

р. нр.
95

ЛЕОН ДЮГИ

Профессор Юридического Факультета в Бордо.

ОБЩИЕ ПРЕОБРАЗОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

СО ВРЕМЕНИ КОДЕНСА НАПОЛЕОНА.

Перевод с французского М. М. Сиверс,
под редакцией и с предисловием профессора А. Г. Гойхбарга.

Присоединение к функции 79



ГОСУДАРСТВЕННОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО.

МОСКВА.

2-я Тип.-Лит. М. Г. С. Н. Х. (бывш. Т-ва Машистова), Б. Садовая. д. 23.

1919.

ПРЕДИСЛОВИЕ.

Будучи приглашен юридическим факультетом в Буэнос-Айресе прочесть в течение августа и сентября сего года курс лекций об общих теориях гражданского права, я рассмотрел перед избранной аудиторией, состоявшей из профессоров, адвокатов и студентов, общие преобразования гражданского права, начиная с Кодекса Наполеона. Я старался показать, что юридическая эволюция в своих общих чертах тождественна во всех странах, достигших приблизительно той же ступени цивилизации, и характеризуется непрерывной и поступательной заменой юридической системы характера метафизического и индивидуалистического, иной системой, характера реалистического и социалистического. Я издаю эти лекции в том виде, как они были прочитаны. Этим объясняется мое частое обращение к аргентинскому гражданскому Кодексу, а также то, что я иногда даю объяснения, которые были бы излишни для слушателя француза. В частности, во второй лекции я дал так много примеров и ссылок по вопросу о свободе, чтобы дать возможность понять моим слушателям аргентинам идею социальной функции, противопологаемую традиционной идее субъективного права.

Смею надеяться, что эти лекции, прочитанные перед иностранной публикой, не будут лишены интереса и для читателя француза.

Бордо, 23-го янв. 1912 г.

Предисловие редактора перевода.

Выпуск в свет перевода книги французского профессора Дюги, книги, посвященной вопросу об общих преобразованиях системы гражданского права в рамках буржуазного общества, в официальном издании Государственного Издательства Российской Советской Республики в качестве руководства для лиц, знакомящихся с правом, нуждается в некоторых хотя бы кратких объяснениях, в некотором хотя бы и кратком предисловии. Отсутствие всякого предисловия могло бы быть истолковано, как наше полное признание правильными всех взглядов переводимого автора.

А между тем такого полного признания взглядов автора с нашей стороны нет и быть не может. Автор не марксист, не социалист, он даже враг социализма. Он сам говорит о себе в переводимой книге, что он не принадлежит ни к какой социалистической партии. Когда он говорит о том, что в настоящее время вырабатывается юридическая система, основанная на понятии, которое является по существу *социалистическим*, он добавляет тут же, что, к сожалению, вынужден употребить это слово за неимением другого. О собственности он говорит, что она есть и должна сохраниться, так как она является необходимым условием процветания и величия государств, а коллективистские учения являются возвратом к варварству. Он говорит, что проповедывать борьбу классов является преступлением и что, по его мнению, мы идем отнюдь не к уничтожению одного класса другим, а, напротив, к режиму координации и иерархии классов.

Наш автор, как видим, буржуа до мозга костей. Этим объясняются и такие его крайне поверхностные утверждения, как то, напр., что неправильно учение о непримримой противоположности между теми, кто обладает имуществом, и теми, кто его не имеет, так как, напр., во Фран-

ния имеется много лиц, которые в одно и то же время являются и собственниками и трудящимися, или что следовало бы разложить риск ответственности за несчастные случаи поровну между предпринимателями и рабочими, так как рабочие наравне с предпринимателями участвуют в выгодах предприятия.

Но несмотря на все свои врасхват буржуазные настроения наш автор отличается от множества других буржуазных ученых тем, что он не закрывает глаз на окружающую действительность, что он зорко смотрит и видит назревающие в ней тенденции. Его критика понятия индивидуалистического субъективного права, его доказательства замены его понятием социальной функции, лишены по существу всякого апологетического характера. Его метод вполне объективно научен. Если он нам доказывает и доказывает вполне убедительно, что защитой со стороны общества, что социальной защитой могут и должны пользоваться только действия, предназначенные для достижения *социальной цели* или цели, признаваемой за социальную, то, разумеется, этим еще не решен вопрос о том, что именно следует за этой социальной целью, что следует считать правильной социальной целью. Может быть, многие, и сам переводимый автор в их числе, скажут, что правильной социальной целью является *иерархия классов*, сохранение неравенства между классами, сохранение привилегий, преимущества и экономического господства для одних и неравноправия, угнетения и эксплуатации для других. Но раз вопрос о праве, его происхождении и развитии поставлен на *реалистическую* почву (хотя наш автор вовсе не всегда отмечает неразрывную связь между экономическими отношениями и порождаемой ими правовой регулировкой), то уже нетрудно опровергнуть такое мнение, нетрудно доказать, какова в действительности должна быть правильно понимаемая социальная цель, служению которой должны быть посвящены все действия индивидов и групп, составляющих общество.

Если отвергнуть и опровергнуть метафизическое представление о праве, как о чем-то таинственно присущем данным индивидам, а такое представление нашим автором отвергается резко и опровергается блестяще; если утверждать, а наш автор утверждает это положительно и доказательно, что индивид, обладатель имущества, должен выполнять функцию, согласную с назначением этого имущества, то, разумеется, при обнаружении того факта, что целые группы, целые классы, скажем классы помещиков и капиталистов, употребляют социально им предоставленное имущество не согласно его назначению, его правильному назначению служить основой постоянно расширяемому всестороннему удовлетворению всех и

телесных и духовых потребностей всех индивидов, составляющих общество; при обнаружении того факта, что капиталистический строй не в состоянии справиться с достигнутым им развитием производительных сил, что он от этого конвульсивно содрогается страшными потрясениями, кризисами, империалистическими войнами и т. п., что производительные силы капитализма переросли положенные—при его зарождении—в его основу имущественные отношения,—вполне оправдывается, вполне правильным представляется устранение этих не справляющихся со своим делом, со своей функцией, со своей социальной функцией групп или классов, устранение, т. е. именно экспроприация класса капиталистов и его уничтожение, как класса. В этой реалистической теории нашего автора мы получаем таким образом оружие для борьбы в одной области, в области идеологической защиты существующего строя. Всякие возражения юридического порядка по отношению к экспроприации экспроприаторов, всякие вопли о нарушении прав экспроприруемых, с точки зрения этой теории, становятся недопустимыми. *См. лекции Д*

И только теоретической трусостью, прикрытой самодовольной ссылкой буржуа на существующие факты, является поэтому следующее утверждение нашего автора, содержащееся в данной его книге: „Я принимаю, как факт, обладание капиталом только некоторым числом индивидов. Мне не к чему критиковать или оправдывать этот факт; это было бы напрасно потерянными трудом именно потому, что мы имеем дело с фактом. Я не рассматриваю также и того, существует ли, как утверждают некоторые школы, непримиримая противоположность между теми, кто обладает имуществом, и теми, кто его не имеет, между классом собственников и классом пролетариев, из которых последний должен вскорости экспроприровать и уничтожить первый класс“.

Оправдывать этот факт, пожалуй, в действительности, означало бы напрасно терять время и труд. Но критиковать? Ведь сам наш автор потратил и потратил далеко не напрасно массу труда для доказательства того, что все более и более начинают пользоваться социальной защитой только факты, соответствующие определенным социальным целям. Почему же не разобрать и того, подлежит ли социальной защите факт „обладания капиталом только некоторым числом индивидов“? Почему не рассмотреть и не разрешить вопроса о том, насколько этот факт соответствует определенной социальной цели? Сам наш автор дает примеры и много отношения к подобным вопросам. Он говорит, что многие на его коллег ему не раз делали подобного рода возражения. Они ему говорили: „мы понимаем ваш взгляд, мы допускаем даже, что мы идем к такой системе

права, в которой собственность будет иметь своей основой обязательство собственника выполнить известную функцию. Но мы к этому еще не пришли; доказательством тому служит тот *факт* (курсив мой—А. Г.), что ни одно законодательство не возлагает еще на собственника обязательства обрабатывать свое поле, содержать в исправности свои дома, пускать в оборот свои капиталы; а между тем таково было бы логически необходимое последствие собственности—функция“. Такое возражение не смущает нашего автора. Перед этим *фактом* он не пасует. Рассуждать на тему о возможности изменения этого *факта* он не считает напрасно потерянным трудом.

Он отвечает на это возражение, что невмешательство закона в указанном смысле объясняется тем, что еще не чувствуется особой потребности в издании подобного закона, что количество брошенных собственниками втуне земель и несодержимых в исправности домов ничтожно по сравнению с надлежащим образом эксплуатируемыми недвижимостями. „Но если бы, продолжает он, наступил такой момент, когда неэксплуатация недвижимых имуществ приняла бы угрожающие размеры, никто, конечно, не стал бы оспаривать того, что вмешательство законодателя было бы законным“.

Автор в приведенном примере не обнаруживает теоретической трудности, не принимает *факта* без объяснений. Отчего же он считает напрасной тратой труда критику другого *факта*, того факта, что в буржуазном обществе капиталом владеют немногие? Отчего он не считает полезным и даже необходимым рассмотреть вопрос о том, не принял ли этот факт таких угрожающих размеров, что вмешательство *нового* законодателя, провозглашающего экспроприацию класса капиталистов, являлось бы, по общему признанию, законным? Не в страхе перед напрасной затратой труда тут дело, а в страхе перед крахом буржуазного строя. Вот почему я и охарактеризовал этот взгляд переводимого автора, как теоретическую трусость, как страх перед выводами, которые вытекают из его же собственной теории.

И именно этот характер теории нашего автора, который заставляет его в страхе—за судьбу буржуазного строя—отпрянуть перед логически и исторически неизбежными выводами из нее, служит наилучшим оправданием тому, что данная книга официально издается и рекомендуется Государственным Издательством Российской Советской Республики, несмотря на отдельные ошибочные уклоны, несмотря на буржуазные, в общем, настроения нашего автора, несмотря на отдельные случаи проявления нашим автором несомненной теоретической непоследовательности.

Август 1919 г.

А. Гойхбарг.

Общие преобразования гражданского права начиная с Кодекса Наполеона.

Первая лекция.

Суб'ективное право и социальная функция.

Смысл и значение избранного заглавия. — Бесперывное развитие права и главнейшие этапы этого развития. — Декларация прав человека 1789 года и Кодекс Наполеона. — Юридическая система, установленная этими актами — система порядка метафизического и индивидуалистического. — Она исчезает и уступает место юридической системе порядка реалистического и социалистического. Реалистическое понятие социальной функции заменяет метафизическое понятие суб'ективного права.

Господа!

Я хочу, чтобы мое первое слово было выражением горячей благодарности юридическому факультету вашей столицы, которому угодно приобщить меня на несколько недель к его работам. Принял также своею глубокую благодарность ректору за его милый и сердечный прием. Благодарю декана за те слишком лестные слова, которыми он меня встретил.

Предметом моих лекций является рассмотрение общих преобразований права и в частности права гражданского в американских и европейских государствах с начала XIX столетия и в особенности со времени 2-х замечательных актов, знаменующих собою значительный этап и занимающих выдающееся место в истории цивилизованных государств: Декларации прав человека и гражданина 1789 г. и Кодекса Наполеона.

Этим рассмотрением я займусь исключительно с научной точки зрения. Я не вношу какого-либо предвзятого мнения; я ни состою ни в какой партии, я не принадлежу ни к какой церкви, у меня глубокое уважение

ко всем верованиям; лично я не признаю никакой догмы ни в какой области: я занимаюсь наукой и исключительно наукой, основанной на беспристрастном наблюдении фактов.

С другой стороны эти лекции никоим образом не являются вульгаризаторскими; они исключительно университетского типа. Мой долг перед высоким научным утверждением, в котором я имею честь говорить, перед ученой публикой, собравшейся меня слушать, мой долг перед самим собой войти в самую суть моей темы и трактовать ее научно.

I.

Во-первых, как нужно понимать смысл и значение той темы, какую я избрал. Вы, конечно, понимаете, что я не намерен указывать вам те преобразования, которые осуществлены положительным законодателем в крупнейших странах Европы и Америки. Это было бы трудно и не представляло бы интереса.

С другой стороны, я принадлежу к тем, которые считают, что право в гораздо меньшей степени является творением законодателя, чем постоянным и произвольным результатом фактов. Положительные законы, строгие тексты Кодексов могут остаться неприкосновенными, это не важно; силой вещей, под давлением фактов, практических потребностей, постоянно образуются новые юридические институты.

