія. Но въ такомъ случаѣ, какимъ же образомъ дать положительное выраженіе всѣмъ этимъ смутнымъ и неопредѣленнымъ стремленіямъ, исходящимъ изъ

народныхъ массъ и оставляемымъ въ состояніи постояннаго колебанія, какъ скоро они не находятъ никакого средства воплотиться въ формулу, которая дала бы имъ надлежащее выраженіе? Ссылались, правда, на науку и на теорію. Но теорія жила абстрактными концепціями. Болѣе того, тѣ, у кого она могла искать своихъ образцовъ, сами главы школы, предлагали ей возвратиться къ первоначальному римскому праву, свободному отъ осадковъ исторической эволюціи; критика текстовъ, устраненіе господствовавшего въ ихъ жизни *usus modernus pandectarum*,—вотъ путь, при помощи котораго можно было возвратиться къ чистымъ источникамъ прошедшаго. Народъ мечталъ о социальномъ прогрессѣ, а ему предлагали заниматься филологіей ¹⁾!

Право живетъ не этими абстракціями; оно живо постояннымъ приспособленіемъ къ потребностямъ, возникающимъ въ каждый данный моментъ существованія. Оно выполняетъ свою роль только тогда, когда находитъ органъ, всегда готовый реализовать это приспособленіе абстрактнаго къ конкретному. Историческая школа не знала, гдѣ найти такой органъ, или, вѣрнѣе, она имъ не интересовалась. И однимъ изъ первыхъ упрековъ, который ей могли по справедливости сдѣлать въ тотъ день, когда убѣдились, что она не выполнила ни одного изъ своихъ обѣщаній, былъ именно упрекъ въ томъ, что она создала непреодолимую пропасть между наукой и практикой ²⁾.

Если, согласно ученію самой исторической школы, право рождается изъ исторіи, то ему, все-таки, надо еще дать необходимые органы для того, чтобы оно могло выйти изъ состоянія разсѣянности,—состоянія обычая—и кристаллизироваться въ положительную формулу. Такимъ органомъ можетъ быть только судебная практика.

А въ такомъ случаѣ дѣло должно идти о томъ, будетъ ли

¹⁾ См. R. Stammler. Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, вь Festgabe zu Windscheid (Halle, 1883), стр. 56 и слѣд.

²⁾ См. относительно этого замѣчательное предисловіе Seitz'a къ его книгѣ объ исторіи владѣнія въ римскомъ правѣ: Grundlagen einer Geschichte der römischen Possession (Erlangen, 1884), вь особ. стр. 5 и слѣд.

судебная практика болѣе способна выполнить свою функцію, имѣя дѣло съ конкретнымъ обычаемъ, предоставляющимъ ей только роль молчаливаго признанія наличности обычая, нежели имѣя въ рукахъ текстъ закона, воспроизводящаго идеи и жизненные теоріи, готовые эволюціонировать въ направленіи прогрессивнаго развитія.

Если мы постараемся оцѣнить съ этой точки зрѣнія французскій гражданскій кодексъ, то должны будемъ отмѣтить, прежде всего, значительную роль, предоставляемую имъ судѣ, — роль, которую у насъ очень долгое время напрасно игнорировали и по отношенію къ которой не заблуждались за границей.

Посмотримъ прежде всего, что по этому поводу думали сами авторы гражданскаго кодекса, — тѣ, которые въ состояніи были опредѣлить его духъ.

Всѣ знаютъ замѣчательное мѣсто изъ *Discours préliminaire*: „Какъ бы ни былъ полонъ новый кодексъ, но едва только онъ оконченъ, какъ уже тысяча неожиданныхъ вопросовъ возникаетъ передъ судей. Ибо разъ изданные законы остаются такими, какъ они написаны. Люди, наоборотъ, никогда не остаются въ покоѣ, они всегда дѣйствуютъ, и это движеніе, которое никогда не прекращается и слѣдствія котораго видоизмѣняются примѣнительно къ обстоятельствамъ, ежеминутно производятъ какую-нибудь новую комбинацію, создаетъ какой-нибудь новый фактъ, приходитъ къ какому-нибудь новому результату.

Масса вещей такимъ образомъ предоставляется по необходимости господству обычая, обсужденію компетентныхъ людей, самостоятельному рѣшенію судей.

Задача закона состоитъ въ томъ, чтобы фиксировать, съ широкаго поля зрѣнія, общія правила права, установить принципы, изъ которыхъ можно вывести плодотворныя слѣдствія, но не спускаться до детальнаго обсужденія вопросовъ, которые могутъ возникать по отношенію къ каждому отдѣльному случаю.

Руководить примѣненіемъ закона къ этимъ случаямъ со-

ставляетъ задачу судьи и юриста, проникнутыхъ общимъ духомъ законовъ“.

И далѣе: „Было бы желательно, безъ сомнѣнія, чтобы всѣ отношенія регулировались законами.

Но, по недостатку точнаго текста, отвѣчающаго на каждый вопросъ, мѣсто закона заступаютъ древній обычай, постоянный и прочно установившійся, непрерывный рядъ схожихъ рѣшеній, мнѣніе или принятое правило“ ¹⁾.

Не кажется ли, что мы слышимъ здѣсь нѣкоторыхъ современныхъ комментаторовъ гражданскаго права, которые заявляютъ, что тамъ, гдѣ безмолствуетъ законъ, надо прибѣгать къ обычаю, къ теоріи и къ праву судебного творчества ²⁾? Этихъ комментаторовъ считали революціонерами, но они только повторили мнѣнія Камбасереса и Порталиса.

Кромѣ того проектъ гражданскаго кодекса содержалъ въ себѣ, какъ извѣстно, нѣсколько вводныхъ статей, предназначенныхъ для формулированія нѣкоторыхъ общихъ правилъ. И вотъ среди этихъ статей находилось характерное распоряженіе, исчезнувшее вмѣстѣ со всѣмъ этимъ маленькимъ введеніемъ, которое сочли бесполезнымъ, но которое тѣмъ не менѣе выражало истинныя мысли редакторовъ. Это статья, гласящая: „*Въ тѣхъ гражданско-правовыхъ вопросахъ, для которыхъ не имѣется точнаго закона, судья является выразителемъ справедливости. Справедливость означаетъ возвращеніе къ естественному закону или къ обычаямъ, принятымъ на случай молчанія положительнаго закона*“ ³⁾.

Апелляціонные суды, которымъ былъ представленъ этотъ проектъ, не были введены имъ въ заблужденіе, особенно суды древнихъ областей права писаннаго, которые держали себя нѣсколько недовѣрчиво по отношенію къ проекту, вслѣдствіе предпочтенія, отданнаго имъ постановленіямъ права обычнаго.

¹⁾ Projet de Code civil, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement (Edition officielle).—Discours préliminaire p. X, XI.

²⁾ Это положеніе съ такой убѣдительностью поддерживалъ М. F. Génу въ своей книгѣ: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (Paris, 1899).

³⁾ Projet de Code civil, Livre préliminaire, titre V, art. XI.

Такъ, апелляціонный судъ въ Монпелье возбудилъ по этому поводу живой протестъ, который съ удовольствіемъ былъ воспроизведенъ Савиньи въ его знаменитомъ манифестѣ, какъ оставшееся безъ отеліка предостереженіе: „Итакъ, регулировать отношенія, восполнять пробѣлы, приводить въ соотвѣтствіе сложные выводы изъ старыхъ и новыхъ законовъ, дополнять ихъ молчаніе, проникать въ смыслъ ихъ неясностей—такова громадная задача, возлагаемая потребностью усовершенствованія великаго труда въ области новаго законодательства.

И исполненіе этой задачи редакторы проекта, повидимому, предоставляютъ самостоятельному усмотрѣнію судей по мѣрѣ примѣненія ими законовъ къ частнымъ случаямъ; такимъ образомъ судебную практику хотятъ поставить рядомъ съ сокровищницей законовъ!

Но кто же не предвидитъ заранѣе всѣхъ трудностей и неизбѣжныхъ несовершенствъ самой этой судебной практики? Какую необъятную массу вопросовъ должна она привести въ порядокъ и согласовать съ системой новаго законодательства; какого единства, какого согласія надо ожидать со стороны подобной судебной практики—труда столькихъ судей и столькихъ судовъ, возрѣнія которыхъ должны быть подвержены къ тому же, подъ вліяніемъ революціонныхъ потрясеній, столь многочисленнымъ колебаніямъ? Кто же наконецъ былъ бы регуляторомъ самой этой несогласованной между собою судебной практики, которая должна по необходимости состоять изъ рѣшеній, не подлежащихъ кассациі, такъ какъ они покоились бы не на твердомъ основаніи законовъ, но на неопредѣленныхъ принципахъ справедливости, на неустойчивыхъ обычаяхъ, на абстрактныхъ идеяхъ, однимъ словомъ, на произволѣ!“¹⁾

¹⁾ Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil (imprimerie de la République, messidor an IX) 1-ère partie, p. 124 — 125. Цитата, поставленная Савиньи въ его брошюрѣ: Vom Beruf... (издан. 1892 г.), стр. 48, и въ приложеніи, стр. 126 и слѣд., была заимствована изъ сборника Grussaige'a, который иногда резюмируетъ и часто передаетъ замѣчанія апелляціонныхъ судовъ въ формѣ нѣсколько отличной отъ подлинника. Такъ, одно изъ важнѣйшихъ мѣстъ цитаты передано въ сборникѣ слѣдующимъ образомъ: Но

Не слѣдуетъ думать, какъ полагалъ Савиньи, что апелляціонный судъ въ Монпелье былъ единственнымъ, заявившимъ протестъ. Руанскій выразилъ его въ еще болѣе энергическихъ выраженіяхъ: „Намъ кажется, что эти разсужденія (discours préliminaire) предоставляютъ слишкомъ широкую свободу судьямъ. Нѣтъ нужды вызывать, такъ сказать, провоцировать интерпретацію, комментаріи, мѣстные судебныя толкованія.

И безъ того эти разрушительныя бичи закона, которые сначала его ослабляютъ, потомъ нечувствительно его подрываютъ и кончаютъ тѣмъ, что узурпируютъ его права, не замедлятъ скоро появиться. Горе тому времени, когда, какъ встарину, будутъ меньше искать того, что говоритъ законъ, чѣмъ того, что его хотятъ заставить сказать! Когда мнѣніе одного человѣка, которому только одно время можетъ сообщить авторитетъ, будетъ колебать законъ! Когда ошибка, совершенная на рискъ однимъ и послѣдовательно воспринятая другими, станетъ истиной! Когда рядъ предвзятыхъ рѣшеній, собранныхъ компиляторами, слѣпыми или раболѣпными, будетъ насиловать совѣсть судьи и заглушать голосъ законодателя ¹⁾!“

Введеніе къ проекту кодекса уничтожили—и хорошо сдѣлали. Оно формулировало въ положительныхъ предписаніяхъ закона философскую и социальную доктрину, неустойчивую и измѣнчивую,—доктрину старой школы естественнаго права, основанную на идеѣ индивидуальнаго права, предшествовавшаго образованію общества или, если угодно, стоящаго выше его. Эта доктрина, навѣрное, внушила и самые тексты гражданскаго кодекса. Между тѣмъ общепринято положеніе, что текстъ закона имѣетъ силу только въ своемъ положитель-

какая судебная практика! Не имѣющая иного руководства, кромѣ произвола, для безчисленнаго множества вопросовъ, которые надо согласовать съ системой новаго законодательства...“ Суть одна и та же, но различіе въ формѣ тѣмъ не менѣе значительно. (Ср. Crussaire, Observations des tribunaux d'appel et de tribunal de cassation sur le projet de Code civil, Paris, an X, p. 8).

¹⁾ Observations..., 2-я часть, стр. 75 (воспроизведены съ нѣкоторыми измѣненіями у Crussaire, loc. cit., стр. 18).

номъ распоряженіи, а не въ мотивахъ или теоріяхъ, которыя онъ выражаетъ. Мы имѣемъ въ настоящее время право примѣнять законодательныя постановленія къ различнымъ социальнымъ концепціямъ; поздравимъ себя съ тѣмъ, что мы не связаны маленькой философскою грамотой, возведенной въ текстъ закона.

Но, если изъ кодекса исчезло введеніе, то тексты самаго закона нисколько не измѣнились. И возможно ли не замѣтить широкихъ полномочій, предоставленныхъ судьямъ такими неопредѣленными и неточными формулами, какія регулируютъ, на примѣръ, всѣ вопросы семейнаго права: личныя отношенія между супругами, между родителями и дѣтьми; или хотя бы текстомъ ст. 2279-й: „по отношенію къ движимостямъ владѣніе равносильно правооснованію“; или ст. 1382: „всякое дѣйствіе человѣка, причиняющее вредъ другому, обязываетъ того, по чьей винѣ этотъ вредъ произошелъ, вознаградить за него“.

Стоитъ сравнить эти разнообразныя тексты съ подобными же постановленіями новаго германскаго гражданскаго уложенія, чтобы видѣть, насколько это послѣднее отличается отъ нашего кодекса мелочной регламентаціей тѣхъ же самыхъ отношеній, многосложностью деталей и формализмомъ условій ихъ примѣненія. Чтобы найти аналогію нѣкоторымъ формуламъ французскаго гражданскаго кодекса, надо сравнить его съ первоначальнымъ проектомъ швейцарскаго гражданскаго кодекса, — этимъ удивительнымъ произведеніемъ профессора Губера ¹⁾, составленнымъ для страны, безъ сомнѣнія, федеральнаго склада, но страны истинной демократіи, въ которой нужно было создать прежде всего живой органъ индивидуализаціи права, эволюціи и прогресса. Такимъ органомъ можетъ быть только судебная власть, развивающаяся въ рамкахъ гибкаго и эластичнаго законодательства, способнаго примѣняться ко всѣмъ сложнымъ явленіямъ социальной жизни народа, который не желаетъ застыть на одной священной

¹⁾ Текстъ окончательнаго проекта только что появился вмѣстѣ съ посланіемъ, адресованнымъ федеральному собранію, подъ заглавіемъ: *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, concernant le Projet de Code civil suisse* (28 мая 1904 г.).