Текст остается; но он или лишается силы и жизни, или же посредством ученого и тонкого толкования ему придают такой смысл и значение, о каких и не думал законодатель, когда составлял его.

Итак, я могу говорить об общих преобразованиях права и в частности гражданского права, не входя в подробности новых положительных законов, со времени Декларации прав человека и Кодекса Наполеона, в странах, где положительное законодательство состоит еще из текстов, вдохновленных принципами, сформулированными в этих двух актах, и, мне кажется, я вправе, несмотря на различия в подробностях, расхождения в редакции, сказать это обо всех странах Америки и Европы, достигших одинаковой ступени цивилизации, и во всяком случае обо всех странах латинского происхождения.

II.

Но если право находится таким образом в состоянии вечного преобразования, если беспрестанно вырабатываются новые юридические институты, зачем же так ограничивать поле наблюдения? Почему брать за отправной пункт Декларацию прав 1789 года и Кодекс Наполеона.

Несомненно, в действительности происходит вечное и непрерывное преобразование идей и институтов. Но мы, однако, вынуждены для облегчения изложения создавать замкнутые круги, различать периоды. Различные безусловно искусственное, но являющееся необходимым. С другой стороны, полагаю, что действительно в общей эволюции народов существуют известные периоды, начало и конец которых отмечены крупными фактами, не могущими ускользнуть от внимания наблюдателя; что было бы большой социологической ошибкой закрывать на них глаза; что необходимо отметить эти различные периоды и определить крупные течения, которые обнаруживаются в каждом из них.

Мне кажется невозможным оспаривать, что в государствах американско-европейской культуры Кодекс Наполеона и французская Декларация прав человека 1789 г. отмечают завершение продолжительной эволюции в области юридической, увенчанье юридического строения, не лишённое впрочем величия и силы. Деятели 1789 г. и авторы Кодекса Наполеона, равно как, необходимо добавить, громадное большинство французских и иностранных юристов первой половины XIX века, за исключением школы Савиньи, считали, что то была окончательная система права, обладающая неоспоримостью и ясностью геометрической системы, что подобно тому, как современная геометрия все еще основана на принципах, изложенных Евклидом, точно также во все времена, во всех странах право всех цивилизованных народов не может быть ничем иным, как нормальным и рациональным развитием бессмертных и окончательных принципов, выраженных в этих текстах.

Но оказалось, что лишь только строение было закончено, как уже показались трещины. XIX век был эпохой, отличавшейся исключительным богатством во всех областях человеческой деятельности. Значительное движение произошло в социальной области. Но это движение, вопреки тому, что предполагали деятели французской революции и первое поколение предыдущего столетия, это движение вместо того, чтобы быть нормальным развитием принципов, формулированных в 1789 г., было страшной реакцией против них.

В течение последних 100 лет разрушительная работа завершилась. Она еще продолжается. Но с началом XX века ясно намечаются элементы нового юридического построения, которое, впрочем, также не будет окончательным. Нет ничего окончательного на свете; все проходит, все меняется, и юридическая система, находящаяся в настоящее время в периоде создания, в один прекрасный день уступит место другой, которую придется определять юристам-социологам будущего.

Это исчезновение юридических концепций, освященных Декларацией прав и Кодексом Наполеона, эта выработка новых концепций, не являются особенностью Франции. Быть может, там это получило наибольшее развитие, быть может элементы новой юридической системы оказываются там оформленными лучше, чем в других странах, но преобразование это является всеобщим. Оно обнаруживается у всех народов, достигших одинакового уровня культуры, как в Европе, так и в Америке. Это преобразование более или менее подвинулось, оно в большей или в меньшей мере закончено, здесь оно выражается в одной области, там обнаруживается в другой, но оно является общим для всех и обнаруживает одни и те же черты во всех американических и европейских государствах. Оно дает себя чувствовать во всех областях права, в такой же мере права публичного, как и права гражданского. Я намериваюсь более подробно рассмотреть это преобразование в области гражданского права.

III.

Общие черты глубокого преобразования юридических концепций могут, по моему мнению, выразиться в двух общих тезисах, которые будут мною только развиваться в последующих лекциях.

1) Декларация прав человека, Кодекс Наполеона и все современные Кодексы, которые заимствованы более или менее из этих 2-х актов, зиждутся на чисто индивидуалистической концепции права. Ныне же выработывается юридическая система, основанная главным образом на идее социалистической ¹⁾.

Само собой разумеется, что я употребляю это наименование потому, что у меня нет другого: что оно не предполагает никакого примыкания к какой-либо социалистической партии, что оно обозначает лишь противоположность между юридической системой, основанной на идее субъективного права индивидуума, и системой, основанной на идее общественного правила, связывающего индивида.

2) Юридическая система Декларации прав человека и Кодекса Наполеона основана на метафизической концепции субъективного права. Юридическая система современных народов стремится создаться на констатировании факта социальной функции, связывающей индивидуумов и отдельные группы.

¹⁾ Charmont, La socialisation du droit, Revue de métaphysique et de morale, 1903 p. 403; A. Mater, Le socialisme juridique, Revue socialiste, XL, 1904, p. 9 et suiv.; Duguit, Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, 2^e édit. 1911, Paris, F. Alcan.

Юридическая система гражданского права была системой метафизического порядка; вырабатывающаяся новая система — есть система порядка реалистического.

IV.

Поясню подробнее. Я говорю, во-первых, что фундаментальным понятием, положенным в основу систем 1789 и 1804 гг., а также всех положительных законодательств, има вдохновенных, является понятие субъективного права; субъективное право государства, олицетворяющего коллектив, субъективное право индивидуума.

Я говорю, что это понятие — чисто метафизического порядка, что оно паходител в известном противоречии с тенденциями современных государств. С реализмом, скажем точнее, с позитивизмом нашей эпохи.

Что же такое, в самом деле, субъективное право? Бесконечные споры, возникающие по вопросу о настоящей природе субъективного права, лучшее доказательство всего того искусственного и паткого, что заключается в этом понятии. Я никогда не кончил бы, если бы захотел только перечислить заглавия всего что было написано в Германии, во Фраппии, в Италии, а также в вашей стране о природе субъективного права. В конечном счете все эти споры приводят к следующему определению: субъективное право — это власть, принадлежащая какой-либо воле, как таковой, обазывать другую волю или несколько других волей, когда она хочет того, что не запрещено законом. Немцы, в частности, профессор Еллинек, говорят, что субъективное право есть власть желать или власть обазывать других уважать свою волю¹⁾.

1) Насчет различных определений субъективного права и поднятых вокруг этого вопроса споров, ср. *Duguit, Traité du droit constitutionnel* 1911, p. 1 et suiv., *A. Lévi, La société et l'ordre juridique*. 1911, p. 245 et suiv., всю главу, сзаглавленную: объективная и субъективная сторона права; *Demogue, Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 325 et suiv.—*M. Michoud (La théorie de la personnalité morale* 1, 1906 г.) отвергает понятие субъективного права, данное в нашем тексте; он хочет разрешить неразрешимую проблему юридической личности коллективов, принимая с небольшими изменениями знаменитое определение Иеринга „права — это юридически защищенные интересы“. (Дух римского права. французское издание 1878 г., IV, стр. 326) *M. Мишу* пишет: „Для того, чтобы было право, требуется непосредственная, прямая его защита. Итак мы дадим определение субъективного права: интерес человека или группы людей, юридически защищаемый властью, признаваемой за какой-либо волей, его представлять и защищать“ (стр. 105). Но что бы *M. Мишу* ни говорил, он приходит обязательно к выводу, что субъективное право есть власть желать. В самом деле допустим, что основой субъективного

Возьмите то, что принято называть правами, с которыми мы чаще всего сталкиваемся, и вы легко заметите, что они в действительности сводятся всегда к власти, в силу которой я могу предписать даже силой другим индивидам мою собственную волю.

Свобода есть право: я имею власть предписать другим уважение к моей воле свободно развивать мою физическую, умственную и моральную деятельность. У меня есть право собственности: у меня есть власть обязать других уважать мою волю пользоваться так, как я желаю, вещью, которой я владею по праву собственника. У меня есть право требования: у меня есть власть обязать моего должника уважать мою волю, направленную к тому, чтобы он совершил уплату.

Таким образом понятие субъективного права—это существенно отметить и запомнить—предполагает всегда наличность 2-х волей: одной воли, могущей предписывать другой воле; одну волю, высшую для другой. Это предполагает иерархию волей, в некотором роде меру воли и определенности природы и силы существа воли.

Итак это есть точнее и прежде всего понятие порядка метафизического.

права являлся исключительно интерес; все же право в действительности появляется только при внешнем выражении интереса, путем волевого обнаружения его носителем права или другим лицом. И в этом случае субъективное право все же является в конце концов ничем иным, как правом желать. Впрочем, Мишу сам признает, что сама личность, носитель прав, осуществляет свой интерес, *желает* своего интереса. В вышеприведенном отрывке он говорит, что не встречается необходимости в том, „чтобы эта воля принадлежала метафизически носителю прав, но достаточно, чтобы она социально или практически ему приписывалась“, а на стр. 132 он пишет: „когда существует орган, то действует само юридическое лицо; его орган не является чем либо отличным от него; он часть его самого... Правовая организация, продуктом которой этот орган является, составляет самую *сущность* юридической личности“. По мысли Мишу, воля самого юридического лица осуществляет его интерес; и право есть таким образом не что иное, как интерес, осуществляемый согласно воле носителя этого интереса, или *власть желать*, принадлежащая этому носителю права. Из дальнейшего будет видно (приложение 1), что Мишу энергично защищает от обвинения в занятии метафизикой. Может ли он это утверждать, когда в приведенных местах он объявляет „нет необходимости, чтобы эта воля принадлежала *метафизически* действительно носителю прав“ и что „правовая организация, продуктом которой он является, составляет самую *сущность* юридической личности“.

Не есть ли все это утверждения чистейшего метафизического характера.

Мы можем, конечно, констатировать внешнее из'явление человеческой воли. Но какова природа человеческой воли? Какова ее сила? Может ли одна воля по своей природе быть выше другой воли? Это вопросы, разрешение которых невозможно в области положительной науки.

Тем самым понятие субъективного права совершенно рушится, и я вправе сказать, что это понятие порядка метафизического, которое не может поддерживаться в такую эпоху реализма и позитивизма, как наша.

Именно это Огюст Конт, этот великий мыслитель, утверждал вот уже более полувека тому назад в очень энергичных выражениях, которые я позволю себе вам привести: „Слово право должно быть в такой же мере устранено из настоящего политического языка, как и слово причина из настоящей философской речи. Из этих двух теологико-метафизических понятий одно (право) столь же безразлично и анархично, как другое (причина) иррационально и софистично.

Настоящее право может существовать лишь, поскольку правильная законная власть происходит от сверх'естественной воли. Для борьбы с этой теократической властью метафизика последних пяти веков выдвинула воображаемые человеческие права, сослужившие только отрицательную службу. Когда попытались придать им действительно органическое значение, они сейчас же выявили свою антисоциальную природу, стремясь всегда сохранить индивидуальность. В позитивном государстве, не признающем божественного начала—идея права исчезает безвозвратно. Каждый имеет обязанности перед всеми, но никто не имеет прав, как таковых... Иными словами никто не обладает другим правом, кроме права всегда исполнять свой долг“¹⁾.

И между тем на этой искусственной и ветхой концепции субъективного права Декларация 1789 г. и Кодекс Наполеона, да и большая часть современных законодательств основали всю юридическую систему.

Тексты эти хорошо известны: „Люди рождаются и пребывают свободными и равными в правах. Эти права — свобода, собственность...“ (Декларация прав 1789 г. ст. ст. 1 и 2). В Кодексе Наполеона ст. 544: „Собственность есть право наиболее абсолютного пользования вещь“.

Если я возьму текст вашего законодательства, то гл. 1 вашей конституции озаглавлена: *Декларации, права и гарантии*. В ст. 14 читаю: „все жители страны пользуются следующими правами, согласно закону, регулирующему их осуществление“. Ст. 2540 вашего гражданского

¹⁾ Aug. Comte, *Système de politique positive*, изд. 1890 г., 1, стр. 361.

Кодекса ¹⁾ определяет собственность: „Вещное право, в силу которого вещь всецело подчинена воле личности“.

V.

К этому метафизическому понятию субъективного права примыкает и чисто индивидуалистическая концепция общества и объективного права, то-есть права, обязывающего, как правило поведения, индивидов и олицетворенный коллектив—государство.

Этот индивидуализм имеет далекое прошлое: он явился результатом весьма продолжительной эволюции; он берет начало в стоической философии; он нашел свою юридическую формулировку в классическом римском праве. В XVI и XVIII столетия он достиг полной и окончательной формулировки, которая может быть сведена к следующему.

Человек по природе—свободный, независимый, изолированный носитель индивидуальных прав, неотчуждаемых, неотъемлемых,—прав, называемых естественными, нерасторжимо связанных с личностью, как таковой. Общества образовались посредством добровольного и сознательного сближения индивидов, соединившихся с целью обеспечить защиту своих индивидуальных, естественных прав. Несомненно, вследствие этого соединения права каждого из членов подверглись некоторым ограничениям, но лишь в мере, необходимой для обеспечения свободного осуществления прав всеми. Организованный коллектив, государство, имеет только одну цель: защищать и санкционировать индивидуальные права каждого. Норма права, иначе—объективное право, имеет в основе субъективное право индивида. Эта норма налагает на государство обязанность охранять и гарантировать индивидуальные права. Она запрещает государству издавать какие-либо законы или совершать какие-либо акты, посягающие на эти права. Она налагает на каждого обязанность уважать права других. Пределы деятельности каждого имеют своей основой и мерой защиту прав всех. В ст. 4 ой

¹⁾ Аргентинский гражданский Кодекс был составлен в течение 1863—1870 гг. выдающимся аргентинским юристом Далмацио Велес-Сасфилдом, родившимся в Кордобе (Аргентина) в 1810 г. Работа Велес-Сасфилда, человека очень талантливого и с широкой юридической и экономической подготовкой (он читал политическую экономию в университете в Буэнос-Айресе) была одобрена парламентом и обнародована в качестве гражданского Кодекса 1 января 1871 г. С тех пор она подверглась 3 или 4 раза изменениям, из которых некоторые были предусмотрены и приготовлены самим автором Кодекса. (Замечание сообщенное доктором Делепано, профессором юридического факультета в Буэнос-Айресе).

Декларации прав человека читаем: „свобода заключается в возможности делать все, что не вредит другому“, таким образом осуществлению естественных прав каждого человека не ставятся иных границ кроме тех, которые обеспечивают другим членам общества пользование этими самыми правами. Эти границы могут быть определены только законом. В ст. 5: „Законы вправе запрещать лишь действия, вредные для общества“. И в разделе 1 § 3 Конституции 1791: „Законодательная власть не может издавать законов, препятствующих осуществлению естественных и гражданских прав или посягающих на такое осуществление“...

Эта чисто индивидуалистическая концепция права была так же искусственна, как и метафизическая концепция субъективного права. Так же, как и та, она была продуктом истории; она имела свое фактическое значение в определенный момент, но она не могла существовать более продолжительное время.

Во-первых, она была тесно связана с понятием субъективного права и, если, как я кажется доказал, это понятие метафизического порядка не может удержаться в наших современных государствах, всецело проникнутых реализмом и позитивизмом, то и индивидуалистическая концепция должна в свою очередь исчезнуть.

С другой стороны, взятая сама по себе индивидуалистическая концепция не выдерживает критики. Это представление об естественном человеке, изолированном, независимом, имеющем в качестве человека права, предшествующие существованию общества, и приносящем их с собою в общество—представление, совершенно чуждое действительности. Человек изолированный и независимый—чистейшая фикция: он никогда не существовал. Человек—существо общественное; он не может жить без общества, он всегда жил в обществе.

Кроме того, говорить о правах естественного человека, изолированного индивида, как такового, отделенного от себе подобных, было бы *contradictio in adjectum*.

В самом деле всякое право по существу своему предполагает взаимоотношение между двумя субъектами. Если себе вообразить изолированного человека, абсолютно отделенного от себе подобных, то у него не будет, у него не может быть прав. Робинзон на своем острове не имеет прав. Он может их получить лишь тогда, когда он вступит в сношения с другими людьми. Индивид таким образом может обладать правами лишь в том случае, если он живет в обществе, и лишь потому, что он живет в обществе. Говорить о правах, предшествующих обществу, значит говорить о несуществующем. И так как с другой стороны мы видели, что

В действительности человек—член общества не может иметь субъективных прав, то вся юридическая система, основанная на понятии субъективного права и на индивидуалистической концепции, рушится, уничтожается в самой основе.

VI.

Но в то же время на другом фундаменте вырабатывается во всех американских и европейских государствах, достигших той же ступени цивилизации и культуры, новая система, степени развития которой больше или меньше в каждой стране,—юридическая система, которая медленно, под давлением обстоятельств заменяет собою старую систему. И это происходит помимо вмешательства законодателя, несмотря на его безмолвие и даже, я бы мог сказать, наперекор иногда его вмешательству в противоположном духе.

Она основана на исключительно реалистической концепции, которая последовательно, шаг за шагом исключает метафизическую концепцию субъективного права; это идея социальной функции.

Человек не имеет прав; коллектив их также не имеет. Но всякий индивид должен выполнить в обществе какую-либо функцию, должен удовлетворить какую-либо нужду. Вот какова в точности основа той нормы права, которая связывает всех великих и малых, управляющих или управляемых.

С другой стороны, это чистейшая реалистическая и социалистическая концепция, вносящая глубокое преобразование во все прежние юридические концепции. Именно это-то я и рассчитываю выяснить в следующих лекциях.

Но уже сегодня я хочу на двух примерах отметить конкретно как это преобразование происходит и в чем оно состоит. Я беру свободу и собственность.

Сначала возьмем свободу. Она определяется в индивидуалистической системе, как право делать все, что не вредит другому, и тем самым, а *fortiori* как право совсем ничего не делать. В современной концепции свобода уж не то.

Всякий человек должен выполнить известную социальную функцию и, следовательно, общественный долг его состоит в ее выполнении; его долг развивать, насколько возможно полно, свою физическую, интеллектуальную и моральную индивидуальность, чтобы выполнить возможно лучше эту функцию, и никто не может затруднять этого свободного развития. Но человек не властен оставаться бездейственным, сам препятствовать свободному развитию своей индивидуальности. Он не имеет права на бездействие, на лень. Правящие могут вмешаться и обязать его работать. Они могут даже

регламентировать его работу, так как в этом случае правящие лишь предписывают ему выполнять его обязанность—социальную функцию, выполнение которой на нем лежит.

Что же касается собственности, то она уже не является в современном праве правом неприкосновенным, абсолютным, которое человек, держатель богатства, имеет над последним. Она есть и она должна быть. Она—необходимое условие величия и процветания общества, коллективистские доктрины являются возвращением к варварству. Но собственность—не право. Она—социальная функция. Собственник, иначе обладатель богатства, должен, в силу факта обладания этим богатством, исполнять социальную функцию. Поскольку он выполняет эту миссию, его действия, как собственника, защищаются. Если он не выполняет ее или выполняет дурно, напр, не обрабатывает своей земли, не препятствует разрушению своего дома, вполне законно вмешательство правителей с целью побудить его выполнить свою социальную функцию собственника, которая заключается в заботах о правильном согласно с их назначением использовании богатств, обладателем которых он является.

Таковы, господа, основные идеи, которые будут красной нитью проходить в наших лекциях, и таковы главные пункты, которые я собираюсь рассмотреть. Легко заметить, что они затрагивают все крупные проблемы, волнующие современные государства: свободу, собственность, объединения, ответственность. Эти вопросы мы изучим путем наблюдения, при помощи беспристрастного исследования фактов; я уверен, что найду в вас слушателей, которые будут для меня настоящими сотрудниками.

Лекция вторая.

Новое понятие свободы.

Понятие социальной функции.—Солидарность или социальная взаимозависимость и норма права.—Разделение общественного труда.—Существенные элементы индивидуалистической системы Декларации прав и Кодекса Наполеона.—Преобразование понятия свободы; она не право, а следствие налагаемой на человека обязанности развивать свою индивидуальность, существенный фактор общественной солидарности.—Главные выводы из этого определения.—Применение его в современных законах, относящихся к труду и обеспечению.

Господа!

В моей первой лекции я постарался показать, как гражданская юридическая система должна была неизбежно исчезнуть в современных государ-

сгвах. Я добавил, что понятие субъективного права было понятием метафизического порядка, которое не могло сохраниться в нашу эпоху, что индивидуалистическая система заключала противоречие в самой себе, что юридическая система, созданная на таком двойном основании, была случайным и временным продуктом истории, который в определенную эпоху отвечал общественным нуждам, но царству которого ныне положен конец. Я говорил также, что всюду, во всех современных странах вырабатывается новая юридическая система, основанная на чисто-реалистическом и действительно социалистическом понятии социальной функции.

Этот последний пункт я хочу развить сегодня, подробно показав вам происходящие отсюда необходимые преобразования в режиме индивидуальной свободы.

1.

В чем состоит понятие социальной функции? Оно сводится к следующему: человек не имеет прав; общество также их не имеет. Говорить о правах индивида, правах общества, говорить, что нужно согласовать права индивида с правами коллектива — значит говорить о вещах несуществующих. Но каждый индивидуум должен выполнять в обществе известную функцию, удовлетворить известную потребность. Он не может не выполнить этой функции, не удовлетворить этой потребности, потому что из-за его отказа произойдет беспорядок или, по крайней мере, ущерб для общества. С другой стороны, действия, совершенные им, вопреки лежащей на нем функции, будут подавляться обществом. Все же действия, напротив, совершаемые им для выполнения лежащей на нем, вследствие занимаемого им места в обществе, функция будут обществом защищены и гарантированы.

И в этом весьма ясно выявляется социальная основа нормы, права объективного.

Она в одно и то же время и реалистична и социалистична; реалистична потому, что основывается на непосредственно наблюдаемом и констатируемом факте социальной функции; социалистична потому, что основывается на самих условиях общественной жизни.

Юридическое правило, обязывающее людей, не имеет своей основой уважение и защиту несуществующих индивидуальных прав, выражения индивидуальной воли, которая сама по себе не может произвести никакого социального эффекта. Она зиждется на основе социальной структуры, на необходимости поддерживать в связи между собою различные социальные элементы посредством выполнения социальных функций, лежащих на ка-

ждом индивидууме, каждой группе. Таким образом, это действительно социалистическая концепция права, заменившая традиционную индивидуалистическую концепцию.

Что же касается составных элементов социальной связанности общества, они, мне кажется, достаточно точно определены различными социологами, в частности моим выдающимся коллегой и другом Дюркгеймом. Я на них не стану останавливаться. Эти элементы составляют то, что получило название общественной солидарности; но этот термин породил много заблуждений и недоразумений. Им завладели политики и извратили его подлинный смысл. Поэтому я предпочитаю термин социальная взаимозависимость.

Общественная солидарность или скорее взаимозависимость, как я ее понимаю, как, по-моему, нужно ее понимать научно—это не чувство, тем не менее не доктрина; она даже не принцип деятельности. Она реальный факт, доступный непосредственному установлению. Она есть факт самой социальной структуры. Если ее подвергнуть наблюдению и анализу, то можно констатировать, что какова бы ни была степень цивилизации народа—социальная солидарность или взаимозависимость состоит из двух элементов, которые встречаются всегда в большей или меньшей степени, в различных формах, смешанные между собою, но обнаруживают всегда сходство в существенных чертах во все времена и у всех народов. Эти два элемента суть с одной стороны сходство потребностей людей, принадлежащих к одной и той же социальной группе, с другой—различие потребностей и способностей людей, принадлежащих к той же группе.

Люди одного общества связаны между собой, во-первых, потому, что у них общие потребности, удовлетворение которых может быть обеспечено лишь совместной жизнью—это солидарность или взаимозависимость по сходству. С другой стороны люди связаны друг с другом потому, что у них различные потребности и в то же время различные способности, что таким образом они могут оказывать друг другу взаимные услуги и обеспечить удовлетворение своих различных нужд. Это социальная солидарность или взаимозависимость посредством разделения труда ¹⁾.

II.

Основной элемент социальной связанности во всех современных цивилизованных обществах есть солидарность в разделении труда. Сама по

¹⁾ *Durkheim, La division du travail social (1893), 2-e édit. 1903 (Paris F. Alcan). Duguit, L'état le droit objectif et la loi positive, 1901 p. 23 et suiv.*

себе цивилизация характеризуется многочисленностью потребностей и способов их удовлетворения в наиболее короткое время. Тем самым предлагается громадное разделение общественного труда, а также громадное разделение функций и тем самым громадное неравенство современных людей.

Разделение общественного труда—вот огромный современный факт, вот, в некотором роде, центральная высшая точка эволюции современного права. Каждый человек, каждая группа людей, будь то верховный диктатор страны или самый скромный подданный, будь то правительство или всемогущий парламент или скромное сообщество, должны выполнить известную задачу в той обширной мастерской, которой является общественный организм. Эта функция определяется тем положением, которое фактически человек или группа занимают в коллективе. Они не имеют субъективных прав, они не могут их иметь, так как право есть лишенная реальности абстракция, но тем самым, что они члены общества, на них лежит обязанность выполнить определенную социальную функцию и совершаемые ими для достижения этой цели действия имеют общественное значение и будут снабжены социальной защитой.