формуль, но который охотно согласится принять ее, какъ путеводную нить, не создавая себѣ изъ нея сковывающихъ развитіе путь.

Всѣ, кто наблюдали насъ извнѣ, въ продолженіе цѣлаго вѣка, составили себѣ ясное представленіе объ этомъ положеніи вещей. Профессоръ Отто Мейеръ и имперскій совѣтникъ Е. Мюллеръ обрисовали его въ такомъ видѣ въ прекрасныхъ статьяхъ, напечатанныхъ ими по поводу столѣтія гражданскаго кодекса, въ которыхъ они резюмировали мнѣнія своихъ соотечественниковъ по этому вопросу. Они особенно указывали на значительное вліяніе, которое оказала во Франціи на развитіе права судебная практика, и оба приписывали честь этого вліянія технику гражданскаго кодекса. Авторы проекта съ своей стороны намѣренно стремились удалить изъ кодекса весь педантизмъ научной терминологіи, непонятной для большой публики, еще менѣе желали они спускаться до формалистической и мелочной регламентаціи всѣхъ деталей приложенія выработанныхъ ими нормъ къ жизни. Это драгоценныя качества для законодательнаго произведенія. Но эти качества требуютъ личности органа, призваннаго довершать то, чего не сдѣлалъ законъ. А этимъ органомъ, какъ было уже указано, можетъ быть только судебная власть, обязанная облекать въ точныя научныя опредѣленія формулы, написанныя обыденнымъ языкомъ, и заботиться о примѣненіи закона ко всякаго рода случаямъ мелочнаго житейскаго обихода ¹⁾.

Когда въ реставрированной и объединенной Италиі вознѣкъ вопросъ объ изданіи и для нея гражданскаго кодекса по образцу французскаго, докладчикъ сенатской комисіи, упоминая о происходившей въ Германіи борьбѣ исторической и философской школь, заключилъ замѣчаніемъ, что повсюду здравый смыслъ народовъ и требованія практической жизни

¹⁾ См. Otto Meyer, Zum hundertsten Geburtstage des Code civil (въ Frankfurter Zeitung отъ 20 марта 1904 г.) и E. Müller, die Hundertjahrfeier des Code civil (въ „Deutsche Juristen Zeitung“ отъ 15 мая 1904 г., стр. 466); см. резюме этихъ статей въ „Bulletin de la Société d'Etudes législatives“, 1904 г., стр. 401 сл.

опровергли предубѣжденія учениковъ Савиньи, такъ какъ нигдѣ еще достаточно гибкій и эластичный кодексъ не останавливалъ прогрессивнаго развитія права, что, наоборотъ, онъ часто дѣлался исходнымъ пунктомъ цѣлаго новаго направления научной эволюціи. Правда, что такого рода результатъ обусловливался существованіемъ научной юриспруденціи, пронизанной прогрессивнымъ духомъ, и судебного сословія, готоваго за ней слѣдовать. И въ доказательство сказаннаго докладчикъ указалъ итальянскому сенату на примѣръ французскаго гражданскаго кодекса, въ томъ его видѣ, въ какомъ онъ сложился благодаря интерпретаціонной дѣятельности французскихъ судовъ, наиболѣе замѣчательной въ настоящее время.

Итакъ, нужно признать откровенно слѣдующее. Въ противоположность принципамъ нашего публичнаго права, относящимся столь недовѣрчиво, со времени самой революціи, къ судебной власти, и несмотря на безспорность для того времени догмы раздѣленія властей, направленной почти исключительно противъ возможнаго захвата власти судами, — французскій гражданскій кодексъ былъ составленъ и формулированъ такимъ образомъ, что могъ функционировать только съ помощью гибкой и смѣлой юриспруденціи, способной восполнять пробѣлы текста и примѣнять его постановленія ко всему разнообразію непрерывно нарастающихъ жизненныхъ потребностей.

И во Франціи, рядомъ съ хартіей, урегулировавшей свыше весь частно-правовой строй, былъ созданъ органъ, который долженъ былъ сдѣлать изъ мертвой буквы закона живое твореніе. Этимъ органомъ были французскіе суды.

Ни одна корпорація не была подготовлена лучше къ роли, которая на нее была возложена. Ни одно изъ всѣхъ учрежденій стараго порядка не получило болѣе устойчивой конституціи; ни одно не могло дать тѣмъ, кто былъ призванъ исполнять его функціи, воспитанія болѣе техническаго и болѣе солиднаго, чѣмъ наши старые парламенты. Сверхъ того, это они — великіе легисты старой Франціи — приготовили гражданскія и политическія реформы, они поддержали революцію на ея зарѣ, — въ періодъ иллюзій, длившійся гораздо дольше, чѣмъ

предполагали, когда вѣрили въ окончательное примиреніе всѣхъ соціальныхъ классовъ подъ эгидой возрожденной свободы и окончательно установленнаго естественнаго права. Эти легисты, временно разсѣявшіеся и принужденные къ молчанію среди волненій и насилій послѣдующаго періода, появились вновь, готовые работать въ порядкѣ и мирѣ, чтобы и въ области юридической жизни, на почвѣ права, возсоздать новую Францію.

Они принесли новому вѣку свои навыки въ толкованіи кутюмовъ, очень широкомъ и гибкомъ, близкомъ къ произволу, въ которомъ ихъ такъ обвиняли при старомъ порядкѣ, но были готовы подчинить свою независимость господству текста,—яснаго, понятнаго и точнаго, ввѣреннаго ихъ честности и ихъ чувству законности и справедливости.

Рядомъ съ ними стояли всѣ помощники судебной процедуры, всякаго рода практики, которые, будучи распределены и размѣщены соответственно своимъ функціямъ, реализировали въ области примѣненія права къ жизни законъ раздѣленія труда такимъ образомъ, что содѣйствовали, каждый въ своей сферѣ, усовершенствованію юридической техники и практики.

У насъ слишкомъ упускали изъ вида эту точку зрѣнія. Недостаточно цѣнили значительныя заслуги, которыя оказаны были въ дѣлѣ усовершенствованія права всѣми этими ходатаями по дѣламъ, которые являются обязательными помощниками сторонъ при редакціи ихъ частныхъ актовъ и заключенія юридическихъ сдѣлокъ.

Всѣ старые формуляры нотаріальной практики оказались нетронутыми и готовыми приспособиться къ требованіямъ новаго права.

Практика брачныхъ договоровъ нисколько не измѣнилась въ продолженіи цѣлаго вѣка. При новомъ порядкѣ повторяются въ очищенномъ и болѣе развитомъ видѣ тѣ же обычно-правовыя формулы стараго порядка; другія были изобрѣтены и пущены въ обращеніе подъ вліяніемъ экономическихъ перемѣнъ, происшедшихъ въ распределеніи иму-

щества. Но и эти формулы должны были составляться под влиянием старых образцов.

Нѣтъ, далѣе, ничего болѣе интереснаго, какъ слѣдить въ нотаріальной практикѣ за этой, если можно такъ сказать, борьбой частныхъ интересовъ и частной воли противъ болѣе или менѣе тѣсныхъ петель закона. Вопреки строгому и точному тексту нѣкоторыхъ постановленій закона стороны хотятъ возвратитъ себѣ свою независимость, сдѣлать законъ болѣе податливымъ и примѣнить его, не нарушая его существа, къ слегка видоизмѣненнымъ положеніямъ. Предоставленныя сами себѣ, онѣ неспособны найти такую комбинацію, которая дала бы имъ возможность, при встрѣчѣ съ законодательными ограниченіями, не подчиниться имъ. Законовѣдъ, опытный въ тонкостяхъ процесса, сумѣетъ найти, если можно такъ сказать, мѣсто спайки и заставить законъ приспособиться къ требованіямъ практики.

Вотъ онъ, тотъ органъ проявленія обычая, о которомъ мечталъ Савиньи! Вотъ оно, въ живомъ процессѣ, самопроизвольное зарожденіе права, возникающее изъ потребностей народной жизни и экономической необходимости. Оно поднимается мало по малу на поверхность разсѣянной жизни неорганизованныхъ массъ, чтобы кристаллизироваться въ обобщенныя формулы и учрежденія, способныя функционировать. Предоставленная самой себѣ, частная воля была бы безсильна; будучи же поставлены въ соприкосновеніе съ процессомъ, благодаря богатымъ и плодотворнымъ знаніямъ законовѣда, потребности экономической и соціальной жизни мало по малу находятъ себѣ вѣрное и точное удовлетвореніе; онѣ создаютъ орудіе, необходимое для ихъ реализаціи, и этимъ орудіемъ является юридическая формула. Эта формула, рожденная въ конторѣ нотаріуса, взламываетъ дверь суда; сперва оспариваемая, преслѣдуемая и послѣдовательно пересматриваемая, она въ концѣ концовъ заставляетъ признать себя на высшихъ ступеняхъ юрисдикціи. Такъ образуется новое право. Возникающая изъ жизненныхъ потребностей и свободы, будучи проведена въ жизнь практиками и освящена юриспруденціей, оно проходитъ такимъ образомъ три стадіи юридическаго роста.

Сколько можно бы было привести примѣровъ такого рода процесса правообразования, въ особенности въ области отношеній по приданому ¹⁾, и еще больше въ области завѣщаній, субституцій и учрежденій ²⁾! Достаточно напомнить тѣ или инныя судебныя рѣшенія, касающіяся нѣкоторыхъ хорошо извѣстныхъ вопросовъ теоріи движимаго приданого ³⁾, условныхъ легатовъ ⁴⁾ и присвоенія частичной правоспособности нѣкоторымъ ассоціациямъ ⁵⁾. Мы видимъ передъ собою только результаты, но мы не присутствовали при стараніяхъ практики найти окончательную комбинацію, подобрать надлежащіе аргументы, долженствующіе убѣдить въ правильности заявляемыхъ притязаній и привести къ побѣдѣ надъ логическимъ толкованіемъ текста.

И когда мы представимъ себѣ новыя произрастанія, расцвѣтающія въ области юридической жизни, то признаемъ справедливымъ воздать честь усиліямъ всѣхъ тѣхъ, которые содѣйствовали проявленію прогрессивной и плодотворной инициативы на обширномъ полѣ развитія права.

Если угодно оцѣнить значеніе гражданскаго кодекса, необходимо обратить вниманіе не на одинъ только его текстъ, — нужно разсмотрѣть въ деталяхъ и увидать въ дѣйствиціи цѣлую машину, въ томъ ея видѣ, въ какомъ она была

¹⁾ См. отн. т. наз. *clause de remploi*—Le Courtois и Surville—Du *contra de mariage* (сборникъ Baudry—Lacantinerie), t. III, №№ 1835 и слѣд; и о теоріи *Dot renfermée*, еод. loc. №№ 1851 и слѣд. Справ. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. IV № 2088 и № 1742, 1.

²⁾ Сравни. отн. этого послѣдняго пункта соображенія главнаго прокурора Boudouin въ началѣ рѣшенія кассационнаго суда 12 мая 1902 г. (Dalloz 1902, I, 426 и слѣд.), и Henri Lévy-Ullmann и Paul Grunebaum—Ballin, *Essai sur les fondations par testament*, въ *Revue trimestrielle de droit civil* 1904 г. стр. 253 и слѣд.

³⁾ Сравни. относительно этого замѣчательную диссертацию Henri Basset—*Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pecuniaires de l'association conjugale* (Paris, 1896), глав. обр. стр. 244 и слѣд.

⁴⁾ Справ. Albert Tissier, *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées*, въ *Revue Trimestrielle de droit civil* 1903 г., стр. 743 и слѣд.

⁵⁾ Справ. диссертацию Epinay, *De la capacité juridique des associations formées sans but lucratif et non reconnues d'utilité publique*, Paris, 1897 г., стр. 375 и слѣд.

организована властной рукой перваго консула. Рядомъ съ текстомъ съ очень слабыми петлями, съ очень гибкими формулами, и, что бы ни говорили о нихъ, — формулами, недостаточно точными и мало научными, возвышается рядъ органовъ, готовыхъ къ исполненію юридическихъ функцій, требуемыхъ жизнью. Нотариусы и ходатаи по дѣламъ, которые формулируютъ въ юридическихъ актахъ неопредѣленную волю сторонъ; стряпчіе, которые, начиная процессъ, устанавливають правовые пункты, подлежащіе разсмотрѣнію суда; надежный и знающій дѣло адвокатъ, сильный своими традиціями, гордый своимъ краснорѣчіемъ и способный заставить судью изслѣдовать новую концепцію, до той поры еще ему не встрѣчавшуюся и имъ еще не обсуждавшуюся; магистратура, преданная своей профессіи, проникнутая сознаниемъ своихъ обязанностей и своего высокаго назначенія, недовѣрчивая къ чистымъ абстракціямъ, всегда заботливая по отношенію къ потребностямъ практики и способная умѣло примирить свое уваженіе къ тексту закона съ своей ролью посредника между частными и общественными интересами — вотъ главные составныя части системы.

Таковы колеса этой громадной машины, которая должна была привести въ дѣйствіе и осуществить въ примѣненіи къ жизни нѣмой и инертный самъ по себѣ текстъ новаго гражданскаго кодекса.