Это именно и хотел сказать Огюст Конт, когда он пишет в приведенном в I лекции месте: „Иными словами никто не обладает другим правом, кроме права всегда исполнять свой долг“. Таким образом, никаких прав у индивидуумов, никаких прав у правящих, никаких прав у социальных групп, каковы бы они ни были, но обязанность выполнения социальной функции и обеспеченная защита всех действий, направленных для этой цели, лишь этих действий и лишь поскольку они совершаются в виду этой функции.

III.

Вы легко заметите, какое глубокое преобразование это вносит в индивидуалистическую и метафизическую систему Декларации прав, Кодекса Наполеона и большей части современных законодательств. Все составные элементы этой системы находятся в процессе преобразования; названия, обозначающие различные институты, существуют и будут еще долго существовать, но в действительности они обозначают вещи, совершенно отличные от тех, которые они ранее обозначали; вот что нам нужно теперь показать.

Каковы были основные части системы гражданского права? Их-то преобразование в реалистическом и социалистическом духе нам следует описать.

Если мы оставим в стороне организацию семьи, заслуживающую специального изучения, которым я не хочу заниматься сейчас именно потому, что эта эволюция имеет специальные особенности у каждого народа, если оставим в стороне, говорю я, организацию семьи, то существенных составных элементов системы гражданского права имеются четыре:

1) Индивидуальная свобода, ее основное начало сформулировано в уже приведенных 2 и 4 статьях Декларации прав 1789 г. и ст. 14 аргентинской конституции.

Свобода предполагает, как я это покажу несколько далее, автономию индивидуальной воли, которой посвящены 6 и 1134 статьи Кодекса Наполеона и 19, 30 и 978 ст. Гражданского Аргентинского Кодекса, к которым я возвращусь более подробно в следующей лекции.

Автономия индивидуальной воли есть право юридически желать, право мочь создавать юридическое состояние посредством волеизъявления и при известных условиях.

2) Принцип неприкосновенности права собственности, понимаемого как абсолютное право владеть, пользоваться и распоряжаться вещью. Ему посвящена ст. 17 Французской Декларации прав, „так как собственность есть право священное и неприкосновенное, то никто не может быть его лишен“.

Ст. 17 Аргентинской Конституции совершенно сходна с этим законом: „собственность неприкосновенна; никто из обитателей страны не может быть ее лишен иначе, как по основанию на законе постановлению суда“. Я уже приводил в моей 1-ой лекции ст. 544 Кодекса Наполеона, определяющего право собственности, и сходную с ней ст. 2540 Аргентинского Кодекса:

„Собственность есть право, на основании которого вещь совершенно подчиняема воле и действию личности“. Индивидуальная собственность, понимаемая как право, есть основной элемент всей системы гражданского права, и можно было сказать не без основания, что Кодекс Наполеона был Кодексом собственности и должен быть заменен Кодексом труда.

3) Договор. В системе гражданского права это основной юридической акт. Принципиально, во взаимоотношениях двух лиц, если нет какого-либо формального исключения, предусмотренного законом, юридическое состояние возникает лишь из договора. Это логично. Новое юридическое состояние действительно включает в себе изменение в юридической сфере двух лиц, одно изменение, расширяющее права активного субъекта, другое изменение, сокращающее права пассивного субъекта.

Таким образом юридическая сфера каждого лица определяется и

измеряется его собственной волей и принципиально может быть изменена — лишь той же волей. Вследствие этого юридическое состояние, представляющее собою взаимоотношение двух субъектов права, не может создаваться иначе, как путем соглашения воли этих двух субъектов.

Мы увидим далее, что остается в настоящее время от этой концепции, которая, как все концепции гражданского права, подверглась глубокому преобразованию.

4) Наконец 4-й существенный элемент системы гражданского права — принцип индивидуальной ответственности за вину.

Всякий акт, совершенный одним лицом без наличия у него права и причинивший ущерб для другого лица, влечет за собой обязанность виновника такового возместить нанесенный ущерб. Для этого нужно, чтобы акт выходил за пределы права того лица, которое его совершило; нужно, одним словом, чтобы была вина. Это принцип ответственности за вину или субъективной ответственности, главнейший принцип системы гражданского права, принцип исключительный в том смысле, что эта система не признавала и не могла признать иного основания ответственности.

Этот принцип был формулирован в знаменитой статье Кодекса Наполеона, ст. 1382: „Всякое действие человека, причиняющее вред другому, обязывает того, по чьей вине произошел вред, его возместить“. Правило это дополнено следующими статьями, к которым приближается ст. 1143 Гражданского Аргентинского Кодекса: „всякое лицо, совершившее действие, которым, по вине этого лица или его неосмотрительности, причинен ущерб другому лицу, обязывается возместить ущерб“. Мы увидим, что наряду с этой субъективной ответственностью за вину создается объективная ответственность за риск, которая находится в прямой связи с социалистической концепцией права.

IV.

Итак, говорю я, первый и притом наиболее общий элемент системы гражданского права — право свободы. Слово это имеет впрочем весьма неопределенный смысл. Оно обозначает то, что принято называть политической свободой, то-есть признаваемое за каждым гражданином страны право участвовать в известной мере в ее управлении. Свободы, понимаемой в этом смысле, я не стану касаться.

Я буду рассматривать лишь гражданскую свободу, определение которой дано в ранее приведенной ст. 4 Декларации прав: „Свобода заключается в возможности делать все, что не вредит другому“..., и в ст. 14 аргентинской конституции.

Таким образом свобода понимается, как субъективное право человека, живущего в обществе; это право действовать, это право развивать свою моральную, физическую и интеллектуальную деятельность. Но это и нечто большее; это право юридически желать. Это право мочь посредством волевого акта, при известных условиях, создавать юридическое состояние. Это то, что принято называть автономией воли, изучение чего будет предметом следующей лекции. Сегодня же мы займемся свободой в собственном значении этого слова.

Мы видим, какие последствия вытекают из понятия свободы, как субъективного права индивида и только как такого права. Человек имеет право свободно развивать свою моральную, физическую и интеллектуальную личность. Государство, законодатель не может сделать ничего, что явилось бы посягательством на это право. Он может и должен тем не менее создавать законы, регулирующие осуществление физической свободы и свободы мысли, но лишь в той мере, в которой это необходимо для охранения свободы всех. Этой общей мыслью проникнуты во всех странах законы о личной свободе, о свободе печати, о свободе слова, о свободе собраний, о свободе обучения и даже о религиозной свободе.

Но при субъективистской концепции государство не может пойти дальше указанного; оно не может предписать никакого ограничения в осуществлении личной свободы не в интересах коллектива, а в иных интересах, напр., в интересах того же индивидуума, свободу которого оно ограничивает. С другой стороны, государство не может налагать на индивида положительных обязанностей, помимо налогов, установленных для удовлетворения потребностей коллектива, налогов денежных, натуральных и налога, платимого кровью. Государство не может при субъективистской концепции предписать индивиду обязательность труда, обучения или обеспечения.

Однако известно, что большое число современных законов находится в формальном противоречии с этими суждениями. Во всех цивилизованных странах, в Европе и в Америке, существуют законы, в различной степени ограничивающие в интересах самого индивида его деятельность; другие, предписывающие обязательность обучения, обеспечения. Эти законы находятся в прямом противоречии с индивидуалистическим, субъективистским понятием свободы.

Представители индивидуалистической доктрины, называемой также либеральной, возмущаются, протестуют и доказывают, что это противно всем принципам. Излишние протесты и сожаления: совершается эволюция, преобразование с силой стихийного явления, которое можно, пожалуй,

временно отсрочить, которому можно, пожалуй, в течение некоторого времени противодействовать, но которое неизбежно дойдет до конца. Это преобразование является необходимым, естественным последствием общего, отмеченного мною преобразования и нового понятия свободы, которая является не субъективным правом, но следствием налагаемой на каждого человека обязанности развивать возможно полнее свою индивидуальность, то-есть свою физическую, интеллектуальную и моральную деятельность, дабы возможно лучше способствовать общественной солидарности.

V.

Таково точнее непосредственное последствие факта солидарности, вызываемой разделением труда, главнейшего элемента общественной связи, удовлетворения различных потребностей людей, обеспечиваемого различной деятельностью каждого отдельного лица. Каждый индивид должен таким образом играть свою роль в обществе, удовлетворить определенную потребность и для этого возможно больше развить свою деятельность, свои способности во всех областях. Человек не вправе быть свободным; его социальный долг действовать, развивать свою индивидуальность и выполнять свою общественную миссию. Никто не вправе оказывать противодействие всему тому, что он совершает с этой целью, при условии, конечно, что его действия не будут иметь своим последствием посягательство на свободу другого.

Государство не может совершить ничего такого, что бы ограничивало деятельность человека, направленную к осуществлению вышеуказанной цели; оно должно защищать все действия, направленные к достижению этой цели, и устранивать и карать все действия, ей противные.

До сих пор новая система приводит почти к тем же последствиям, что и система индивидуалистическая, но вот где обнаруживается глубокое отличие. Если человек свободен лишь для того, чтобы развивать свою индивидуальность, и исключительно постольку, поскольку он действует с этой целью, он ничего не может сделать такого, что способствовало бы ограничению этого развития или просто исключало его; и государство, толкователь объективного права, должно и может вмешаться, дабы воспрепятствовать ему в этом. В этом случае нет никакого посягательства на приписываемое себе право, а просто применяется закон общественной солидарности—основной закон всех современных государств.

Вот, например, первое очевидное последствие, на котором впрочем я не настаиваю. Было бы совершенно законным всякое постановление, карающее и воспрепятствующее самоубийству. Речь идет, конечно, не о воз-

рождения прежних процессов, чинимых в отношении трупов, и лишения самоубийц погребения. Когда говорят о воспрещении и наказуемости самоубийства, имеют, само собою понятно, в виду наказуемость покушения на самоубийство и преследование пособников.

По французскому законодательству самоубийство в настоящее время не наказуемо, напротив же, под влиянием христианства старое французское право их наказывало. Конечно, обычаи были различны в области применения кары, но всюду существовали репрессии: они направлялись не только против того, кто успел после покушения на самоубийство, но даже и против трупа умершего; его имущество конфисковалось. Революция разрушила совершенно этот порядок вещей; она провозгласила принцип личной свободы; и как следствие признавала свободу самоубийства, которого совершенно не должна касаться общественная репрессия. Новейшие законодательства восприняли эту точку зрения. Ныне ни одно из них не наказует покушение на самоубийство ¹⁾.

Но некоторые из них наказывают пособников, например: в Англии тот, кто помогает самоубийству, рассматривается, как убийца. Бразилия, Голландия, Испания, Венгрия наказывают тюремным заключением пособников самоубийства. Несомненно, здесь есть противоречие; в самом деле, если самоубийство есть дозволенное действие, то действия третьего лица, в нем участвующего, не могут рассматривать, как правонарушение.

Но эта репрессия, направленная против пособника, подготавливает таковую и для самого самоубийства. День ото дня становящееся все более ясным сознание общественной солидарности навязет эту репрессию всем законодательствам цивилизованных стран ²⁾.

¹⁾ Повидимому, австрийский уголовный Кодекс 1803 г., единственный европейский Кодекс, по которому в XIX веке наказуемо самоубийство. Он различал покушение, добровольно остановленное, и такое, которое не удалось по причине, не зависящей от воли действующего лица; в первом случае это лицо получало предостережение от судьи; во втором—оно подвергалось заключению в надежном месте, под суровым надзором и с применением особого морального и физического обращения. Если самоубийство было совершено, труп виновного должен был быть погребен вне кладбища, после решения суда. Ни одно из этих постановлений не перешло в ныне действующий австрийский уголовный Кодекс 1853 г. *Cp. Garraud, Traité de droit pénal, 2^e édit, 1900, IV, p. 630 et suiv.*

²⁾ В системе французского уголовного Кодекса, в виду того, что самоубийство не рассматривалось как правонарушение, соучастник также не мог быть наказан; таким образом тот, кто подстрекал к самоубийству, приготавливал, облегчал его, ускользает от всякой репрессии.

Но весьма солидные авторы полагают, что если соучастие в самоубийстве и не викримпнируется, то не таково должно быть отношение

Точно также закон должен был бы карать дуэль. Многие законодательства ее запрещают, преследуют и карают, и это преследование стремится повидимому стать общим для всех. Не может быть позволено человеку рисковать бесполезно жизнью. Дуэль — пережиток эпохи варварства, при которой отсутствовало всякое правосудие. Она — также память о сверхъестественной вере в Божий суд ¹⁾.