Посмотримъ, что сдѣлалось съ этимъ текстомъ при дѣйствіи этого искуснаго механизма.

II.

Въ моментъ окончанія гражданскаго кодекса, во Франціи и въ Европѣ господствовали три главныхъ теченія, которыя могутъ быть резюмированы въ нѣкоторой совокупности теорій, тѣсно связанныхъ одна съ другой и имѣющихъ свой исходный пунктъ въ философіи XVIII вѣка: теоріи философской, политической и юридической.

Философская теорія — самая старая; она восходитъ почти къ XVI вѣку; въ XVIII же выливается въ формулу, которую

считали окончательною. Она покоилась на той мысли, что человекъ, съ самаго момента своего рожденія, приноситъ съ собою права, присущія ему въ силу самаго факта его индивидуальности ¹⁾, что эти права вытекаютъ изъ его природы, которая всегда остается одною и тою же, и что, слѣдовательно, онъ долженъ имѣть систему законовъ, обусловленныхъ этими его естественными отношеніями. Эти законы должны составлять философскій идеаль права, къ которому должны стремиться приблизиться всѣ законодательства отдѣльныхъ государствъ.

Эта школа естественнаго права, какъ мы только что видѣли; неразрывно связана съ теоріей индивидуальнаго права. Можно бы было, однако, совершенно наоборотъ, создать теорію естественнаго права, которое, не опираясь ни на какую философскую концепцію, имѣло бы своимъ основаніемъ чисто социологическія данныя. Если общество является фактомъ естественнымъ, а не продуктомъ произвольнаго созданія, то оно должно подчиняться законамъ, способнымъ произвести юридическія явленія. Существуетъ вѣдь социальное право, вытекающее изъ самаго факта существованія общества и являющееся слѣдствіемъ естественныхъ отношеній, слагающихся въ социальной жизни. Можно было бы такимъ образомъ представить себѣ, что существуетъ естественное право, подъ которымъ подразумѣвается именно такое социальное право, состоящее изъ законовъ, управляющихъ самимъ обществомъ; положительное право выражало бы только болѣе или менѣе удачныя попытки человѣческаго труда приноровиться къ понимаемому такимъ образомъ социальному праву, т. е. къ праву природы, подъ которымъ понимается право, возникающее изъ естественной связи человека съ обществомъ и потому не могущее возникнуть до момента образованія социальной жизни ²⁾.

Никогда, однако, такъ не думали и не могли думать. По-

¹⁾ Эта идея, бывшая въ ходу въ эпоху революціи, ясно изложена Камбасересомъ въ его рѣчи въ конвентѣ, въ засѣданіи 23 фруктидора 11-го года (*Moniteur universel*, 1794, t. XI, col. 1456—1459).

²⁾ Относительно различныхъ значеній слова *социальный* см. *Stammeler*, *Wirtschaft und Recht*, стр. 120 и сл.

тому что первымъ изъ всѣхъ соціальныхъ законовъ является законъ прогрессивнаго развитія,—законъ, составляющій существо всякаго коллективизма. Понятое такимъ образомъ естественное право было бы правомъ, постоянно разнообразящимся и измѣняющимся,—правомъ, о которомъ нельзя было бы сказать, что оно можетъ служить вѣчнымъ идеаломъ для всегда несовершенныхъ концепцій права позитивнаго.

Точно такъ же никогда не существовало естественнаго права, построеннаго въ формѣ выводовъ, извлеченныхъ изъ природы человѣка, взятаго въ его индивидуальномъ состояніи. Говоря о такомъ правѣ, истекающемъ изъ природы человѣка, представляли себѣ абстрактнаго человѣка въ видѣ существа, обладавшаго спеціальными характеристическими чертами. Изъ этого предварительнаго построенія понятія человѣка было выведено затѣмъ столь же абстрактное право, болѣе или менѣе неизмѣнное, назначеніемъ котораго и было содѣйствовать проявленію въ жизни этихъ конститутивныхъ элементовъ человѣческой природы ¹⁾.

И, прежде всего, исходной точкой всей этой школы было то, что человѣкъ есть олицетвореніе свободы и что всѣ его права истекали изъ осуществленія во внѣ начала свободы, разсматриваемой въ качествѣ автономной и верховной силы. Общество могло пріобрѣсти только тѣ правомочія по отношенію къ отдѣльной личности, которыя, согласно формулѣ Руссо, самъ индивидуумъ соглашался уступить изъ области своихъ правъ и своей свободы ²⁾. Право соціальное разсматривалось здѣсь какъ производное изъ права индивидуальнаго, а это послѣднее какъ высшее и предшествующее правамъ, вытекающимъ изъ союза общественнаго.

Было бы легкомысленнымъ отрицать, что эта философская школа была великой вдохновительницей гражданскаго кодекса, подобно тому, какъ она воодушевила всѣ деклараціи правъ при революціи и всѣ проекты конвента.

¹⁾ Ср. по этому поводу интересный этюдъ Воистел'я, *Principes de métaphysique nécessaires à l'étude de la philosophie du droit* (Paris, Fontemoing, 1899).

²⁾ Ср. Ж. Ж. Руссо, *Contrat social*, liv. 1-er, ch. VI (Ed. Dreyfus-Brisac, стр. 32 и слѣд.).

Строго говоря, было не вполне правильно думать, какъ это дѣлаетъ, напримѣръ, Саньякъ ¹⁾, что конвентъ нѣсколько отступилъ отъ этой индивидуалистической концепціи членовъ учредительнаго собранія въ интересахъ расширенія правъ государства и государственнаго вмѣшательства. Конвентъ только немного болѣе основательно интерпретировалъ формулы, въ которыхъ выражали обыкновенно содержаніе воображаемаго общественнаго договора, изъ котораго, какъ предполагали, проистекало все содержаніе государственнаго верховенства. Онъ сдѣлалъ нѣсколько болѣе полнымъ, въ интересахъ удовлетворенія социальныхъ потребностей, предполагаемое отреченіе отъ индивидуальнаго суверенитета въ пользу государства. Но для того, чтобы создать это болѣе радикальное представленіе о социальномъ договорѣ, онъ не выходилъ изъ иныхъ концепцій о первоначальномъ источникѣ права и верховной власти, чѣмъ тѣ, которыя служили основаніемъ дѣятельности учредительнаго собранія.

Гражданскій кодексъ только собралъ всѣ эти, въ то время безспорныя традиціи.

Противниками этихъ послѣднихъ выступили только теологи и философы школы Жозефа де-Мэстра и де-Бональда ²⁾. Теперь, можетъ быть, слишкомъ легко забываютъ объ этомъ. Теологическая школа никогда не соглашалась возвести въ догму доктрину абсолютной власти отдѣльнаго лица. Это значило поставить догму противъ догмы; и деклараціи правъ человѣка никогда не имѣли болѣе явныхъ противниковъ, чѣмъ

¹⁾ Sagnac, La législation civile de la Révolution française (Paris, 1898, p. 35—36).

²⁾ De Bonald, Démonstration philosophique du principe constitutif de la société, 1-ère partie, liv. 1-er, ch. III (въ Oeuvres complètes, édit. Migne, 1864, t. 1-er, 161) и особенно Législation primitive, — Discours préliminaire (loc. cit., t. 1-er, 1109—1110 и слѣд., 1119 и слѣд.) и въ смыслѣ идей Савиньи, Législation primitive, liv. II, ch. XVIII, прим. къ главѣ XVIII (loc. cit., t. 1-er 1258, notes 3 et 4). См. конецъ прим. 3-го: „По мнрѣ своего развитія они (народы) пишутъ свои государственные законы; позднѣе они доходятъ до написанія законовъ семейныхъ и нравственныхъ. Этой послѣдней стадіи мы теперь и достигли. Старикъ не понималъ бы ничего, если бы всего не записывалъ. Горе той націи, которая должна писать и составлять законы даже для своихъ нравовъ“.

тѣ, чьи преемники теперь ссылаются на эти права, благодаря переменѣ фронта, которую впрочемъ нельзя не приветствовать.

Но эта оппозиціонная группа была такъ малочисленна и пользовалась такимъ малымъ вліяніемъ, что ее могли считать почти несуществующей. Философская доктрина гражданского кодекса есть доктрина индивидуальнаго права, соответствующаго формулѣ рационалистической философіи XVIII вѣка. Она нашла, впрочемъ, легальное выраженіе въ 1-ой статьѣ того введенія въ кодексъ, которое было впоследствии уничтожено. Эта первая статья была выражена такимъ образомъ: *„существуетъ одно универсальное и непреложное право, источникъ всѣхъ положительныхъ законовъ: это не что иное, какъ естественный разумъ, поскольку онъ управляетъ всеми людьми“*. Къ счастью, это философское исповѣданіе вѣры исчезло. Можно ли представить себѣ, на самомъ дѣлѣ, французскій гражданскій кодексъ на порогѣ XX-го вѣка съ такой архаической деклараціей?

Эта школа права естественнаго и права индивидуальнаго ¹⁾, которую имѣютъ несправедливость слишкомъ уже поносить въ настоящее время, оказала Франціи и, можно сказать, человѣчеству неоцѣнимыя заслуги. Благодаря ей составилаь такая концепція понятія индивидуальной свободы, что, какія бы политическія и соціальныя системы ни готовило намъ будущее, въ нихъ всегда будетъ заключаться тотъ минимумъ свободы, который мы считаемъ неприкосновеннымъ и безспорнымъ для положенія индивида на этомъ мірѣ, — въ нихъ всегда будетъ сохранена та доля индивидуальной справедливости, которую человѣчeskій разумъ и коллективное сознание должны будутъ всегда охранять, что бы ни случилось, и которая не должна никогда уступать никакимъ государ-

¹⁾ Относительно точнаго смысла этихъ выраженій, чтобы избѣжать нѣкоторыхъ ложныхъ опредѣленій, какія имъ даютъ слишкомъ часто, см. замѣчательную книгу Boistel'я, Cours de philosophie du droit (1899), стр. 18 и слѣд. Срав. Jellinek, Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte (Leipzig, 1895), стр. 51 и слѣд. (Русскій переводъ подъ заглавіемъ: „Декларация правъ человѣка и гражданина“, Спб. 1905).

ственнымъ соображеніямъ, никакому высшему коллективному интересу. Можетъ быть, мы не будемъ больше говорить, что дѣло идетъ о врожденныхъ правахъ, получаемыхъ человѣкомъ при самомъ его рожденіи; можетъ быть, на основаніи самого соціального права мы скажемъ, что исторія и соціологія показываютъ намъ, что общество можетъ существовать только при томъ условіи, если частной инициативѣ отведена достаточная роль, если для индивидуальной свободы гарантирована опредѣленная сфера дѣятельности и если правосудіе сдѣлано равнымъ для всѣхъ. Какъ бы ни объясняли происхожденіе этихъ правъ, всегда останется часть свободы, правда, не абсолютной болѣе, а относительной, но которой отнынѣ ни одна политическая или соціальная система не посмѣетъ отнять у индивидуума. Этимъ результатомъ мы будемъ обязаны большею частью школѣ индивидуального права и сознанію, которое она будетъ пробуждать въ насъ ¹⁾.

Но, признавъ это, надо также сознаться, что философское мышленіе теперь измѣнилось ²⁾; догматическія концепціи естественнаго права не вліяютъ болѣе на умы. Легко теперь убѣждаются въ томъ, что права являются только слѣдствіемъ соціальныхъ отношеній, что общество есть первичный и начальный, а не вторичный фактъ, и что, если оно не создаетъ права въ философскомъ смыслѣ слова, то оно обуславливаетъ его необходимымъ образомъ въ смыслѣ историческомъ. То, что индивидуалисты находили заложенымъ въ существѣ человеческой личности, чего теологи искали только въ Богѣ, то соціологи находятъ реализованнымъ въ исторіи. Не спрашивая, откуда происходитъ общество и кто является его творцомъ, для того, чтобы констатировать юридическія нормы, опредѣлять ихъ содержаніе и примѣнять къ жизни, они довольствуются признаніемъ необходимости права при наличности опредѣленныхъ отношеній въ соціальномъ организмѣ,

¹⁾ Срав. по всѣмъ этимъ вопросамъ прекрасную книгу *Veudant, Le droit individuel et l'Etat*, и главнымъ образомъ стр. 128 и слѣд.

²⁾ Срав. *Henry Michel, L'idée de l'Etat*, стр. 561 и слѣд., и *R. Stammler, Wirtschaft und Recht*, стр. 572 и слѣд.

какъ если бы они имѣли дѣло съ явленіемъ, подлежащимъ научному наблюденію, и фактомъ, создаваемымъ роковой необходимостью.

Итакъ, право никогда не бываетъ чисто индивидуальнымъ; точно такъ же, надо ли это говорить, хотя этого не хотятъ признать социалисты—оно никогда не бываетъ чисто социальнымъ. Оно является сложной величиной, произведеніемъ социальной жизни въ ея комбинаціи съ жизнью индивидуальной. Поэтому, поскольку для прогресса и процвѣтанія общества необходимо расширеніе правомочій отдѣльной личности, постольку общество обязано оказывать отдѣльной личности свое покровительство, но теперь уже не абстрактному отдѣльному лицу, разсматриваемому въ соотношеніи съ присущей ему самому способностью развитія, но живымъ и конкретнымъ существамъ, изъ которыхъ слагается образующая общество группа, въ особенности же тѣмъ, которые плохо вооружены для того, чтобы жить и осуществлять ихъ человѣческое назначеніе на землѣ. Потому-то именно, что въ социальномъ правѣ находится доля права индивидуальнаго, и должны отдѣльныя личности, взятая въ массѣ, оказывать покровительство индивидууму, и потому-то, что во всякомъ индивидуальномъ правѣ есть доля права социального, юридическая сфера отдѣльной личности и остается всегда обусловленной и ограниченной коллективнымъ интересомъ группы ¹⁾.

Исходя изъ этихъ идей, въ настоящее время не думаютъ болѣе, чтобы существовало какое-нибудь индивидуальное право, которое бы предшествовало или стояло выше социального права,—права, которое было бы абсолютнымъ по своей природѣ. Въ этомъ отношеніи собственность не составляетъ исключенія изъ другихъ правъ, точно такъ же, какъ свобода или договорная автономія. Въ этой именно юридической троицѣ и представилъ Камбасересъ въ своей рѣчи, произнесенной въ конвентѣ 23 фруктидора II года, весь составъ частнаго права.

¹⁾ Срав. по всемъ этимъ вопросамъ, Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, §§ 1, 4, 16, 51, въ Encyclopädie der Rechtswissenschaft Kohler's, т. I, см. въ особ. цитаты и указанія на стр. 15 (§ 8 in fine) и стр. 20, прим. 1

Трудно было бы представить себѣ, по крайней мѣрѣ, для своей эпохи, законодательство, которое могло бы лучше, чѣмъ французскій гражданскій кодексъ, примѣниться, вопреки своимъ философскимъ началамъ, къ отмѣченной сейчасъ эволюціи социальныхъ идей и концепцій. Онъ совершенно порвалъ съ идеологіей, испортившей прусскій кодексъ, и устранилъ абстрактныя и философскія опредѣленія, появившіяся снова въ австрійскомъ кодексѣ въ 1811 году ¹⁾. Онъ заключаетъ въ себѣ только положительныя нормы, легко примѣнимыя ко всѣмъ философскимъ и социальнымъ системамъ.

Какимъ бы уваженіемъ ни пользовалась индивидуальная собственность, но,—и это не осталось незамѣченнымъ,—ни одно изъ современныхъ законодательствъ не сгладило такъ полно, если можно такъ выразиться, углы собственности и не ограничило такъ глубоко ея романистическаго понятія, какъ права абсолютнаго и неприкосновеннаго, путемъ установленія института сосѣдскихъ правъ. Въ кодексѣ эти права не подведены даже подъ понятіе сервитутовъ и рассматриваются какъ условія, необходимыя для существованія самой недвижимой собственности и пользованія вытекающими изъ нея правомочіями въ соотношеніи ихъ съ взаимными правомочіями другихъ собственниковъ ²⁾. Въ настоящее время, впрочемъ, начали уже замѣчать, что ст. 544 кодекса, опредѣляющая собственность, не квалифицируетъ ее, какъ абсолютное право, и если допускаетъ по отношенію къ ея объекту возможность пользоваться и распоряжаться абсолютнымъ образомъ, то тотчасъ же ограничиваетъ это послѣднее выраженіе оговоркой относительно всякаго рода ограниченій, налагаемыхъ закономъ или регламентами ³⁾. Только комментаторы увидали въ ст. 544 то, что въ ней не содержится, и въ настоящее время

¹⁾ См. также объ этихъ двухъ кодификаціяхъ слова Савиньи въ его манифестѣ (*vom Veruf...*), изд. 1892 г., стр. 49 и слѣд.

²⁾ По всѣмъ этимъ вопросамъ см. диссертацию Georges Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines* (Paris, Rousseau 1902, стр. 117 и слѣд.).

³⁾ Ср. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1-er (изд. 1904 г. н. 2329, стр. 745).

вновь возвращаются къ чисто относительной концепціи права собственности, которая вполне соответствует выраженіямъ ст. 544 ¹⁾).

Путемъ ограниченій, внесенныхъ въ давностное приобрѣтеніе сервитутовъ, гражданскій кодексъ старается, насколько возможно, поощрять взаимныя услуги, какія могутъ сосѣди оказывать другъ другу. Онъ предполагаетъ, что между ними будутъ существовать отношенія взаимной уступчивости, вытекающія сами собой изъ понятія общей собственности, но не могущія никогда превратиться въ формальныя правомочія, уменьшающія самимъ фактомъ своего существованія содержаніе права собственности ²⁾).

Въ новѣйшихъ научныхъ трудахъ, а также уже и въ нѣкоторыхъ судебныхъ рѣшеніяхъ, появилась, на почвѣ ст. 1382, цѣлая новая теорія, которая, развивая понятіе злоупотребленія правомъ, признаетъ въ содержаніи права собственности наличность опредѣленныхъ социальныхъ обязанностей.

Такимъ образомъ возстановляется въ самомъ индивидуальномъ изъ всѣхъ правъ социальный характеръ, котораго оно было лишено благодаря доктринерскимъ идеямъ эпохи революціи ³⁾).

А по отношенію къ движимой собственности, найдется

¹⁾ Проектъ швейцарскаго гражданскаго кодекса въ своей послѣдней редакціи (28 мая, 1904 г.) опредѣляетъ собственность въ ст. 635 словами: „*Sобственникъ вещи имѣетъ право распоряжаться ею свободно въ границахъ закона*“.—Это дѣйствительно, болѣе точная форма, въ какой слѣдуетъ понимать выраженія ст. 544 гражданскаго кодекса: „*распоряжаться ею самымъ абсолютнымъ образомъ*“. См. *Message du Conseil fédéral à l'assemblée fédérale, concernant le Projet de Code civil Suisse, art. 635*

²⁾ Ср. *Bu fnoir, Propriété et Contrat, стр. 230.*

³⁾ См. отн. этого замѣчательный этюд *Ch a r m o n t, L'abus du droit* въ *Revue trimestrielle de droit civil, т. 1 стр. 113* и въ дополненіе къ нему диссертацию *J. Bosc, Essai sur les éléments constitutifs du délit civil* (Paris, Rousseau, 1901, стр. 78 и слѣд.). Теорія злоупотребленія правомъ была воспринята въ общемъ ея выраженіи, а не только по отношенію пользованію правомъ собственности, въ *проектъ швейцарскаго гражданскаго кодекса*, въ его послѣдней редакціи (ст. 3). Это послѣднее положеніе составлено подъ влияніемъ § 226 Германскаго гражданскаго уложенія, но въ болѣе широкомъ смыслѣ. Впрочемъ консервативные журналы и органы начинаютъ уже безпокоиться по поводу такого направленія проекта (ср. *Journal de Genève du 29 juin 1904—Code civil suisse*).

ли другое законодательство, даже среди самых новых, не исключая и германскаго гражданскаго уложенія, которое бы такъ полно принесло въ жертву уваженіе къ самому праву собственности потребностямъ торговаго кредита ¹⁾? Правило ст. 2279 настолько радикально, что немногія законодательства осмѣлились воспроизвести его въ его полной формѣ.

Договорная автономія сохранила, разумѣется, всю свою полноту, и было бы въ высшей степени прискорбно, если бы уничтожили ея принципъ. Подобное возрѣніе означало бы попятное движеніе на нѣсколько вѣковъ назадъ. И, однако, при примѣненіи этого принципа на почвѣ торговой конкуренціи ²⁾, не замѣтно ли въ томъ развитіи, которое дается въ теоріи требованію кодекса о наличности для дѣйствительности договоровъ достаточнаго основанія, въ особенности по отношенію къ дареніямъ ³⁾, признанія интересовъ публичнаго порядка, или, если угодно, — что въ дѣйствительности и менѣе опасно, — признанія началъ добросовѣстности и коммерческой честности при оцѣнкѣ сдѣлокъ, — началъ, которыя обязываютъ стороны къ болѣе полному уваженію или, вѣрнѣе, къ болѣе полной заботливости о соблюденіи условій обязательства по отношенію къ каждой изъ нихъ ⁴⁾.

Во всѣхъ этихъ областяхъ создалась уже прогрессивная научная теорія, которая стремится къ тому, чтобы достигнуть признанія санкціи со стороны судебной практики. Если бы дѣло шло только о законодательныхъ реформахъ ⁵⁾, вопросъ объ

¹⁾ Второй проектъ германскаго уложенія, впрочемъ, очень подходилъ къ французской системѣ, допуская, въ противоположность § 877 перваго проекта, измѣненіе порядка представленія доказательствъ во всемъ, что касается добросовѣстности приобрѣтателя (Срав. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung т. III, стр. 207—208).

²⁾ Ср. Thaller, Traité élémentaire de droit commercial (Изд. 1904 г. нп. 62, 65).

³⁾ Ср. Vufnoir, loc. cit., стр. 544 и слѣд.

⁴⁾ По этому вопросу см. вступительную лекцію профессора Emanuele Gianturco, L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale (Неаполь 1891 г.). Идея о соотвѣтствіи обязательства положенію сторонъ въ болѣе обобщенномъ видѣ выражена въ § 138 германскаго гражданскаго кодекса.

⁵⁾ На такомъ именно способѣ рѣшенія вопроса, гораздо болѣе, по его мнѣнію, плодотворномъ, чѣмъ путь юридической интерпретаціи, настаиваетъ новое

исторической интерпретаціи гражданскаго кодекса не имѣлъ бы особаго интереса. Но то, чего требуютъ, въ ожиданіи лучшаго, — это дальнѣйшаго развитія въ этомъ направленіи судебной практики, а если этого требуютъ, то потому, что считаютъ такое развитіе возможнымъ, — потому, что считаютъ его совмѣстимымъ съ нашими принципами интерпретаціи. Самъ гражданскій кодексъ, индивидуализмъ котораго блѣднѣетъ и исчезаетъ во всемъ томъ, что было въ немъ слишкомъ исключительнаго, долженъ и въ этомъ отношеніи принять въ будущемъ, благодаря научному и судебному толкованію, чисто соціальный характеръ.

Ни одно изъ постановленій гражданскаго кодекса не было столь уступчиво и болѣе способно подчиняться подобному преобразованію, какъ ст. 1382, благодаря своей общей и растяжимой формулировкѣ ¹⁾. Можно было бы написать цѣлый томъ о функціи ст. 1382 въ смыслѣ установленія новыхъ путей въ гражданскомъ правѣ. Мы уже видѣли, какъ она послужила основаніемъ для смягченія абсолютнаго характера индивидуальной собственности и возложенія на собственниковъ обязательствъ, которыя вызвали бы чувство

интересное научное соціально-юридическое направленіе въ Италіи. См. по этому поводу, кромѣ указанной уже работы, *Salvioli, I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie* (Палермо, 1891 г.) *Camillo Cavagnari, Nuovi Orizzonti del diritto civile in Rapporto colle istituzioni pupillari* (Миланъ, 1891 г.). См. приложенія и. III и IV, стр. 417 и 421, а также и нѣсколько менѣе, можетъ быть, радикальную въ законодательномъ смыслѣ, но прекрасную вступительную лекцію профессора *Vivante, L'influenza del socialismo nel diritto privato* (Оттискъ изъ *Critica Sociale*, 1902 г.). Французскій переводъ подъ заглавіемъ: „*La pénétration du socialisme dans le droit privé*“ (P. Storck и С-іе, 1903 г.).

¹⁾ Это также одна изъ тѣхъ формулъ, неопредѣленность и мнимо-произвольный характеръ которыхъ испугали составителей германскаго гражданскаго уложенія (Ср. ф. *Liszt, Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs*). Они предпочли держаться системы спеціализаціи гражданскихъ делъ, съ рискомъ оставить въ сторонѣ множество интересовъ, связанныхъ съ личностью, которые могли не попасть въ классификацію уложенія и, такимъ образомъ, оказались лишеными защиты (ср. по этому поводу *Anton Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, § L* (Изд. 1904 г., стр. 201—202).

большого негодованія въ поколѣннн первой половины XIX-го вѣка. Благодаря ей было исправлено въ области семейнаго права все, что было чрезмѣрно жестоко въ постановленіи ст. 340-й, запрещающей отыскивать отца внѣбрачнаго ребенка ¹⁾). И не предполагали ли провести въ судебную практику при ея помощи принципъ отвѣтственности за всѣ убытки, происходящіе отъ свободнаго проявленія дѣятельности человѣческой личности, независимо отъ вопроса о личной винѣ ²⁾? Мы уже не говоримъ о томъ, что благодаря ей же введены въ справедливыя границы злоупотребленія, связанныя, въ области договорныхъ отношеній, съ свободной конкуренціей ³⁾, а также о полезныхъ ограниченіяхъ постановленій, касающихся ничтожности договоровъ вслѣдствіе пороковъ воли у контрагентовъ,—постановленій, слишкомъ мало охраняющихъ интересы добросовѣстныхъ третьихъ лицъ ⁴⁾.

Во всѣхъ трехъ указанныхъ Камбасересомъ областяхъ: собственности, личной свободѣ и договорной автономіи—выраженный въ ст. 1382 принципъ далъ такимъ образомъ возможность судебной практикѣ провести болѣе справедливое представленіе о соціальной солидарности и взаимныхъ обязанностяхъ отдѣльныхъ лицъ по отношенію другъ къ другу.

Гражданскій кодексъ развился. Его текстъ остался тотъ же, но содержаніе, заключающееся въ его статьяхъ, совершенно измѣнилось. Въ мѣха, считавшіеся старыми, влилось новое вино, возрождающей крѣпости котораго было достаточно для того, чтобы возобновить облакавшую его оболочку.

Но для того, чтобы это совершилось, нуженъ былъ органъ, который могъ бы внести жизнь въ законодательный механизмъ, и этимъ органомъ была судебная практика. Благодаря ей

¹⁾ Срав. Chauveau et Héneaut, Des personnes (въ коллекціи *В а u d g u L a c a n t i n e r i e*, Т. III, u. 678 и слѣд.).