к факту произвольного причинения смерти кому-либо на основании его согласия, приказа или просьбы.

„В этом последнем случае, говорит Гаро, убитое лицо, несмотря на то, что оно домогалось смерти, играло лишь чисто пассивную роль; виновник — главное действующее лицо, тот, который причинил смерть. Совершенный факт подходит тем самым по смыслу под определение убийства“. (Traité de droit pénal, 2-е édit, 1900, IV, p. 635). Смотреть в том же смысле, Hauss, Legislation criminelle, III, p. 210; рэш. кассационного суда, уголовного департамента 21 августа, 1851, Sirey, 1852, I, p. 286.

¹⁾ Большая часть современных законодательств карают дуэль, как специальное правонарушение, определяемое следующими моментами: условленный бой с смертоносным оружием между двумя или несколькими лицами, для восстановления поруганной чести, бой, которому предшествует вызов и который происходит в присутствии свидетелей. Таково определение бельгийского уголовного Кодекса ст. 423—433; голландского уголовного Кодекса ст. 152—156; венгерского уголовного Кодекса ст. 297; германского уголовного Кодекса ст. 201—210; итальянского уголовного Кодекса ст. 237—245. В старинной Франции многочисленные королевские эдикты, начиная с Генриха II до Людовика XVI карают дуэль суровыми наказаниями. Но ни законы Революции, ни наш уголовный Кодекс не предусматривают и не карают дуэли. В одном декрете от 27 мессидора 11 года Конвент объявляет, что ни один текст закона не предусматривает и не карает вызова на дуэль, и поручает комиссии, пересматривающей законы, установить способы воспрепятствования дуэли (Mérin, Répertoire, 5 édit., 1827, V^o duel p. 193). Задавались вопросом, каково основание, побудившее законодателя эпохи Революции и империи не карать дуэли. Не следует искать другого, помимо преобладания в умах этой эпохи индивидуалистической доктрины; законодатель не может карать дуэль потому, что дуэлисты добровольно подвергают себя смертельной опасности, а также потому, что законодатель не вправе препятствовать индивидуально причинить себе смерть или подвергать себя смертельной опасности. В течение продолжительного времени французская юриспруденция вдохновлялась той же самой идеей: она решала, что убийство совершенное, или раны, нанесенные во время дуэли, не составляют ни преступления, ни проступка.

Ср. решения кассационного суда уголовного департамента 4 декабря 1824, Sirey 1825, I, p. 6 и 8 августа 1828, Sirey 1828, I, p. 393. Но решением, 22 июня 1837 г., принятым в объединенном заседании всех департаментов по заключению генерального прокурора Дюена, кассационный суд изменил свою практику и постановил, что правила статей 295 и 296 уголовного Кодекса (определяющие и карающие убийство)

Закон должен воспретить все опасные игры, в которых без всякой пользы для общества человек рискует жизнью.

Человеческая жизнь составляет общественную ценность, и не может быть позволено рисковать ею иначе, как в интересах общества.

Так, например, законы стремятся совершенно правильно запретить бои быков—позор Испании. В течение последних нескольких лет эти бои из Испании были позаимствованы на юге Франции; я скорблю об этом. Во французский парламент внесен проект закона, абсолютно воспрещающего таковые бои.

Вполне вероятно, что этот проект будет принят.

Он вызывает возражения; это, говорят, посягательство на свободу. Замечание, не имеющее никакого значения и не стоящее того, чтобы на нем останавливаться.

Некоторые работы опасны, но совершенно необходимы. Здесь законодатель должен вмешаться, чтобы предписать все меры, доводящие опасность до минимума. Нечего ссылаться здесь на пресловутое право индивидуала делать то, что он хочет. Предписывая эти меры безопасности, законодатель также лишь оберегает общественную ценность, каковой является человеческая жизнь. Многие страны имеют в этой области довольно полное законодательство. Во Франции мы имеем целый ряд законов и декретов, а именно: закон 12 июля 1893 г. относительно мер гигиены и безопасности трудящихся в промышленных предприятиях, законы 8 июля 1890 г., 25 марта 1901, 9 мая 1905, 23 июля 1907 и 12 марта 1910, о мерах безопасности при работах рудокопов. Этими законами создана интересная форма санкции: рабочие рудокопы сами избирают делегатов, обязанных наблюдать за точным исполнением закона. Делегаты по мерам без-

абсолютны и не терпят какого-либо исключения... Что хотя нет ни одного законодательного постановления, которым каралась бы дуэль, как таковая, или обстоятельства, приготавливающие и сопровождающие этот акт, во точно также и ни одно законное постановление не относит этих обстоятельств к числу тех, которые делают ненаказуемыми убийство, раны, побои... Что венарушимым правилом нашего публичного права является: никто не может сам себе быть судьей.

Ср. текст решения и заключения генерального прокурора Дюпена, *Sirey* 1837, p. 465 et suiv. Это решение окончательно установило французскую практику, согласно которой дуэль не карается сама по себе, как особое преступление или проступок, но караются убийства, совершенные, или раны, нанесенные во время дуэли, с ответственностью свидетелей, как соучастников. Здесь просто и ясно применяются статьи 295 и след. нашего уголовного Кодекса. Эта система представляет на практике значительные неудобства. Есть, очевидно, в нашем законодательстве пробел, который очень желательно видеть заполненным.

опасности при работах рудокопов назначаются для того, чтобы посещать подземные работы в рудниках... с исключительной целью исследования условий безопасности для запятого там рабочего персонала; а с другой стороны, при наличии несчастного случая, с целью обледования условий, при которых этот случай произошел... Делегаты и делегат-заместитель избираются баллотировкой... Избирателями округа являются рабочие, трудящиеся под землей в его пределах... (закон 8 июня 1890 г., ст. 1. 4, п 5).

Исходя из тех же положений, закон может и должен ограничить максимальную продолжительность ежедневного труда. Возможно, что в ближайшем будущем законодательства всех цивилизованных стран будут содержать в этом отношении сходные положения. Основанием тому опять-таки послужит замена понятия идеи свободы-права понятием свободы-функции.

Вам известны бесконечные споры, возникшие в этой области и не прекратившиеся еще в большинстве стран. По моему мнению, главная причина этих споров заключается в том, что почти всюду и, особенно, должен я сказать, во Франции вопрос был неправильно поставлен. Целая партия требовала законов об ограничении рабочего дня во имя борьбы классов. Она доказывала, что законодатель должен вмешаться, чтобы охранить трудящегося от эксплуатирующего его капиталиста. На что последовал ответ, не лишенный основания: между рабочим и хозяином, между служащим и патроном существует договор, который должен оставаться свободным. Законодатель в той же мере не может вмешиваться в договор о труде, как и в другие договоры.

Это была неудачная постановка задачи. Здесь не идет речь о свободе договоров. Весь вопрос здесь только в том, не рискует ли рабочий своим здоровьем, свою жизнь, своей интеллектуальной и моральной личностью, работая ежедневно свыше определенного времени. Если это установлено, законодатель должен вмешаться и не допускать, чтобы был превзойден максимальный предел. Он таким образом лишь охраняет общественную ценность, которую представляет из себя человеческая жизнь. Он должен вмешаться не только, когда рабочий трудится для других, но и тогда, когда он работает для самого себя. Главная цель закона не столько в предохранении рабочего от предпринимателя, сколько в защите рабочего и даже против его воли от него самого. Вот лучшее доказательство того, что речь идет не о договоре.

Во Франции у нас имеется очень сложное и тем не менее еще очень неполное законодательство насчет максимальной продолжительности рабочего дня. Старый закон от 9 сентября 1848 г. ограничивает продолжи-

тельность ежедневной работы на заводах и фабриках 12 часами. А по закону Мильерана от 30 марта 1900 г. продолжительность работы не может превышать 10 ч. в учреждениях, где заняты в одних и тех же помещениях взрослые мужчины, подростки и женщины. Наконец, специальный закон от 29 июня 1905 г. устанавливает максимальную продолжительность работ в рудниках в 8 часов¹⁾.

Комиссия труда нашей палаты депутатов занята в настоящее время проектом закона, который стремится установить единый максимум продолжительности работы в 10 ч. во всех промышленных предприятиях²⁾.

То, что я говорил о максимальной продолжительности рабочего дня, можно отнести также и к еженедельному отдыху. Я знаю, что затрагиваю этим жгучий в настоящее время в этом городе³⁾ вопрос, и я на нем не останавливаюсь. Необходимо тем не менее отметить часто встречаемое недоразумение для того, чтобы его избегать. Законодатель, разумеется, не может запретить в течение какого-либо дня недели эксплуатацию промышленного, коммерческого или сельскохозяйственного учреждения. Если он это делает, я не скажу, что он посягает на свободу торговли и промышленности, которую я не рассматриваю, как право; я скажу, что он мешает свободному развитию общественной деятельности и тем самым выходит за пределы своих полномочий. Но законодатель может и должен воспретить трудящимся работать более 6 дней под ряд, запретить им работать 7-й день, если установлено, что работа без такого перерыва превышает человеческие силы и уменьшает ценность — труд, каковой является каждый индивид.

¹⁾ В то время, когда я об этом говорю, горная комиссия при Палате депутатов занята проектом закона о 8-ч. рабочем дне в рудниках, заменяющего и расширяющего положения закона от 29-го июня 1905 г.

После того, как он был принят первый раз Палатой, он был с некоторыми изменениями принят Сенатом. Желая привести к концу реформу, Комиссия палаты сделала несколько уступок Сенату и Палата приняла новую редакцию проекта в своем заседании от 30 марта 1912—*Sr. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 1911, II, p. 64 et suiv.*

²⁾ В заседании от 8 февраля 1912 г. в Палате депутатов началось обсуждение проекта закона, стремящегося определить для всех максимальную продолжительность работ в 10 ч. Оно еще не закончено.

³⁾ В то время, когда я прибыл в Вуанос-Айрес (19 августа 1911 г.) полицейским приказом было постановлено обязательное закрытие по воскресеньям всех торговых учреждений, включая рестораны и кафе. Эта мера вызвала живое возмущение, которое успокоилось через некоторое время, после обещания администрации применять постановления приказа в отношении ресторанов и кафе с возможно большей снисходительностью.

Я должен сказать, что на этой именно точке зрения—стоит французский закон от 13 июля 1906 г., который, наперекор тому, что часто говорится, отнюдь не предписывает закрытия какого бы то ни было коммерческого или промышленного предприятия в какой-либо день недели, но требует, чтобы трудящиеся отдыхали седьмой день, преимущественно в воскресенье. Он оставляет впрочем широкую возможность отдыха по очереди.

VI.

Наконец, новая концепция свободы-функции оправдывает все законы, предписывающие индивиду положительные обязанности.

Всякий закон, который предписывал бы всем обязательность труда, являлся бы безусловно законным. Может быть, санкция подобного закона была бы довольно затруднительной. Но можно было бы выйти из этого затруднения, облагая того, кто ничего не делает, особенно тяжелым налогом. Я не знаю еще закона, который был бы издан в этом смысле¹⁾.

Повидимому, было бы бесполезно вмешательство законодателей, потому что в современных государствах, где конкуренция так сильна, где борьба за существование так остра, бездеятельный неизбежно исчезнет, раздавленный социальными силами.

Опять-таки с новой концепцией свободы связаны и все законы об обязательном обучении. Законодатель, конечно, должен и властен предписать всем *minimum* обучения. Когда во Франции республиканская партия приняла закон 28 марта 1882 об обязательном начальном обучении, католическая партия утверждала, что это есть посягательство на свободу отца семейства. Конечно, обязательное обучение находится в противоречии с понятием свободы-права, как она изображена в декларации 1789 г., и с той отеческой властью, которая освящена Гражданским Кодексом (ст. 371 и след.). Напротив, обязательное обучение неизбежно вытекает из понятия свободы-функции, потому что неоспоримо право и долг законодателя требовать, чтобы каждый приобретал тот минимум знаний, который ему необходим для того, чтобы иметь общественную ценность, для того, чтобы выполнять лежащую на нем задачу в общественной мастерской²⁾.

1) Такой закон был издан и мог быть издан только у нас, после уничтожения „современного государства“, после свержения буржуазного гнета. И целым рядом постановлений нетрудящиеся обложены у нас особенно тяжелым налогом.

Прим. Редактора.

2) Ср. Об обязательном обучении *Duguit, Traité de droit constitutionnel*, 1, p. 76 et suiv.