²⁾ По отношенію къ вопросу этому литература въ особенности обширна. Здѣсь достаточно указать лекціи Léon Michel, напечатанныя въ *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1901 г., стр. 592).

³⁾ См. выше стр. 215 пр. 2.

⁴⁾ См. диссертацию А. Legros, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats* (Дижонъ 1900 г.).

мало-по-малу сквозь гибкіе тексты гражданскаго кодекса, — законодательнаго творенія, построеннаго на чисто индивидуалистическихъ началахъ, — проникло социальное право, которое, не подрывая основъ права индивидуальнаго — это послѣднее прекратило-бы свое существованіе только въ тотъ день, когда совсѣмъ исчезло бы и все гражданское право — оживотворяетъ его и стремится дать ему новое направленіе въ интересахъ полноты развитія. Выражая нашу мысль въ формулѣ, дорогой для новыхъ итальянскихъ юристовъ, мы можемъ на зарѣ начинающагося XX-го вѣка привѣтствовать новые горизонты гражданскаго права.

III.

Съ другой точки зрѣнія, гражданскій кодексъ служилъ выраженіемъ научной теоріи, господствовавшей въ концѣ французской революціи. Тогда только что установилось господство демократіи, какъ политическаго порядка. Гражданскій кодексъ долженъ былъ сдѣлаться частнымъ правомъ демократіи. Демократія же понималась тогда, какъ порядокъ, въ которомъ всѣ граждане имѣли равныя права въ сферѣ гражданско-правовыхъ отношеній, точно такъ же, какъ равное право на политической почвѣ. Для установленія демократіи, въ области частнаго права считали достаточнымъ освятить гражданское равенство и свободу для всѣхъ, уничтоживъ всякія привилегіи, связанныя съ рожденіемъ, поломъ или состояніемъ, а, въ особенности, установить такую систему наслѣдованія, которая никогда не могла бы дойти до того, чтобы возстановить господство крупной собственности ¹⁾. По истеченіи цѣлаго вѣка трудно представить себѣ, сколько нужно было смѣлости, хотя и послѣ революціи, но въ тотъ моментъ, когда общество было утомлено утопіями и только что пережитой анархіей, — организовать прочнымъ образомъ и охранить на будущее время подобныя завоеванія только что за-

¹⁾ Срав. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel* (Изд. 1903, стр. 332 и слѣд.).

кончившейся эры. Обеспечить каждому человеку, — понимая это выражение в абстрактном смысле, согласно теории естественного права и прав человека, — право и возможность бороться на юридической почве равным оружием, чтобы составить себе положение в мире, в эту эпоху казалось не только идеалом, но окончательным осуществлением демократии. Это было, как тогда думали, единственный порядок, какой с теоретической точки зрения соответствовал идею равенства. Впрочем, даже в самый разгар революции, отдавали себе вполне ясный отчет в материальной невозможности установить фактическое равенство и поэтому могли мечтать только об установлении равенства правового. Равенство и свобода на заменутом полем жизненной конкуренции: каждый для себя, а право для всех!

С этим политическим режимом произошло то же, что и с теорией естественных прав. Она исходила из чисто абстрактной концепции общества, вне всякого представления о социальных реальностях.

Только после полувекowego опыта, а может быть и больше, после таких экономических погромов, каких еще не знал мир, увидели пробелы этой системы чистых абстракций.

Исходили из той идеи, что частное право имело, главным образом, целью регулировать отношения обладания, относя в область нравов все, что имело отношение к семье и составляло предмет обыденного проявления индивидуальной свободы. Результатом этого было то, что гражданский кодекс занимался только правом имущественным и что, следовательно, он был составлен только для тех, у кого было имущество. Можно было бы, поэтому, сказать, что он представлял собою по преимуществу хартию приобретенной собственности. Что же касается тех, которые должны были еще все приобрести, пройдя все ступени социальной лестницы, начиная с самой нижней, то, оказывалось, если устранить область индивидуальной свободы, пользовавшейся одинаковым для всех покровительством, — что закон их совсем игнорировал. В теории было возведено обширное

зданіе, въ которомъ всѣмъ должно было найтись мѣсто. Въ дѣйствительности вышло то, что только одни состоятельные классы чувствовали себя въ ней свободно, другіе же оставались при входѣ, борясь и давя другъ друга, чтобы въ него попасть. Только тѣмъ, которые переступили порогъ, законъ оказывалъ надежный пріютъ и серьезную защиту. Создавали, не вѣдая и не желая этого, кодексъ буржуазіи.

Имѣемъ ли мы, однако, право упрекать за это творцовъ гражданскаго кодекса?

Потребовалось три четверти вѣка, чтобы понять, что существованія одной только политической демократіи недостаточно для полнаго осуществленія идеала новыхъ обществъ, и что, если въ настоящее время еще менѣе, чѣмъ въ эпоху революціи, возможно мечтать объ установленіи матеріальнаго равенства, то все-таки общество не имѣетъ права оставлять безъ вниманія тѣхъ, которые стоятъ внѣ юридической постройки, возведенной для защиты имуществъ, собственности и обладанія, потому что въ этой ожесточенной жизненной борьбѣ всегда будутъ существовать слабые, которые останутся безоружными и побѣжденными, отдаваясь на милость силъ, ихъ окружающихъ. Убѣдились—а сколько времени нужно было, чтобы въ этомъ убѣдиться! ¹⁾—что рядомъ съ кодексомъ собственности требовался еще кодексъ труда и, можетъ быть, также и кодексъ свободы ²⁾, который бы регулировалъ пользование ею и умѣрялъ причиняемые ею злоупотребленія до того момента, когда дождутся кодекса ассоціаціи, который

¹⁾ См. относительно этого прекрасную вступительную лекцію Charmont *La socialisation du droit*, напечатанную въ *Revue de métaphysique et de morale*.

²⁾ Весьма типичный примѣръ чисто экономическаго и патримоніальнаго характера законодательствъ, даже новѣйшихъ, представляетъ та форма, въ которой германское гражданское уложеніе налагаетъ законное прещеніе лицъ, постигнутыхъ душевными болѣзнями. Законъ позволяетъ налагать прещеніе только на тѣхъ, которые, въ силу своего патологическаго состоянія, неспособны заботиться о своихъ дѣлахъ (ср. § 6, В. Г. В.). Такимъ образомъ оставляютъ безъ всякой защиты тѣхъ, которые, не будучи неспособными управлять своимъ имуществомъ, являются опасными для себя или для другихъ. Этого постановленія, впрочемъ, нѣтъ уже болѣе въ проектѣ швейцарскаго гражданскаго кодекса (art. 378); ср. Max Römelin, *Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Civilgesetzbuch* (Leipzig, 1901), стр. 13—15.

будетъ социальнымъ закономъ по преимуществу, представляя собою въ области частнаго права аналогію того, чѣмъ является демократическій строй для публичнаго права.

Итакъ окончившійся XIX вѣкъ предугадалъ идеаль социальной демократіи, для которой политическая демократія должна послужить переходной ступеню, и мы, по правдѣ, выказали бы себя слишкомъ мало признательными по отношенію къ нашимъ предшественникамъ и къ исторіи, которая сохранила намъ результаты ихъ усилій и ихъ отважной борьбы, если бы стали упрекать законодателей 1804 года въ томъ, что они не создали такого социального кодекса, о какомъ не мечтала даже сама революція и какого не способно еще, можетъ быть, создать и начало XX вѣка. Не походило ли бы это на то, какъ если бы мы сочли себя въ правѣ игнорировать историческое значеніе Генриха IV, Ришелье и Людовика XIV на томъ основаніи, что они не написали деклараціи правъ человѣка?

Среди тѣхъ, интересы которыхъ, повидимому, обошелъ гражданскій кодексъ, существуютъ главнымъ образомъ три категоріи, для которыхъ требуютъ въ настоящее время улучшеннаго юридическаго положенія: рабочіе классы, вѣнчанные и женщины. Создать для первыхъ специальный режимъ означало, какъ тогда казалось, нарушить идею абстрактнаго равенства и не считаться съ фактомъ уничтоженія классовъ, которое было однимъ изъ наиболѣе универсально признанныхъ завоеваній революціи. Что же касается другихъ, то созданное для нихъ положеніе вытекало изъ общественныхъ понятій о законной семьѣ и бракѣ.

Относительно всѣхъ этихъ вопросовъ въ нравахъ и идеяхъ произошли крупныя перемѣны. Высшій принципъ правового равенства не мѣшаетъ намъ видѣть его роковыя фактическія послѣдствія.

Правовое равенство въ дѣйствительности создаетъ столько же, если только не болѣе, жертвъ, сколько нѣкогда строй, основанный на привилегіяхъ; тѣмъ не менѣе принято думать, что жертвы свободы не требуютъ сожалѣнія и что по отношенію къ нимъ не существуетъ уже никакихъ обязательствъ,

потому что на счетъ ихъ собственной вины должно быть поставлено то, что они позволили другимъ себя обогнать. На скачкахъ не всѣ пришли къ цѣли, но всѣ имѣли право къ ней прийти. Свободный строй не можетъ существовать, не учитываяъ своихъ жертвъ, такъ какъ, если бы онъ не создавалъ ни одной, тогда всѣ были бы жертвами. Человѣкъ живетъ не абстракціями, а дѣйствительностью. Существуетъ, однако, минимумъ матеріальныхъ гарантій, какими должно обладать отдѣльное лицо, чтобы выполнить свою соціальную роль и свое провиденціальное земное назначеніе. Въ политическомъ отношеніи, въ противовѣсъ указаніямъ на мнимую несостоятельность индивидуальнаго права, мы констатировали уже, что существуетъ минимумъ индивидуализма, который навсегда долженъ составить неотъемлемую долю свободы и личной инициативы, отсутствіе которой отразилось бы прежде всего на самомъ обществѣ. Точно такъ же и по отношенію къ соціальному быту мы должны сказать, что есть минимумъ матеріальной, а также моральной и интеллектуальной жизни, который долженъ быть обезпеченъ человѣку, безъ наличности котораго страдаетъ само общество, взятое въ цѣломъ своемъ составѣ. Итакъ, дѣло идетъ не о привилегіяхъ, навыворотъ, не о ложной сантиментальности и еще менѣе о химерическомъ равенствѣ. Дѣло идетъ объ установленіи соціальнаго равновѣсія, осуществленіи необходимой гармоніи между различными элементами, составляющими общество— элементами, соціальная функція которыхъ должна стоять въ прямомъ соотношеніи съ расширеніемъ ихъ индивидуальности. Итакъ, оставляя неприкосновенной догмой индивидуальную свободу, общество тѣмъ не менѣе обязано ради собственнаго блага приходить на помощь заблудшимъ и жертвамъ свободы. Свобода и государственное вмѣшательство не только не составляютъ противорѣчія, но представляются намъ двумя сторонами одной и той же системы, восполняя одно другую. Государству, подавляющему личность и составляющему мечту нѣкоторыхъ соціалистовъ, мы противопоставимъ принципъ коллективизма, въ силу котораго должна быть оказана помощь и взаимная поддержка всѣмъ друзьямъ свободы, для того, чтобы

защищать ее наверху противъ тѣхъ, кто ею злоупотребляетъ, и развивать и внизу среди тѣхъ, у которыхъ нѣтъ достаточныхъ средствъ, чтобы ею пользоваться. Такое понятіе соціального права не только не отрицаетъ индивидуального права, но является какъ бы его необходимымъ дополненіемъ и расширеніемъ. Слѣдуетъ тѣмъ не менѣе все-таки признать, что въ этомъ пониманіи заключается цѣлое глубокое преобразование традиціонной индивидуалистической системы; это пониманіе двустороннее, а не одностороннее; правамъ оно противопоставляетъ обязанности и, вмѣстѣ того, чтобы все отдавать однимъ и ничего другимъ, обезпечиваетъ побѣду сильныхъ только подъ условіемъ, что они будутъ приходить на помощь слабымъ.

Переменная возрѣвнѣе въ соціальной области не могла не отразиться и на кругѣ семейственныхъ отношеній. Мы не думаемъ теперь уже болѣе, что браку грозитъ опасность вслѣдствіе того, что законъ налагаетъ на отцовъ, даже внѣбрачныхъ, всѣ тѣ обязанности, какія предписываются имъ природою и нравственностью. Еще менѣе мы можемъ теперь говорить о томъ, что семейный строй пострадаетъ отъ того, что право допустить болѣе тѣсное сотрудничество обоихъ супруговъ.

Нужно, впрочемъ, открыто признать, что хотя юриспруденція, при такомъ порядкѣ идей, и можетъ иногда растянуть тѣсно сжатые кольца закона и измѣнить общій характеръ названныхъ институтовъ, однако, гораздо чаще она встрѣчаетъ препятствія этому во всемъ остальномъ строеніи законовъ, механизмъ котораго совершенно отъ нея не зависитъ и можетъ быть измѣненъ только путемъ законодательныхъ реформъ. Отсюда и происходитъ, безъ сомнѣнія, то, что для тѣхъ, которые разсматривали нашу систему частнаго права только подъ этимъ спеціальнымъ угломъ, съ точки зрѣнія способности ея къ реформамъ, направленнымъ къ улучшенію положенія рабочихъ и семейныхъ отношеній,—казалось, не оставалось ничего болѣе, какъ потерять интересъ къ зданію, оказавшемуся недостаточнымъ, и во что бы ни стало добиться законодательной реформы, способной удовлетворить назрѣвшія потребности.

Другіе, менѣе односторонніе или менѣе вѣрующіе въ полный переворотъ, думали и думаютъ еще, что съ нѣсколькими лишними пристройками старое зданіе продолжало бы сохранять достаточно красивый видъ. Настаивая поэтому всѣми силами на необходимости реформъ и даже полной ревизіи закона въ томъ объемѣ, какой для этого необходимъ, они тѣмъ не менѣе ожидаютъ этихъ реформъ безъ особаго нетерпѣнія, такъ какъ они видятъ, что многое могла бы сдѣлать и сама судебная практика, если бы захотѣли ее поддержать и одобрить и если бы потрудились установить то, что она уже сумѣла сдѣлать. Сквозь всѣ тѣ щели, куда могла проскользнуть работа юриста-практика, было бы легко, можетъ быть, разумѣется иногда послѣ многихъ поисковъ и даже многихъ поворотовъ назадъ, найти слѣдъ, по которому двигается новое правовое развитіе.

Наканунѣ закона 1898 г. о несчастныхъ случаяхъ на фабрично-заводскихъ работахъ развѣ суды не были готовы принять теорію перенесенія тяжести доказательства и, можетъ быть, даже теорію профессиональнаго риска ¹⁾? Развѣ судебная практика не принуждена была занять опредѣленное положеніе по отношенію къ синдикатамъ ²⁾, по вопросамъ о послѣдствіяхъ рабочихъ стачекъ ³⁾, о коллективномъ договорѣ ⁴⁾? Развѣ

¹⁾ См. все движеніе судебной практики, воспроизведенное въ диссертациі Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité* 1901, стр. 70 и слѣд. Равнымъ образомъ найдутъ относительно этихъ пунктовъ интересную замѣтку въ глубоко-научной диссертациі Louis Huguenaу, *L'idée de peine privée* (Дижонъ, у Rousseau, 1904 г.) стр. 59, прим. 4; ср. также стр. 238 и слѣд.

²⁾ Краткій обзоръ судебной практики, относящейся къ синдикатамъ, см. въ замѣчательной диссертациі Barthélemy Raynaud, *Le contrat collectif de travail* (Парижъ, 1901 г., стр. 230—231), и особенно интересное изложеніе въ замѣткѣ Albert Wahl'я, подъ Riom, 7 февр., 1900 (*Sir.* 1903, II, 225), дополненную другою замѣткой Wahl'я, подъ Limoges, 10-го іюня, 1902 г. и *tribunal de Douay*, 7-го мая 1902 г. (*у Sir.* 1903, II, 233).

³⁾ Ср. относительно этого пункта замѣтку Raoul Jaу, по поводу кассац. рѣшенія 22 іюня, 1892 г. *у Sir.* 1893, I, 41, и этюдъ Fernand Amiot, *De la répercussion des grèves ouvrières sur l'exécution des contrats*, въ *Annales de droit commercial* (1903 г., 1-я часть, стр. 65).

⁴⁾ Относительно коллективнаго договора и относящейся къ нему судебной практики см. вышеуказанную диссертацию B. Raynaud, стр. 226 и слѣд., равно

она не пополняетъ ежедневно и мало-по-малу, можетъ быть, величайшій пробѣлъ гражданскаго кодекса—тотъ, который относится къ рабочему договору? И какъ же не признать ея заслугъ въ этомъ отношеніи и не отмѣтить съ чувствомъ удовлетворенія ея дѣятельности въ виду того, что въ 1804 году закону были совершенно неизвѣстны все отношенія этого рода и онъ предоставлялъ ихъ рѣшеніе нормамъ общаго права. Да и даютъ ли себѣ отчетъ, говоря о пробѣлахъ въ этомъ отношеніи гражданскаго кодекса, въ томъ, какова могла бы быть регламентація рабочаго договора въ 1804 году? Она была бы, конечно, только тормозомъ того развитія, который онъ получилъ въ судебной практикѣ.

Развѣ теорія договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, послужившая уже основаніемъ для защиты договоровъ страхования жизни, не способна принять юридическую форму, которую легко можно было бы примѣнить къ договорамъ, заключеннымъ синдикатами въ пользу ихъ членовъ ¹⁾?

Положеніе замужней женщины находитъ себѣ твердую опору въ судебной практикѣ съ гораздо большей медленностью. Теорія коллективнаго мандата опредѣлилась довольно ясно ²⁾, но теорія сохранения за ней прибылей и заработной платы не могла еще найти себѣ способа проникнуть въ судебную практику и помочь намъ терпѣливѣе дожидаться реформы, съ которой такъ медлитъ парламентъ ³⁾.

интересную замѣтку, напечатанную по поводу касс. р. 1-го февраля 1893 г. (Sir., 1896, 1, 329) и замѣтку Deslandres по поводу того же рѣшенія въ *Pandectes françaises*, 1894, I, 1 (ср. тотъ же сборникъ, 1899, II, 82 *tribunal de la Seine* 23 июня, 1896 г. и прим.).

¹⁾ См. относительно этой юридической конструкціи диссертацию В. Раупауд, стр. 277 и слѣд., а относительно различныхъ комбинацій, какимъ можетъ поддаваться коллективный договоръ Bourguin, *Les Systèmes socialistes et l'évolution économique*, глава XV, стр. 268 и слѣд.; Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, I, стр. 759—773, и Georg Sulzer, *Die kollektive Vertragsschliessung zwischen Arbeitern und Arbeitgebern* (Бернъ, 1900, извлечение изъ *Schweizerischen Blättern für Wirtschafts und Social Politik*), стр. 6 и слѣд. (Онъ держится большею частью точекъ зрѣнія, принятыхъ Sidney Webb'омъ, въ *Industrial Democracy*).

²⁾ Pierre Binet, *La femme dans le ménage*, Парижъ, 1904 г., стр. 45 и слѣд.

³⁾ См. объ этомъ вопросѣ докладъ Тиссе общества законодательныхъ изслѣ-
Жур. Мин. Юст. Октябрь 1905.

Нѣкоторыя рѣдкія рѣшенія, которыя, впрочемъ, почти всегда бывають кассированы въ высшей инстанціи, стремятся, однако, то здѣсь, то тамъ увеличить количество личныхъ правъ женщины и парализовать ограниченія, налагаемыя на нее строемъ семейно-имущественной общности ¹⁾.

Но и во всѣхъ этихъ областяхъ, такъ же какъ и въ большинствѣ постановленій, касающихся внѣбрачныхъ дѣтей, и притомъ независимо отъ роли, приписываемой ст. 1382, о которой шла уже рѣчь, судебная практика, кромѣ того, наталкивается на постановленія, имѣющія императивный характеръ и обязывающія ее преклоняться передъ собой въ ожиданіи подготовляющагося частнаго или общаго пересмотра.

Вотъ такимъ образомъ тѣ наиболѣе крупныя пробѣлы гражданскаго кодекса, которые должны бы быть безотлагательно восполнены законодательными реформами: регламентація рабочаго договора и реорганизація всего строя семейныхъ отношеній, включая и вопросъ объ имущественныхъ правахъ, связанныхъ съ бракомъ.

Но, если по всѣмъ этимъ пунктамъ требуются въ текстѣ закона соотвѣтствующія измѣненія и даже совершенно новыя построенія въ цѣломъ объемѣ,—во всякомъ случаѣ и здѣсь реформы подготовлены уже, какъ и въ другихъ случаяхъ, судебной практикой. И здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, научная теорія и судебная практика развивались соотвѣтственно съ перемѣнами, происходившими въ социальномъ строѣ, и прогрессомъ идей.

IV.

Въ тотъ моментъ, когда появился гражданскій кодексъ, господствовала еще третья теорія ²⁾, уже чисто юридическая.

дованій и послѣдующія пренія, въ Bulletin de la Société d'études législatives, т. I, стр. 26 и слѣд.

¹⁾ Ср. относительно этого пункта Thaller, Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de la communauté, въ Revue trimestrielle de droit civil, т. II, стр. 55.

²⁾ Относительно всего нижеслѣдующаго см., кромѣ указанной уже капитальной книги Gény, недавній трудъ A. Alvarez, профессора университета въ

Она стремилась установить понятие закона, его главные свойства и методы его интерпретации. Въ концѣ концовъ, однако, она была только передѣлкой, въ смыслѣ антропоморфизма, старыхъ теорій объ абсолютной власти суверена. Со всевозможными оговорками по отношенію къ теоретическимъ построениямъ, касающимся происхожденія и основаній суверенитета, реальный и фактический суверень былъ превращенъ изъ короля въ законодателя. Судья, являющійся его истолкователемъ, не могъ говорить иначе, какъ только отъ его имени; предполагалось, что съ того момента, какъ судья начиналъ примѣнять законъ,—онъ лишь исполнялъ велѣнія суверена. Всякое судебное рѣшеніе должно было быть выраженіемъ коллективной воли. Интерпретация, совершаемая судьей, должна была быть лишь отыскиваніемъ, хотя бы и фиктивнымъ, этой воли.

Когда судья встрѣчалъ новое положеніе, какого совершенно не предвидѣлъ законодатель, онъ долженъ былъ истолковать законъ такъ, какъ если бы законодатель его предвидѣлъ. И, вмѣсто того, чтобы задать себѣ вопросъ: не сдѣлалъ ли бы законодатель, въ виду новизны явленія, исключенія изъ положенныхъ имъ въ основаніе закона основныхъ принциповъ,—онъ долженъ былъ постараться, какія бы послѣдствія отъ этого ни произошли, основываясь на посылкахъ, даваемыхъ закономъ, разрѣшить вопросъ согласно абстрактнымъ понятіямъ и строгимъ правиламъ, приписываемымъ законодателю, если только самый вопросъ по своей природѣ могъ быть разрѣшенъ на ихъ основаніи.

Въ продолженіе долгаго времени научная теорія права считала себя связанной такой методой. И это вовсе не значитъ, чтобы она должна была находиться, какъ на это часто указываютъ, подъ игомъ чисто буквальной интерпретации. Научная теорія и судебная практика были очень склонны къ си-

Сантъ-Яго, Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil, (Р. 1904), съ предисловіемъ J. Flach'a, появившемся и отдѣльно подъ заглавіемъ: L'enseignement juridique, въ Revue internationale de l'Enseignement Supérieur, отъ 15-го іюня, 1904 г., стр. 481. Въ книгѣ Alvarez'a см. особенно третью часть, стр. 157 и слѣд.

стемъ широкой догматической интерпретаціи; догматическая же интерпретація не отождествляется неизбѣжно съ буквальной интерпретаціей. Можно было бы даже утверждать, что эта послѣдняя исключаетъ первую. Гдѣ достаточно примѣнить текстъ, по его буквѣ, тамъ нѣтъ мѣста для вмѣшательства разсужденія. Это интерпретація механическая, въ которой иногда обвиняли юриспруденцію противники изъ не спеціалистовъ, тогда какъ другіе, наоборотъ, упрекали и въ излишней утонченности ея анализа. Въ дѣйствительности, благодаря глбкости догматической интерпретаціи и богатству юридическихъ конструкцій, часто избѣгали прискорбнѣйшихъ крайностей, къ какимъ могло бы привести чисто геометрическое разсужденіе. Но эта метода все-таки была виновата въ томъ, что заставляла думать, что выведенныя такимъ образомъ изъ общаго смысла текстовъ конструкціи представляли лишь подразумеваемую волю законодателя и что эта подразумеваемая воля строго обязывала на томъ же самомъ основаніи, на которомъ обязывала воля, явно выраженная. А это и приводило къ тому, что становилось, разумѣется, совершенно невозможнымъ, даже тамъ, гдѣ законъ молчалъ, руководиться просто однимъ только фактическимъ положеніемъ дѣла, экономическимъ или социальнымъ, для того, чтобы допустить исключеніе изъ общаго правила, которое думали найти въ законѣ или вывести изъ общаго смысла закона.

Всѣ эти правила интерпретаціи въ широкомъ объемѣ примѣнялись судебной практикой точно такъ же, какъ и наукой. Это, однако, вѣрно только въ теоріи. Ограничиваясь только однимъ результатомъ дѣятельности судебной практики, не будетъ ли, на самомъ дѣлѣ, гораздо болѣе правильнымъ ¹⁾ утверждать, что она позволила себѣ руководствоваться совершенно противоположными идеями. Это не значитъ, конечно, что, допуская свободу въ отношеніи къ закону, она руководствовалась какимъ-либо сознательнымъ идеаломъ развитія, кото-

¹⁾ См. въ диссертациі Mornet, *Du rôle et de droits de la jurisprudence en matière civile, 1804—1904* (Парижъ, 1904), глава II, стр. 45 и слѣд., и прекрасныя статьи M. Leroy, въ *Revue de Paris*, 1-го и 15-го октября 1903 г.

рый она желала осуществить. Вовсе нѣтъ. Часто съ ея стороны мы встрѣчаемъ упорное сопротивленіе удовлетворенію при ея посредствѣ самыхъ настоятельныхъ нуждъ экономической жизни, въ особенности, когда идетъ дѣло о столь важной въ настоящее время защитѣ движимаго имущества. Заботамъ о кредитѣ, повидимому, она оказываетъ явное предпочтеніе передъ интересами собственника—соціальная точки зрѣнія, замѣтимъ мы мимоходомъ, явно противоположная, что бы тамъ ни говорили, точеѣ зрѣнія чисто индивидуалистической. Достаточно указать въ этомъ отношеніи на ея столь характерную интерпретацію ст. 2279 ¹⁾ и на теорію относительно актовъ фактическаго обладателя наслѣдства (*heritier apparent*), которую она благополучно поддерживаетъ, вопреки всѣмъ направленнымъ на нее нападеніямъ ²⁾. Но несомнѣнно и то, что по многимъ вопросамъ она съ самаго начала приняла по отношенію къ закону открыто независимое положеніе, которое въ продолженіе долгаго времени удивляло ученыхъ юристовъ и поражало иностранцевъ.