Наконец, теми же основными мыслями проникнуты законы об обязательном страховании и, в частности, закон 5 апреля 1910 г., которым становлены во Франции обязательные пенсии для рабочих и крестьян. Всякий служащий, всякий рабочий обязан вычитать из своего содержания известную сумму, которая вместе с взносами хозяина и государства даст ему возможность получать к 65 годам пенсию¹⁾. Идея так прогрессирует в указанном мною смысле, что принцип обязательности страхования, столь живо оспаривавшийся еще несколько лет назад, был принят значительным большинством во французских палатах. Правда, применение закона встретит некоторое противодействие в стране; но это только переходный период, я не сомневаюсь, что через несколько лет рабочий мир, лучше осведомленный, согласится на всеобщее применение этого закона.

Я остаиваюсь. Я мог бы увеличить число примеров: они все указывали бы общее мною описанное преобразование и доказывали бы, насколько я прав, говоря, что повсюду концепция свободы-функции заменяет понятие свободы-права.

В следующей лекции мы рассмотрим другой элемент свободы, в отпущение которого совершается подобное же преобразование, но выражающееся в ином виде—,юридическую свободу, или автономию воли.

Третья лекция. Автономия воли.

Автономия воли—элемент свободы вообще.—Тексты Кодекса Наполеона и германского Кодекса, санкционирующие этот принцип.—Последствия, вытекающие из этого принципа в системе гражданского права.—Субъект права.—Всякий субъект права в то же время и субъект воли.—Отчаянные, бессильные попытки многих юристов согласовать эту концепцию с временными фактами.—Учение о фиктивной личности.—Бессилие этого учения.—Ассоциационистское движение.—Исключение понятия субъекта права.—Юридическая защита, основанная на целевом назначении, на двойной функции.—Понятие цели во французском законе 1-го июля 1901 г. об ассоциациях.

Господа!

Автономия человеческой воли и проблема коллективной личности, таково общее заглавие, которое я могу дать настоящей лекции.

¹⁾ Бюджетным законом от 27 февраля 1912 г., ст. 54—62 внесены изменения в закон 5 апреля 1910 г. А именно, согласно ст. 55, нормальный возраст для получения пенсии понижен с 65 до 60 лет; тем не менее страхователь имеет возможность отсрочить уплату до 65 лет, а согласно ст. 57, максимальный взнос от государства повышен с 60 до 80 франков.

Автономия воли это, как я уже сказал, элемент свободы вообще; это — юридическая свобода или, короче сказать, власть человека создавать посредством волевого акта юридическое состояние при условии, что такой акт имеет своим предметом нечто дозволенное. Другими словами, в системе гражданского права автономия является властью юридически желать и тем самым правом на то, чтобы это желание было социально защищено.

С автономией воли логически связывается вопрос о субъекте права, а тем самым и проблема коллективной личности: вопросы основные, в отношении которых совершается эволюция совершенно апалогичная той, которую я до сих пор описывал, эволюция в реалистическом и социалистическом смысле ¹⁾.

Здесь мы входим в самую сущность нашей темы, и предмет этот представляет весьма большие трудности. Но я не считал себя в праве уклониться от него, так как он является основной проблемой современного права. Я заранее извиняюсь за сухость темы. Чтобы сделать мое изложение настолько ясным, насколько это для меня возможно, я постараюсь представить его в строго дидактическом порядке.

I.

Сначала точно определим, чем является в системе гражданского права принцип автономии воли и связанные с ним последствия. Для этого я не могу сделать ничего лучше, как исходить из различных постановлений Аргентинского гражданского Кодекса, составленного, как легко заметить, великим юристом, пожелавшим создать в одно и то же время труд теоретический и практический. В вашем Кодексе система автономии воли выявляется вполне ясно всеми своими составными частями. Она налицо также и в Кодексе Наполеона, она там, несомненно, налицо. И большая часть современных законодателей позаимствовали ее из нашего Кодекса; но принцип этот выражен во французском Кодексе скорее по смыслу, чем ясно, на словах.

Единственные статьи, и вдобавок несколько туманно его санкциони-

¹⁾ Вопрос о субъекте права и о коллективной личности сделался в настоящее время предметом значительных интересных исследований, из которых главные: *Michoud*, *Théorie de la personnalité morale*, 1-е partie; *Saciles*, *De la personnalité juridique*, 1910, *Demogue*, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, специально глава II, озаглавленная: *La notion de sujet de droit*, p. 320 et suiv., *A Lévi*, *La société et l'ordre juridique*, 1191, специально глава, озаглавленная: *Le côté objectif et le côté subjectif du droit* p. 244 et suiv. Подробную библиографию можно найти в моей работе, *Traité du droit constitutionnel*, 1 p. 2, 8 et 41.

рующие, это статьи 6, 1134 ч. 1 и 1156. „Целью отметить частными соглашениями законов, касающихся общественного порядка и добрых нравов. Соглашения, законно составленные, имеют силу закона для тех, кто в них участвовал. В соглашениях следует скорее обращать внимание на то, каково было общее намерение договаривающихся сторон, чем останавливаться на буквальном смысле выражений“.

Напротив, в Аргентинском гражданском Кодексе встречается целый ряд статей, формулирующих удивительно ясно этот принцип и его последствия. Таковы напр. ст. 19: „Можно отказываться от прав, предоставляемых законом, когда они касаются только индивидуальных интересов и когда такой отказ не воспрещается законом“.

Ст. 30. „Лицами являются все существа, способные приобретать права или вступать в обязательства“ и, наконец, ст. 978, определяющая что такое юридический акт: „юридическими актами являются добровольные дозволенные акты, которые имеют непосредственной своей целью установление между лицами юридических отношений: создание, изменение, передачу, сохранение или уничтожение права“.

Текст главнейший, удивительно хорошо отредактированный и в кратких выражениях резюмирующий все последствия юридической автономии. Вот эти последствия.

С юридической точки зрения, лицами являются все существа, способные приобретать права. Лицо—субъект права, то-есть существо, носитель прав. Но, как я уже, кажется, доказал, субъективное право не может быть ничем иным, как властью желать (обратитесь к тому, о чем я говорил на первой лекции). Из этого следует, что субъект права есть субъект воли и что субъектом права может быть лишь существо, одаренное волей.

Один из моих коллег и друзей Мишу пытался утверждать противное, исходя из определения, данного Иерингом: „субъективное право есть социально защищенный интерес“.

Но вся система распыляется потому, что, как я говорил об этом в первой лекции, невозможно утверждать, что субъективное право, если даже положить в его основу интерес, не является в конечном результате властью желать¹⁾.

Таким образом всякое существо, одаренное волей, имеет круг прав, предоставленных ему законом или, по крайней мере, признаваемых за ним прав, которые образуют его юридическое состояние, его юридическую сферу. Это очень ясно отмечено в вышеприведенных ст. ст. 19 и 30 нашего Кодекса.

¹⁾ Выше стр. 13 примечание 1.

Этот субъект права обладает свободной и автономной волей. В принципе он может актом воли изменить свою юридическую сферу, с условием всегда желать чего-то, не запрещенного законом. Он совершает тогда юридический акт, то есть акт, который будет социально защищен, поскольку он акт воли, имеющий своим объектом нечто, не воспрещенное законом.

Этот акт будет иметь своим последствием сокращение юридической сферы одного субъекта права и расширение юридической сферы другого, создание, как гласит наша ст. 978, юридического отношения. Итак, всякое юридическое отношение сводится к взаимоотношению между двумя субъектами права, т.-е. двумя субъектами воли, из которых один — посетитель права, а другой обременен обязанностью.

Короче, теория автономия воли резюмируется в системе гражданского права следующими 4 положениями:

- 1) Всякий субъект права должен быть субъектом воли.
- 2) Всякий акт воли субъекта права защищается обществом, как таковой.
- 3) Он защищается только при том условии, что его объектом является нечто дозволенное.
- 4) Всякое юридическое положение состоит из взаимоотношения между двумя субъектами права, из коих один активный субъект, а другой пассивный.

Как логическое построение, это превосходно.

Это строгая дедукция из индивидуалистической системы. Но вот в чем беда: эта конструкция совершенно не согласуется с фактами. В определенный момент существования этой системы имело, пожалуй, основание. Она, пожалуй, была приспособлена к совершенно индивидуалистическому государству, каким являлось государство римское и даже европейские и американские государства начала XIX века. Но она находится в абсолютном противоречии с социалистическими и ассоциационистскими стремлениями нашей эпохи. И вот многочисленные юристы, еще оставшиеся верными индивидуалистической и метафизической концепции, в которой они видят непоколебимый догмат, делают отчаянные усилия, показывают чудеса тонкости, чтобы уложить, чего бы это ни стоило, в старые, слишком узкие рамки все столь сложные факты современного мира.

Вот, Беккер ¹⁾, сочиняющий свою столь неуксную и тонкую теорию субъекта права, состоящего из двух различных элементов: *Genüßer* и

¹⁾ Zur Lehre vom Rechtssubjekt, *Jarbücher für die Dogmatik*, XII, 1873, p. 1 et suiv.

Verfüger, того, который пользуется, и того, который желает; вот Гирке¹⁾, пользующийся сокровищами изумительной эрудиции для установления реальности коллективной личности. Вот Цительман²⁾, развивающий диалектику, достойную Гегеля, в доказательство реальности коллективной воли; вот, Еллинек, возводящий мощное построение публичного права, целиком основанное на утверждении персональности государства. Во Франции это Жени, Ориу, Мишу, Демог, Салейль³⁾, тонкий и пронизательный ум которого пытается достигнуть невозможного примирения между тенденцией реалистической и тенденцией метафизической. Противоречие неразрешимое. Оно очень рельефно намечено в интересной статье, написанной Мишу по поводу 70-летней годовщины Гирке. В сборникъ (*Festschrift*), посвященном великому юристу, Мишу пишет: „борьба в области публичного права происходит между теми, которые пытаются сохранить в нем старые концепции гражданского права, понятия личности, субъективного права, юридического отношения, и теми, которые, находя эти концепции недостаточными, произвольными, слишком чисто формальными, пытаются заменить их понятиями более близкими общественной действительности“⁴⁾. Мишу прав. Но борьба эта происходит не только в области публичного права, она идет также и в области гражданского права. Противоречие одно и то же; и противники те же самые. Полная победа реализма близка. Нужно окончательно изгнать всякое метафизическое понятие из юридической науки, как и из всех других; юридический прогресс зависит от этого⁵⁾.

Мы переберем по очереди каждый из четырех элементов цивилистической системы автономии воли и докажем фактами, как она исчезает или преобразуется. Я впрочем склонен считать, что наше французское законодательство и наша практика немного более подвинулись в этой области

1) *Genossenschaftsrecht*, 4 vol., 1881—1885; *Genossenschaftstheorie* 1887; *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. 1902.

2) *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, 1880.

3) *System des öffentlichen Rechts*, 2-e édit., 1905; *Allgemeines Staatsrecht*, 2-e édit., 1905.—Ср. *Holder*, *Natürlichen und juristischen Personen*, 1905; *Binder*, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907; *O. Mayer*, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, 1908; *Bernatzik*, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Personen*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1890 p. 159 et suiv.

4) *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, 1910.

5) *Michoud*, *La personnalité et les droits subjectifs de l'état dans la doctrine française contemporaine*, extrait du *Festschrift de Gierke*, 1911, page 493.

6) См. приложение I.

вперед, чем ваша. Но я недостаточно знаком с вашей судебной практикой, чтобы иметь возможность положительно что-либо утверждать. Для того, чтобы делать сравнения, вы в гораздо лучшем положении, чем я.

II.

Первое положение формулировано так: всякий субъект права должен быть субъектом воли. Из этого очевидно следует, что субъект права есть лишь там, где есть воля, и что какое бы то ни было существо может быть юридическим существом, участвовать в правовых отношениях лишь тогда, когда оно одарено волей.

До тех пор, пока общественная деятельность осуществлялась главным образом индивидуальными лицами, искусственный характер этого положения, противоречие его фактам не обнаруживались столь ясно. Чтобы объяснить юридическую личность ребенка или сумасшедшего, говорили: в нем есть воля виртуальная или потенциальная, и этого достаточно, чтобы он был субъектом права.

Несомненно, во все времена и в наиболее индивидуалистических государствах существовали некоторые коллективы, за которыми нужно было признать возможность юридической деятельности и которым нужно было гарантировать их существование. В них нельзя было усмотреть наличности воли даже в потенциальном состоянии. Налицо имелась, конечно, воля индивидов, составлявших этот коллектив, или воля основателя; но эти индивидуальные воли не могли служить основой юридической личности самого коллектива. Тогда стали придумывать фикцию коллективной личности и заявлять: только индивиды — реальные лица; коллективы не имеют воли, отличной от воли своих членов; но закон, при свойственном ему всемогуществе, может наделить их юридической личностью. Коллектив, дескать, будет юридическим лицом лишь в силу постановления закона или постановления правительства, в тех случаях, когда закон дает правительству подобного рода полномочие.

Как теоретическое учение, это воззрение, известное под именем теории фикции, было формулировано главным образом Савинья ¹⁾. Долго это учение преподавалось, как в некотором роде неоспоримый догмат, и в то время, когда я изучал право, наши профессора нам его преподавали как аксиому.

Большая часть законодательств заимствовала эту систему, эта система положена в основу Кодекса Наполеона. Это также система Аргентинского

¹⁾ *Traité de droit romain, traduction Guenoux, II, p 223 et suiv.*

законодательства. Ваш Кодекс содержит целый ряд очень точных, к тому же очень хорошо отредактированных постановлений, которые выражают весьма точно и полно это учение о факции. Такова, например, ст. 31:

„Лица бывают существования идеального или видимого“.

Ст. 32. „Все существа, способные приобретать права или вступать в обязательства и не являющиеся лицами видимого существования, суть лица существования идеального, или юридические лица“. Далее, ваш Кодекс дает перечень главных идеальных лиц, из которых, согласно ст. 33, одни как, напр., государство, существуют неизбежно, а другие, как, например, учреждения общественно-полезные, корпорации, ассоциации, товарищества только могут существовать. Наконец, вот главная статья, ст. 45: „Существование корпораций, ассоциаций, учреждений, имеющих свойства юридических лиц, начинается с того дня, когда они утверждены законом или правительством с одобрением их уставов и с подтверждением со стороны епископов для тех, которые обладают религиозным характером“. Таким образом, согласно вашему законодательству, коллектив не имеет естественно и сам по себе юридической личности, он может ее получить лишь посредством специального постановления закона или предоставления правительства.

Такая система может существовать в стране, где об'единения относительно немногочисленны. У вас субъектами права являются только те корпорации, только те ассоциации, которым правительство предоставляет личность.

В странах, где движение в сторону ассоциаций действительно активно, это было бы невозможным. В некоторых европейских странах движение в сторону ассоциаций, обладающее поразительной интенсивностью, существует уже около полувека и особенно развилось в последние 20 лет. В это время выяснилось с полнейшей очевидностью все то искусственное, недостаточное, противоречившее действительности, что заключалось в системе факции; эта система была сломана, как соломинка. Это движение произошло совершенно различным образом в трех европейских странах: Германии, Англии и Франции.

Ассоциационистское движение во Франции заслуживает специального изучения. У меня нет для этого времени, но я считаю нужным сказать, что сильнейшая реакция против положений, созданных французской революцией, о которой я говорил в предыдущей лекции, выразилась главным образом в этом ассоциационистском движении. Деятели революции полагали, что ассоциация была бы сама по себе отрицанием индивидуальной свободы, и в перечислении индивидуальных прав она преднамеренно опускает указание свободы ассоциаций. Они даже воспретили формальным

образом существование некоторых категорий ассоциаций, профессиональных объединений—законом, который оставался в силе до закона о профессиональных (союзах) синдикатах от 21-го марта 1884 г.,—законом, называемым законом Шапелье от 24-го июня 1791 г.

Но все эти запрещения законодательства не имеют значения; факты сильнее людей,—и вся французская территория покрылась широкой сетью ассоциаций, рабочих ассоциаций, профессиональных ассоциаций всякого рода и даже ассоциаций должностных лиц, обществ взаимопомощи, благотворительных, литературных, научных, художественных ассоциаций. Законодателю пришлось волей-неволей признать совершившийся факт и наконец санкционировать законом создавшиеся естественно и произвольно, вопреки запретительным постановлением, институты. Так, в 1884 г. закон признал профессиональные ассоциации, или синдикаты, в 1898—общества взаимопомощи и, наконец, в 1901 г.—свободу ассоциаций вообще.

Нужно признать, что один вопрос, тесно связанный с вопросом об ассоциациях возник в то время во Франции и подвинул отчасти наше законодательство на ложный путь. Это вопрос о конгрегациях, но я об этом не стану говорить, потому что в этом деле, к моему сожалению, над правом взяла верх политика.

Движение, аналогичное тому, которое я сейчас набросал, совершилось в то же время и в Германии. Оно меньше поражает наблюдателя не потому, что оно менее глубоко или менее широко, но потому, что положительный закон Германии никогда не оказывал ассоциациям и корпорациям такого непримиримого противодействия, как французский законодатель. Германия, как и Франция, покрылась всякого рода объединениями и корпорациями. И это движение не имеет тенденций прекратиться.

Вследствие этого пришлось подчиниться очевидности. Юридическая защита деятельности коллективов не может зависеть от произвола правительства. Безусловно необходимо, чтобы всякий коллектив, лишь тем самым, что он преследует цель, дозволенную законом, мог свободно создаваться и встречать в объективном праве обеспеченную защиту своих действий. С другой стороны, система фикции ровно ничего не объясняет. В самом деле, либо коллективы не имеют воли, отличной от воли их членов, и тогда они не могут быть субъектами права, а закон, как бы могущественен он ни был, не может сделать так, чтобы несуществующая вещь—существовала. Или же коллективы обладают действительно волей, отличной от воли их членов; тогда они сами по себе являются субъектами права, и вмешательство законодателя и правительства излишне: не к чему им давать то, чем они уже обладают.

III.

Вот почему уже около 40 лет, как вознякло в мире юристов французских и немецких стремление, несомненно, наиболее любопытное из всех возникших в истории юридических доктрин, объяснить и показать, что, помимо всякого вмешательства законодателя, организованный коллектив, имеющий свою целью нечто, дозволенное законом, является действительно субъектом права, обладает юридической личностью, отличной от личности его членов.

Я уже привел крупное имя Гирке из Германии, который в двух знаменитых трудах „*Право объединений*“ и „*Теория объединений*“ разработал основные элементы замечательно хорошо построенной теории юридического органа, которая была воспринята, углублена и точнее определена Еллинеком по отношению к коллективам публичного права. Я также приводил имя Беккера с его искусной системой сложного субъекта права, состоящего из 2 элементов: того, кто пользуется (*Genüsser*) и того, кто действует (*Verfüger*). Я приводил уже Цительмана, который посредством тонкого анализа пытается доказать, что есть действительно во всяком коллективе воля, отличная от воли входящих в него лиц и служащая основой юридической личности коллектива; он доходит даже до того, что говорит, будто учреждения—субъекты права истому, что воля учредителя, умершего, быть может, несколько веков назад, переживает сама себя и создает субъекта права.

Что касается Франции то я уже говорил о решительной попытке моего коллеги Мишу, который в своем большом труде, озаглавленном „*Теория юридического лица*“, пытался создать целую теорию коллективной личности, остроумную на первый взгляд, но приводящую в результате или к классическому учению о факции или к доктрине Беккера, комбинированной с теорией органа Гирке и Еллинека ¹⁾.

1) Все учение Мишу приводит к следующему, Субъективное право не есть власть желать, оно просто защищенный интерес, „интерес человека или группы людей, юридически защищенный при помощи власти, признаваемой за определенной волей представлять и защищать этот интерес“. (сс. сiт, стр. 105). Тем самым субъектом права будет „всякое коллективное или индивидуальное существо, интерес которого гарантируется таким образом даже тогда, когда воля, его представляющая, не будет действительно ему принадлежать в метафизическом смысле слова. Достаточно, чтобы эта воля могла быть ему приписана социально или практически, для того, чтобы, закон, не уклоняясь от своей роли, состоящей в истолковании социальных фактов, мог ее рассматривать, как ему принадлежащую“ (стр. 05). Вся система рухнет, если верно, как я до-

Наковеп мой дорогой коллега и друг Салейль в своей новой книге дает очень глубокий, хотя и несколько безнадежный анализ всех этих доктрин. Салейль сторонник примирения, он старается доказать, что в сущности все эти споры не имеют большого значения. Он прав. Больше того, они не имеют никакого значения. Но я бы не смог все же подписаться под его общим заключением: „Казалось бы, говорит он, на почве этих доктрин нас раз'единяют лишь существующие недоразумения. И достаточно было бы прийти к соглашению относительно терминов, чтобы их избежать, это я и пытался сделать“¹⁾.

Это неверно. Как я сейчас говорил, существует полная, абсолютная пропасть между теми, которые упорствуют в своем желании удержать в современном право метафизическую устарелую концепцию суб'екта права, и теми, к которым принадлежу и я, кто утверждает, что нужно смотреть в лицо фактам и отбросить всякую концепцию метафизического порядка и в первую очередь концепцию суб'ективного права и суб'екта права. За этим исключением Салейль прав. Все эти споры — гимнастика ума, забавная, но ничего более. Они не имеют об'екта по той простой причине, что вопрос, который они претендуют разрешить, даже и не остается²⁾.

IV.

Являются ли или не являются коллективы, об'единения, корпорации, учреждения естественными суб'ектами права? Я об этом ничего не знаю

казал в 1 лекции, что суб'ективное право неизбежно является властью желать даже и тогда, когда в основу его кладется интерес. Ср. специально выноску 1 на стр. 13 и *Duguit, Traité de droit constitutionnel*, 1911, 1, стр. 2. Мипу утверждает: нужна наличность воли, нужно, чтобы эта воля была социально или практически приписываема коллективному или индивидуальному существу, суб'екту права, — чтобы она была его органом, чтобы она составляла одно целое с ним. В таком случае одно из двух; или он допускает, как и мы, волю, преследующую цель, защищенную законом, и приходит таким образом к отрицанию суб'екта права, или же он поддърживает понятие суб'екта права и тогда он из него делает фикцию, или, как Беккер, сложный элемент, состоящий из элемента, получающего выгоду, и элемента, который желает, что в действительности опять-таки является фикцией. Мне трудно представить, чтобы Мипу нашел выход из этой дилеммы.

¹⁾ *Salieilles, De la personnalité juridique*. 1910, стр. 663. После того как эти строки были написаны, Салейля поразила бесжалостная преждевременная смерть. Да будет мне позволено выразить здесь мою горячую благодарность другу и мое беспредельное восхищение юрвстом.

²⁾ См. приложение II.

и для меня это совершенно безразлично. Могут они или не могут быть носителями субъективных прав? Я об этом также ничего не знаю и для меня это также совершенно безразлично по той простой причине, что раз субъективное право есть вещь не существующая, то субъект права тем более не может существовать. Единственный вопрос, который ставится,—это вопрос факта. Преследует ли коллектив, объединение, корпорация, учреждение цель, согласную с общественной солидарностью, как она понимается в определенный момент, в рассматриваемой стране, и тем самым, согласную с объективным правом этой страны. Если да, то все действия, совершенные с этой целью, должны быть признаны и юридически защищены. Предназначенные благ для этой цели должно также быть защищено. Мне не к чему знать, является ли или не является данный коллектив субъектом права, способным быть стороной в юридическом акте, мне нужно лишь знать, согласна ли цель, преследуемая коллективом, с социальной взаимозависимостью, и совершен ли или нет рассматриваемый акт для достижения этой цели. Мне не к чему звать, является ли коллектив субъектом права, способным быть носителем права собственности. Субъективное право собственности не существует также, как и другие права. Я бы только сказал, что если блага предназначаются для достижения коллективной цели, которая признается согласной с общественной солидарностью, то это предназначение должно быть защищено. Мне не к чему исследовать, является ли индивид, который желает и действует для достижения коллективной цели, органом, доверенным или агентом воображаемой коллективной личности. Просто невероятно то, что вагромаждено столько бесполезных тонкостей. Весьма простая истина такова: если индивид, который обнаруживает волю, предопределенную преследуемой коллективом целью, желает нечто согласное с правом, его действия будут иметь последствия, которые должны быть защищены, потому что право защищает прежде всего в юридическом акте цель, его предопределившую, а отнюдь не самую волю. Это впрочем пункт, на котором я остановлюсь более подробно в следующей лекции.

Одним словом, мы возвращаемся всегда к одному и тому же факту, к факту социальной функции, к реалистическому понятию социальной функции, которое всюду замечает метафизическую концепцию субъективного права. Современные государства не состоят только из индивидов, но также из групп. Индивиды, с этим я согласен, суть составные клеточки социального организма. Но в то же время они соединены друг с другом и составляют группировки. На каждую из этих группировок возложена известная миссия; она, в свою очередь, должна также выполнять известную работу в области разделения общественного труда. Всякий акт воли, направленный к выпол-

нению этой миссии, к реализации этой работы, должен быть защищаем социально.

Акт воли остается актом индивидуальной воли. Коллективной воли нет, или, по крайней мере, никто не может утверждать, что она есть. Говорить о коллективной воле групп, районов, коммун, корпораций, наций, это значит употреблять абстрактные термины и ничего более. Индивидуальная воля, predetermined коллективной целью, все же остается индивидуальной. Право в такой же мере не защищает коллективную волю, в какой оно не защищает в действительности и индивидуальную волю; но оно защищает и гарантирует коллективную цель, которую преследует индивидуальная воля.