Эта независимость вызывала со стороны науки частую оппозицію, и въ продолженіе долгаго времени конфликтъ между научной теоріей и судебной практикой сдѣлался почти правиломъ. И онъ, по крайней мѣрѣ, сослужилъ ту службу, что, благодаря ему, старыя идеи пересматривались, неустанно порождая новыя, что не могло не содѣйствовать прогрессивному развитію самой науки.

Самъ Савиньи, менѣе, чѣмъ черезъ двадцать лѣтъ послѣ своей рѣзкой критики на гражданскій кодексъ, возвратился къ болѣе безпристрастной оцѣнкѣ французской юридической литературы. Онъ признался въ этомъ, давая отчетъ въ своемъ журналѣ о появленіи *Thémis* ³⁾, и еще болѣе подчеркнулъ эту перемену въ своихъ воззрѣніяхъ въ предисловіи къ послѣднему изданію своего манифеста объ исторической школѣ, въ

¹⁾ Срав. С. Buisson, *Propriété et contrat*, стр. 356 и слѣд.

²⁾ Ср. относ. этого пункта научную оцѣнку Chaumont'омъ в касс. рѣш. 26 января 1897, въ *Revue critique de législation*, 1902 г., стр. 16 и слѣд.

³⁾ *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, т. IV, стр. 488 и слѣд.

1828 г. Однако, согласившись отдать справедливость французскимъ юристамъ, онъ все-таки не смягчился по отноше- нію къ гражданскому кодексу: „Все, что у нихъ есть хорошаго, говорилъ онъ, существуетъ несмотря на гражданскій ко- дексъ, а не благодаря ему“¹⁾).

Мы, въ свою очередь, скажемъ, что все, что могло быть хорошаго и даже блестящаго въ идеяхъ Савиньи, начинало переходить границу, проникать во Францію и примѣняться въ интересахъ интерпретаціи, но не неподвижнаго обычая, какъ о томъ мечталъ Савиньи, а кодифицированнаго закона. Вос- принимая мало-по-малу историческій методъ, эта интерпрета- ція не замедлила вынести изъ него, на первыхъ же шагахъ, богатый и плодотворный опытъ.

Нужно на самомъ дѣлѣ признать, что эпоха реставраціи должна была удивительно содѣйствовать тому, чтобы идеямъ Савиньи былъ сдѣланъ хорошій пріемъ. Историческій методъ имѣетъ двойное значеніе. Съ одной стороны, онъ въ высшей степени смѣлъ, онъ идетъ впередъ; съ другой—онъ устанавли- ваетъ очень благоговѣйное отношеніе къ прошедшему и къ существующимъ фактамъ. Прежде всего онъ крайне недовѣр- чиво относится ко всякаго рода апріорнымъ системамъ, въ особенности же къ тому, что такъ или иначе соприкасается съ метафизикой. Онъ всячески оберегаетъ себя противъ те- орій. Савиньи взялъ у историческаго метода главнымъ обра- зомъ его консервативную сторону²⁾, и его идеи должны были нравиться современникамъ Людовика XVIII и Карла X, не говоря уже о томъ, что занятое ими положеніе по отно- шенію къ автору наполеоновскаго кодекса не могло не снискать къ нему благоволенія.

Въ *Globe* отъ 1827 г. мы находимъ замѣчательную статью, которая съ большей точностью резюмируетъ полемику между

¹⁾ См. это предисловіе, воспроизведенное въ изданіи 1892 г., стр. V. Ср. равнымъ образомъ весьма извѣстное мѣсто изъ его *System des Römischen Rechts* (французскій переводъ, *Traité de droit romain*, т. I, стр. 196 и слѣд.).

²⁾ Срав. Merkel, Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft, въ *Zeitschrift für das privat- und oeffentliche Recht der Gegenwart*, т. III (1876 г.), стр. 630—631.

Тибо и Савиньи, ставшую съ тѣхъ поръ знаменитою ¹⁾. Въ первомъ же номерѣ *Thémis* Варнкенигъ помѣтилъ статью, посвященную исторіи развитія юридическихъ теорій въ Германіи ²⁾. Извѣстно также, что Феликсовское *Revue* было основано по преимуществу для того, чтобы провести во Францію научныя воззрѣнія, довольно близкія идеямъ исторической школы.

И тѣмъ не менѣе было бы въ высшей степени неправильно предполагать, что именно эти теоріи повліяли на французскую судебную практику. Эта послѣдняя никогда не руководствовалась какой-нибудь послѣдовательно проведенной системой, даже научной. Съ внѣшней стороны ея дѣятельность кажется чисто эмпирической. Въ дѣйствительности же она подчиняется скрытой, непреодолимой и постоянно торжествующей силѣ, которая истекаетъ изъ фактовъ или, вѣрнѣе, изъ примѣненія идеи справедливости къ реальнымъ жизненнымъ отношеніямъ. Такъ создается исторія; судебная практика лишь отражаетъ въ себѣ ея послѣдовательные этапы.

Если бы, однако, мы захотѣли все-таки разсмотрѣть дѣятельность судебной практики въ ея теоретическихъ основахъ и съ этой точки зрѣнія установить ея отношеніе къ самому тексту гражданского кодекса, то пришлось бы отмѣтить тройкое направленіе этой дѣятельности: 1) то, которое представляетъ собою переживаніе прошедшаго; 2) то, которое стремится предвосхитить будущее и 3) предлагающее цѣльныя образцы новаго юридического творчества.

По многимъ вопросамъ судебная практика продолжаетъ работать въ духѣ стараго обычнаго права, отдавая преимущество старымъ традиціямъ передъ буквой новаго закона; и многіе представители научной юриспруденціи, въ особенности историки, охотно поддерживали ее на этомъ пути. Это переживаніе обычнаго права особенно замѣтно въ вопросѣ объ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ—область, составляющая преимущественное достояніе юристовъ-дѣльцовъ.

¹⁾ Le Globe, Allemagne,—Science du droit, т. V, 59, 18 августа 1827 г.

²⁾ Thémis, т. I, 1819 г., стр. 7 и слѣд.

Они заимствуютъ для письменнаго установленія этихъ отношеній нотаріальныя записи прошедшаго вѣка, не заботясь часто объ облеченіи ихъ въ новыя формы; формуляры почти не измѣняются. Судебная практика пробуетъ иногда сопротивляться, но рѣдко ей удается не сдѣлать уступки. Такая важная и повидимому такая смѣлая теорія, какъ теорія движимаго приданаго, вся внушена подобнаго рода переживаніями, хотя она въ то же самое время находится въ логическомъ соотвѣтствіи съ главной мыслью дотальянаго режима въ ея при-мѣненіи къ экономическимъ преобразованіямъ ¹⁾. Это же вліяніе равнымъ образомъ ощущается въ колебаніяхъ, относящихся къ установленію природы наследственной доли женщины при системѣ общности ²⁾. Слѣды его встрѣчались еще въ нѣкоторыхъ изъ знаменитыхъ контроверзъ по вопросамъ наследованія ³⁾. Но всего интереснѣе отмѣтить то, что это направленіе переживаній проявилось въ нѣкоторыхъ областяхъ только послѣ долгаго періода перерыва, а именно въ послѣдней четверти вѣка, какъ, на примѣръ, по вопросу о присвоеніи юридической личности гражданскимъ обществамъ ⁴⁾.

Ко второй категоріи слѣдовало бы отнести всѣ крупныя

¹⁾ Срав. относительно этого главнымъ образомъ *Lescoeur, Des origines de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière*, въ *Revue critique*, 1875, стр. 303 и слѣд.

²⁾ См. особенно эту, сдѣланный по этому вопросу *Esmein*'омъ: *De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux*, въ *Revue critique de législation*, годъ 1877, стр. 83 и слѣд.; и замѣтку подъ *Poitiers*, 21 марта, 1884 (*Sir*, 86, II, 89).

³⁾ См. наприм., написанный специально въ историческомъ духѣ эту *Gabriel Domante, Calcul de la quantité disponible*, въ *Revue critique*, годъ 1852, стр. 81 и слѣд.; и по поводу другого одинаково знаменитаго вопроса *Aubry et Rau*, т. VII, § 723, примѣчанія 5 и 6.

⁴⁾ См. по этому предмету и съ исторической точки зрѣнія замѣчательную замѣтку *Meunier*'а по поводу касс. рѣш. 2-го марта 1892 г., у *Sir*. 1892, I, 497. Слѣдовало бы равнымъ образомъ указать, какъ на одно изъ роковыхъ переживаній древнѣйшаго права, и можно бы сказать, связанное самымъ неразрывнымъ образомъ съ его соціальной функціей,—на всю юридическую теорію принужденій. (См. по этому предмету капитальный эту *Esmein*'а, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, въ *Revue trimestrielle*, 1903, стр. 3; срав. диссертацию *Barryer, Des astreintes*, Парижъ. 1903 г., и въ вышеуказанной диссертации *L. Hugueney*, стр. 303 и слѣд.

теоріи, отмѣчающія эволюцію, въ основаніи которой лежатъ уже не пережитки прошедшаго, но стремленіе направить развитіе будущаго. Это всё тѣ вопросы, въ которыхъ чувствуется прогрессивное и постоянное стремленіе судебной практики освободиться отъ путъ узкихъ и суровыхъ юридическихъ концепцій, которыя могли направлять законодателя 1804-го года, но которыя непонятны болѣе для нашего поколѣнія. Здѣсь наши суды открыто порываютъ съ теоріей или фикціей воли законодателя.

Мы знаемъ очень хорошо, что законодатель, составляя ст. 900 гражданскаго кодекса, хотѣлъ парализовать самымъ радикальнымъ способомъ дѣятельность всѣхъ тѣхъ, которые пользуются институтомъ даренія въ недозволенныхъ цѣляхъ. Совершенно сознательно и намѣренно, согласно съ требованіями правосудія и справедливости, судебная практика свела къ нулю область примѣненія ст. 900, замѣстивъ ее теоріей побудительной причины ¹⁾.

Мы знаемъ хорошо, чего хотѣлъ законодатель, защищая экономическій принципъ свободы собственности, и, однако, судебной практикѣ удается мало-по-малу защищать соглашенія, касающіяся временной и относительной неотчуждаемости ²⁾.

Намъ прекрасно извѣстно абсолютное желаніе законодателя 1804 года запретить субституціи и все, что къ нимъ относится. Судебная же практика, въ настоящее время, своей теоріей объ условныхъ отказахъ утверждаетъ субституціи ³⁾.

Намъ еще лучше извѣстна система недоувѣрія гражданскаго кодекса 1804 года ко всякаго рода коллективнымъ единеніямъ, его теорія фиктивнаго лица въ вопросѣ о правоспособности товариществъ и его абсолютный принципъ законнаго надѣленія ихъ правами юридическаго лица или административной концессіи этихъ правъ ⁴⁾.

¹⁾ Срав. *Bartin*, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, стр. 355 и слѣд.

²⁾ См. объ этомъ вопросѣ диссертацию *Bretonneau*, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité* (Парижъ 1902, стр. 67 и слѣд.).

³⁾ Ср. уже указанную статью *Tissier supra*, стр. 205, прим. 4.

⁴⁾ Ср. *supra*, стр. 205 прим. 5.

И сколько можно было бы привести другихъ аналогичныхъ примѣровъ такого явно намѣреннаго стремленія идти рѣшительно противъ воли закона, когда этого требуютъ нужды практики и когда текстъ не представляетъ собою достаточно императивной формы, чтобы преградить путь всякому покушенію на независимость! Въ ту же категорію слѣдовало бы помѣстить и всѣ тѣ случаи примѣненія ст. 1382, которые не имѣютъ иной цѣли, какъ только санкціонировать протестъ соціальной справедливости противъ суровыхъ постановленій строгаго права ¹⁾).

Рядомъ съ этими переживаніями прошедшаго и забѣгами въ будущее слѣдуетъ помѣстить очень значительную группу образцовъ цѣльнаго юридическаго творчества новыхъ институтовъ, самымъ характернымъ типомъ которыхъ является страхование жизни ²⁾). Сюда же должны быть отнесены нѣкоторыя теоріи относительно торговыхъ бумагъ ³⁾, и нѣкоторыя попытки, правда, довольно неудачныя, имѣвшія цѣлью заполнить пробѣлы закона по вопросу объ опеку надъ незаконнорожденными ⁴⁾ и легальной администраціи ⁵⁾). Въ той же категоріи должны были бы найти мѣсто юридическія конструкціи, относящіяся къ правамъ неимущественнаго характера, — литературной или промышленной собственности, права на имя и другія того же рода ⁶⁾).

¹⁾ Ср. *supra*, стр. 216, прим. 1.

²⁾ Относительно этого пункта литература чрезвычайно богата; здѣсь не мѣсто приводить какія-нибудь спеціальныя цитаты. Слѣдовало бы указать всѣ замѣтки *Labbé*, которыя болѣе всей остальной литературы способствовали созданію судебной теоріи этого вопроса. Указаніе главныхъ рѣшеній у *Planiol'a*, *Traité élémentaire de droit civil* т. II, п.п. 2193 и слѣд.; по одному изъ спеціальныхъ вопросовъ см. *A. Wahl*, *L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des recompenses*, въ *Revue trimestrielle de droit civil*, т. I, стр. 20.

³⁾ Ср. диссертацию *M. Pichon*, *De l'opposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre* (Paris, 1904, стр. 111 и слѣд.)

⁴⁾ Ср. относительно этого очень вѣскую замѣтку *Léon Michel*, по поводу касс. рѣш. 10 ноября 1896, у *Dalloz* 1899, I, 209, и *Planiol*, *Traité élémentaire de droit civil*, т. I, изд. 1904, п.п. 1763—1765, стр. 567, прим. 3.

⁵⁾ Смотр. большое число рѣшеній, цитированныхъ по этому вопросу у *Planiol'a*, *loc. cit.* I (изд. 1904 г.), п. 1714).

⁶⁾ См. библиографію по этому предмету у *Planiol'a*, *loc. cit.*, I, 2543

Этихъ немногихъ указаній достаточно, во всякомъ случаѣ, для того, чтобы показать, съ какою смѣлостью судебная практика умѣла освободиться, стоя на почвѣ фактовъ, отъ фикціи отыскиванія коллективной воли, поддерживая ее по внѣшности.

У насъ судья понялъ, что ему предстояло выполнять другую соціальную роль—ту, которую ему уже указалъ Порталисъ ¹⁾: онъ—посредникъ примѣненія закона къ индивидуальнымъ случаямъ. Онъ—судья конфликта между правомъ индивидуальнымъ и соціальнымъ въ объемѣ тѣхъ границъ оцѣнки, какія ему представлены законной системой, осуществителемъ и истолкователемъ которой онъ является. Ст. 6-я гражданского кодекса, ставя подъ его защиту интересы общественнаго порядка въ его отношеніяхъ къ частному праву, хотѣла сдѣлать судью истолкователемъ коллективной общественной совѣсти въ разныхъ фазахъ ея развитія, всякій разъ, когда въ частномъ конфликтѣ была замѣшана общественная нравственность. Она идетъ еще далѣе германскаго гражданского уложенія, которое изъ опасенія широкихъ толкованій нашло возможнымъ довѣрить судѣ только охрану добрыхъ нравовъ, не дѣлая его защитникомъ общественнаго порядка. Подъ этимъ немного неяснымъ и растяжимымъ терминомъ въ дѣйствительности подразумѣваются всѣ представленія о соціальной справедливости, поскольку въ нихъ не идетъ рѣчь объ индивидуальной честности въ собственномъ смыслѣ слова, но этимъ представленіямъ въ Германіи опасались довѣриться ²⁾. Французскій гражданскій кодексъ проявилъ въ 1804 году гораздо болѣе смѣлости.

и слѣд., и для спеціальнаго вопроса, статью Thaller'a указанную выше стр. 226, прим. 1. О правѣ на имя смотр. Perreau, Contribution à l'étude du nom civil, въ Revue critique, 1902 г., стр. 572 и для библиографіи, Planiol'a loc. cit. I, № 375.

¹⁾ Срав. выше, стр. 197, прим. 1.

²⁾ См. о параграфѣ 138 В. Г. В. замѣтку отн. Traduction du code civile allemand, publiée par le Comité de législation étrangère, t. 1-й, p. 154. (art. 138, § II). Относительно понятія о добрыхъ нравахъ, см. замѣчательные труды Stammler, и, главнымъ образомъ, послѣдній: Die Lehre von dem richtigen Rechte, стр. 474 и слѣд.

Вставъ на эту именно почву, французская судебная практика, то пользуясь теоріей основанія договоровъ (cause), то опираясь на постановленія ст. 1382, построила маленькій кодексъ общественнаго порядка, неизвѣстный кодексу 1804-го года, какъ и всякому другому какому бы то ни было кодексу. Требования общественнаго порядка не поддаются никакой писанной регламентаціи, при помощи которой возможно было бы укрѣпить ихъ на будущее время. Они развиваются вмѣстѣ съ понятіями и нравами. Эту сторону писанное право поэтому и предоставляетъ прогрессивному развитію общественной справедливости и нравственности.

Подобныя смѣлости вначалѣ немного удивляли представителей научной теоріи права. Слѣдствіемъ этого явилась оппозиція догматическаго характера, грозившая во Франціи, благодаря крайностямъ философской нетерпимости, окончиться такимъ же разрывомъ между теоріей и практикой, какъ и тотъ, на который жаловались въ Германіи, главной представительницѣ исторической нетерпимости. Подобное недоразумѣніе не могло болѣе продолжаться, — и въ настоящее время самые авторитетнѣйшіе представители университетской науки выставляютъ судебную практику на первый планъ.

Достаточно напомнить въ подтвержденіе этого программную статью, которую помѣстилъ Эсмэнъ во главѣ недавно основанной имъ Revue ¹⁾. Безъ сомнѣнія онъ не сказалъ въ ней этими самыми словами, что судебная практика есть прямой и непосредственный источникъ права. Но въ дѣйствительности пришли къ этому. Констатировать историческіе результаты, добытые путемъ судебной практики, и ввести ихъ въ оффиціальное обученіе — значитъ признать, что освященная судами интерпретація становится нормальнымъ элементомъ въ правѣ страны. Это вытекаетъ съ еще болѣею очевидностью изъ такого трактата объ изученіи права, какъ трудъ Планьоля ²⁾. По прибрѣтенному имъ успѣху

¹⁾ Esmein, La jurisprudence et la doctrine, въ Revue trimestrielle de droit civil, т. I-й, стр. 5 и слѣд.

²⁾ Planiol, Traité élémentaire de droit civil, т. I-й, предисловіе (изд. 1904 г.) стр. X.

можно судить о нетерпѣнн, съ какимъ всѣ во Франціи желали увидать конецъ этого ненормальнаго антагонизма между теоріей и практикой, между правомъ, какъ объектомъ обученія, и правомъ, какъ объектомъ судебного примѣненія.

Но не только къ одной судебной практикѣ обращается такой учитель, какъ Эсменъ, для того, чтобы оплодотворить и оживотворить научное обученіе праву,—онъ прибавляетъ къ ней еще сравнительное право ¹⁾. Въ этомъ добавленіи легко узнать такого знаменитаго историка, какъ Эсменъ. Ибо историческій методъ состоитъ не только въ наблюденіи надъ тѣмъ, что происходитъ въ странѣ, но и въ изученіи взаимныхъ связей и вліяній, которыя создаются между научными концепціями различнаго происхожденія. Узко-націоналистическая и исключительная точка зрѣнія составляла одну изъ догмъ школы Савиньи. Великому и плодотворному гению Геринга обязаны мы уничтоженіемъ воздвигнутой Савиньи между правами отдѣльныхъ народовъ преграды ²⁾. Всякая наука интернаціональна и универсальна. Право можетъ быть истинной наукой только при томъ условіи, если оно будетъ изучать и наблюдать юридическія явленія, каково бы ни было

¹⁾ Мысли Esmein'a по этому вопросу были изложены въ его докладѣ конгрессу сравнительнаго права въ 1900 г.: Esmein, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, въ *Bulletin de la Société de législation comparée* (1899—1900), спеціально стр. 376 и слѣд. Правда, что Эсменъ допускаетъ роль сравнительнаго права только въ обученіи; и въ своей статьѣ въ *Revue trimestrielle* (ср. выше, прим. 1), онъ протестуетъ противъ утилизациі, которую хотѣли изъ него сдѣлать для интерпретаціи національнаго права (*loc. cit.*, стр. 17 и слѣд.). Но кто же не видитъ, что ограниченія, устанавливаемые по отношенію къ этому пункту, совершенно соотвѣтствуютъ тѣмъ оговоркамъ о роли судебной практики, которыя дѣлались прежде? Существуютъ идеи, для которыхъ трудно пытаться начертить границы и указать свое мѣсто. Логика дѣлаетъ ихъ заполняющими все и выступающими изъ опредѣленной для нихъ рамки. Если допускаютъ сравнительное право въ обученіе, то будетъ, конечно, невозможно, чтобы тѣ, которые извлекли изъ сравнительнаго права, какъ это сдѣлалъ самъ Эсменъ, главныя идеи учрежденія, не старались вдохновиться этими руководящими идеями для интерпретаціи, которую они дадутъ національному праву.

²⁾ См. въ особенности начало его Духа римскаго права (*Ihering, Geist des römischen Rechts, Erster Theil, §§ 1 и 2*).

ихъ происхожденіе, сближать эти явленія и давать общій ихъ синтезъ.

Такимъ образомъ, спустя цѣлый вѣкъ времени, оказались готовыми соединиться два крайнихъ конца одной цѣпи. Ст. 1-я проекта гражданскаго кодекса подтверждала существованіе неизмѣннаго и универсальнаго права, — источника всѣхъ положительныхъ законовъ; этимъ правомъ, говорилъ текстъ этой статьи, — могъ быть только естественный разумъ, поскольку онъ управляетъ всѣми людьми. Всѣ положительные законодательства, начиная съ гражданскаго кодекса, представляютъ собою не что иное, какъ приложенія этой широкой конструкціи общаго универсальнаго права.

На зарѣ ХХ-го вѣка мы возвращаемся къ концепціи, очень близкой къ точкѣ зрѣнія нашихъ отцовъ. Передъ нами также открывается перспектива возможности созданія прогрессивной науки права, которая должна быть универсальной — *Welt-Rechtswissenschaft*, хотя она и строится уже не на неизмѣнной скалѣ разума и философіи, но на болѣе подвижной почвѣ всемірной исторіи. Наши положительные законодательства, вмѣсто того, чтобы быть отдѣльными другъ отъ друга областями, сохраняющими неизмѣнно-независимое положеніе одно по отношенію къ другому, будутъ только примѣненіями къ національнымъ особенностямъ этой единой и универсальной науки — историческаго права. Какъ нѣкогда, подъ властью раціональнаго права, онѣ сблизятся мало-помалу въ единствѣ одного и того же научнаго направленія ¹⁾.

Нельзя, разумѣется, сказать, что намъ остается только предоставить это движенію прогрессивной эволюціи безъ всякаго вмѣшательства закона, этого писаннаго разума, какъ нѣкогда говорили. Это значило бы снова впасть въ основную ошибку Савиньи. Въ теоріи народа бываютъ моменты, когда эволюція права нуждается въ такомъ толкѣ, который поколебалъ бы ее сверху и сообщилъ бы ей новый полетъ.

¹⁾ Ср. Ed. Lambert, Une réforme nécessaire des études de droit civil, въ *Revue internationale de l'Enseignement*, т. XL (годъ 1900, II, стр. 240 и слѣд.): и *La fonction du droit civil comparé* (I, ст. 907 и слѣд.).

Такой полетъ можетъ сообщить ей только широкая законодательная реформа. Кодексы являются продуктами исторіи, но въ то же самое время они и создаютъ ее, сообщая ей новое направленіе.

Съ другой стороны существуютъ реформы, передъ которыми всегда будутъ безсильными заключившія отнынѣ союзъ судебная практика и наука. Онѣ могутъ выступать впередъ только тамъ, гдѣ текстъ закона остается сомнительнымъ. Но онѣ безсильны тамъ, гдѣ текстъ ясенъ и точенъ. Онѣ еще болѣе безсильны противъ организма, созданнаго закономъ и о реформѣ котораго возбуждена рѣчь. Если бы въ законѣ установлено было, напримѣръ, что въ дѣлахъ объ опекахъ долженъ участвовать семейный совѣтъ, то судебная практика не могла бы своимъ рѣшеніемъ или рядомъ рѣшеній, какъ бы они ни были многочисленны, устранить семейнаго совѣта ¹⁾. Судебная практика, которая считала бы себя въ правѣ это сдѣлать, возстала бы противъ закона, вмѣсто того, чтобы позаботиться о его примѣненіи.

Изъ того, что и историческій методъ, въ своемъ примѣненіи къ гражданскому кодексу, могъ и можетъ еще достигнуть плодотворныхъ результатовъ, отнюдь не слѣдуетъ того, что онъ одинъ можетъ добиться всего. Если находятъ, что теперь своевременно приступить къ пересмотру нашего гражданскаго кодекса, то не во имя историческаго метода можно будетъ возражать противъ этого. Важно было только освѣтить тотъ капитальной важности фактъ, что такой гибкій и совершенно чуждый всякаго формализма и мелочной регламентаціи гражданскій кодексъ, какъ французскій, благодаря историческому методу, имѣлъ возможность усовершенствоваться въ смыслѣ научнаго развитія и социальнаго прогресса.

Если желаютъ, чтобы пересмотрѣнный и обновленный гражданскій кодексъ и въ будущемъ былъ способенъ къ тому же самому процессу эволюціи, то необходимо, чтобы онъ сохранилъ и въ своей новой формѣ тѣ же свойства гибкости,

¹⁾ См., однако, относящееся къ этому порядку идей уже указанное любопытное рѣшеніе съ замѣткой Léon Mich e l'a, (supra, стр. 234, прим. 4).

и чтобы онъ предоставлялъ свободному и живому усмотрѣнію судьи такой же широкой, если не еще большій, просторъ. Необходимо также, чтобы онъ былъ для насъ не новымъ закономъ, который бы появился къ намъ какъ бы съ чужбины, а нашимъ національнымъ закономъ, т. е. реставрированнымъ французскимъ гражданскимъ кодексомъ, пережившимъ самого себя и вступающимъ, такъ сказать, на новый путь, въ новую эру, которую открываетъ ему XX-й вѣкъ. Онъ останется, конечно, по прежнему кодексомъ политической демократіи, такимъ, какимъ его хотѣли создать въ 1804 году, но вмѣстѣ съ тѣмъ восприметъ и тѣ социальныя идеи, которыя должны характеризовать демократію 1904-го года.