Каковы те группы, которые образуют нечто в роде нервных центров современных государств? Есть ли это главным образом семья, как настаивают некоторые? Не есть ли это скорее профессиональные группы, социальные классы, организующиеся в синдикаты? Я склонен думать именно последнее. Но это часто социологический вопрос, который я не хочу здесь рассматривать.

V.

Современные законы и судебная практика вступают решительно, быть может бессознательно для самих авторов, на указанный мною путь. Это доказывает правильность в одно и то же время и той мысли, которую я сейчас стану развивать, и того, что я говорил ранее: право создается произвольно без ведома тех, которые участвуют в его создании, и часто наперекор им. У меня нет лучшего примера, чем французский закон от 1-го июля 1901 г. об ассоциациях, часто называемый законом Вальдек-Руссо, по имени председателя совета министров, внесшего проект этого закона в законодательные палаты. Конституция 1848 года провозгласила впервые во Франции привилегии свободы ассоциаций. Провозглашение несколько платоническое, потому что прошло более полувека, пока был издан закон, регулирующий осуществление этой основной свободы. Правда, вопрос о конгрегациях был главным препятствием к изданию закона о свободе ассоциаций. Но несмотря на молчание, даже наперекор запрещением законодателя французская территория, как я сейчас сказал, уже в некотором смысле покрылась всякого рода ассоциациями. Под давлением обстоятельств французский парламент вопреки закону 1884 г. о профессиональных синдикатах и закон об обществах взаимопомощи от 1898 года. Оставалось все же создать общий закон о свободе ассоциаций. Исполнено в 1898—99 г. дело Дрейфуса и произведенное им огромное потрясение

в стране. Действительная или предполагаемая роль, сыгранная при этих обстоятельствах некоторыми конгрегациями, дала повод правительству внести проект закона, стремившийся предписать конгрегациям драконовский режим и с другой стороны установить принцип свободы для всех ассоциаций даже религиозных, не носящих характера конгрегаций. Это вам объяснит, каким образом в законе 1901 г. имеются 2 абсолютно различные части, раздел III, относящийся к конгрегациям, подчиняющий их суровому полицейскому режиму, отрицание всякой свободы (я на этом не стану останавливаться), и разделы I и II, касающиеся ассоциаций носящих характер конгрегаций.

Одно поражает с самого начала при чтении этого закона, а именно то, что ни разу в нем не встречается традиционное выражение моральной или юридической личности. Несомненно, оно еще часто встречается во многих законах, последовавших за законом 1901 г. Но все же следует отметить, что это выражение совсем не встречается в основном законе об ассоциациях, что как будто непосредственно указывает на то, что законодатель связывает предоставляемую им защиту ассоциаций, ставящих себе дозволенные законом цели, с другим понятием, а не с понятием юридического лица (вы знаете, чего последнее стоит).

Это исключение слов „юридическое лицо“ не есть впрочем простая случайность. В действительности, они были в том проекте, который внес первоначально Вальдек-Руссо. В нем давалось даже определение юридического лица, которое квалифицировалось, как легальная фикция. Ничего из этого не вошло в окончательный текст, и это ценный признак.

Если мы обратимся к тексту закона, то в каждой статье мы заметим выявление основного понятия современного права—понятия цели; это очень близко к тому, что я объяснял выше: то, что защищает современный законодатель—это не коллективная воля ассоциации, которой не существует, это не личность, которой также не существует, это цель, преследуемая членами ассоциации. Статья первая закона определяет ассоциацию и отличает ее от товарищества по самой цели ее: „ассоциация это соглашение, по которому два лица или несколько лиц длительно объединяют свои познания, свою деятельность, не с целью раздела прибыли“. В статьях 2 и 3 читаем: Ассоциации лиц могут образовываться свободно без соответствующих разрешений, полномочий и предварительных заявлений; но они будут пользоваться правоспособностью лишь тогда, когда они будут соответствовать постановлениям ст. 5.

„Всякая ассоциация, созданная на основе или для достижения незаконного объекта противного законам, добрым правам, или имеющая целью

посягательство на неприкосновенность национальной территории или на республиканский образ правления, недействительна и не имеет никакой силы". Роль цели выделяется еще яснее в ст. 6, последний параграф и в ст. 11, § 1 того же закона. „Всякая ассоциация, законно заявленная, может без всякого специального разрешения... 3) приобретать недвижимое имущество, безусловно необходимое для выполнения преследуемой ею цели. Ассоциации (признанные общепольными) могут вступать во все сделки гражданской жизни, не запрещенные их уставами, но они не могут приобретать какие-либо другие недвижимости или владеть другими недвижимостями, кроме тех, которые необходимы для преследуемой ими цели“. Таким образом всюду, в каждой строчке выступает наружу это понятие цели. И все это находится в противоречии с понятием юридического лица, как такового, потому что если бы ассоциация имела юридическую личность, то я не вижу, почему сфера ее юридической деятельности должна быть ограничена особой целью. Если бы закон предоставлял на самом деле в силу своего всемогущества свойства субъекта права ассоциациям, создающимся на известных условиях, это ограничение определенной целью не имело бы никакого основания; оно было бы совершенно необъяснимо ¹⁾.

¹⁾ С этим же понятием цели связывается правило, называемое специальнойностью административных лиц (коммун, департаментов, публичных учреждений и быть может самого государства). Это правило, введенное административной практикой, может рассматриваться ныне, как окончательно установленное. Каждая административная единица предназначена по закону для достижения одной или нескольких определенных целей; только юридические акты, совершенные сообразно с этой целью, имеют силу и влекут за собою известные последствия. Мы видим, что и здесь понятие личности заменено понятием цели; что закон защищает уже не акт воли воображаемой коллективной личности, но цель, законно преследуемую компетентным администратором. Не покидая учения о коллективной личности, невозможно понять и объяснить это правило специальнойности. Сам Мишу вынужден это признать и для того, чтобы объяснить это правило, поставить на первый план элемент цели, рискуя впасть в противоречие со всей своей доктриной в целом. Он пишет так: Сторонники реальности юридического лица вынуждены допустить ее (теорию специальностей) потому, что эта реальность заключается в существовании человеческой группы, коллективно преследующей определенный интерес. Этого одного достаточно для того, чтобы сделать для этой группы из цели нечто, отличное от того, что она представляет для индивида. Цель для этой группы—правовое понятие—гораздо более важное, чем для индивида. Право не предписывает человеку, какое употребление он должен сделать из предоставленных ему юридических ресурсов. Напротив, оно его предписывает для созданной группы, потому что эти ресурсы предназначены удовлетворить определенный интерес, в виду

Напротив, все объясняется и кажется понятным, если ясно видеть, что законодатель, быть может, сам того не замечая, вступил в общее русло современного права. *Индивиды могут без предварительного разрешения объединяться для достижения законной цели.* Законодатель впрочем не определил, что такое законная цель, и он поступил разумно, в виду того, что это понятие существенно изменяется и варьирует в связи с создающейся у каждого народа и в каждую эпоху концепцией общественной солидарности. Действия этих индивидов, совершаемые для достижения этой цели, юридически гарантируются, и предназначение богатств опять-таки для этой цели также юридически защищается. Вот, одним словом, вся система закона. Она вполне реалистична и свободна от всех метафизических нагромождений цивилистического режима.

К несчастью, французский законодатель не дошел до конца. Он поддался традиционному во Франции страху, страху перед мертвой рукой, то-есть страху перед слишком большим распространением коллективных имуществ. Страх бессмысленный, находящийся в прямом противоречии с фактами. Все еще находясь под влиянием этого предрассудка, законодатель 1901 г. запрещает ассоциациям по общему правилу безвозмездные приобретения, разрешая таковые лишь таким ассоциациям, которые объявлены декретом правительства общественно-полезными. Но это ограничение, несомненно, не сохранится. Оно исчезнет под давлением обстоятельств в ближайшем будущем.

Так медленно, но верно исчезает или исчезнет во всех странах, достигших одинаковой степени цивилизации, первое последствие, связанное с метафизическим принципом автономии воли. Здесь опять-таки создается новый, огромнейшей важности юридический институт, основывающийся в свою очередь на реалистическом понятии социальной функции. Мы увидим в следующей лекции, что то же преобразование совершается по отношению к другим последствиям, вытекающим из принципа автономии воли.

которого создалась группа (La théorie de la personnalité morale, 2-e partie 1909, p. 148. Не есть ли это простая и ясная теория цели. Ср. дальше Rippert, La principe de la spécialité chez les personnes morales, 1906.

Четвертая лекция.

Юридический акт.

Автономия воли, юридический акт и юридическое состояние. — Явление воли. — Объект и цель юридического акта. — Правовые отношения, не являющиеся отношениями между двумя субъектами. — Частные учреждения, создаваемые по аффирмативным актам. — Французская судебная практика.

Господа!

Я пытался показать в последней лекции, как первое последствие, вытекающее в цивилистической системе из автономии воли, разрушено выше фактами, и как создается в современном праве, на основе понятия социальной функции, система, которая, совершенно отвергая идею коллективной личности, признает и защищает деятельность и имущество коллективов, ассоциаций или корпораций.

Точно также исчезают или совершенно преобразовываются другие последствия, которые мы связали с принципом автономии воли: понятия юридического акта и юридического состояния. Точно также, далее, глубоко преобразовывается институт, который в цивилистической системе занимал выдающееся место и который, не вытекая обязательно из автономии воли, был тесно с нею связан: я говорю о договоре.

Как конструируется новая юридическая система в области, касающейся юридического акта вообще и договора в частности; каким образом эта новая система находится в постоянной связи с реалистическим и социалистическим понятием социальной функции, — вот что будет предметом этой и следующей лекций.

I.

Я возвращаюсь к положениям, формулированным выше. Во-первых, как я говорил, в цивилистической системе всякий субъект права должен быть в то же время и субъектом воли. Я доказал, что это не верно, что понятие субъекта права исчезает и что современное право защищает юридическую деятельность коллективов, хотя бы и не было возможности видеть в них субъектов права. Во-вторых, я говорил: в цивилистической системе всякий акт воли субъекта права защищается, как таковой.

Таков основной принцип индивидуалистической системы наших кодексов и таково строго логическое последствие этой системы. Если действительно допустить, как это делается при цивилистической концепции,

что каждый индивид обладает, как таковой, определенной юридической сферой, имеющей своей основой и пределом его естественную власть желать, и что правовой режим общества создается из комбинирования юридических сфер индивидов, это общество составляющих, то отсюда логически следует, что индивидуальная воля всемогуща, что индивидуальная воля, создательница юридических сфер каждого, может, по общему праву, их изменять и что тем самым объективное право должно защищать волю каждого индивида, как таковую. Таким образом, юридический акт определяется: всякий акт воли, имеющий объектом изменение юридической сферы индивида. Таково именно определение, данное в ст. 978 Аргентинского Кодекса: „юридическими актами являются добровольные, законные акты, имеющие непосредственным результатом установление юридических отношений между лицами, создание, изменение, передачу, сохранение или уничтожение прав“. Здесь защищается именно индивидуальная воля и по той лишь причине, что она индивидуальная воля ¹⁾.

Текстов, доказывающих, что такова именно была мысль редакторов гражданских кодексов, имеется много множество.

Я недавно приводил ст. 978 вашего кодекса. Я уже приводил главные тексты Кодекса Наполеона в предыдущей лекции. Я к ним не буду возвращаться; но тем не менее, существует один текст, на который я должен особенно обратить ваше внимание, — это ст. 1156: „В соглашениях следует скорее обращать внимание на общее намерение договаривающихся сторон, чем останавливаться на буквальном смысле выражений“.

Это бесспорно статья, лучше всего формулирующая принцип, что воля сама по себе, внутренняя воля субъекта, производит, как таковая, правовое последствие.

Конечно, это был значительный прогресс по сравнению с формализмом римского права; и, пропитанные индивидуализмом, авторы Кодекса Наполеона были так проникнуты важностью этого принципа, что совершили серьезную ошибку, применив его даже и по отношению к передаче соб-

¹⁾ Это именно то, что получило у немецких юристов название теории воли или Willentheorie. Эта теория была особенно развита Виндшейдом, который, правда, внес в нее некоторые ограничения, но у которого о ней полезно справиться. Вот, впрочем, определение юридического акта, данное знаменитым пандектистом: юридический акт есть выражение частной воли, направленной на создание юридического последствие (Pandekten, 7-е édit, I, p. 166; здесь можно найти всю библиографию по данному вопросу). Ср. *Emmeccerus*, *Rechtsgeschäft*, 1839; *Dereux*, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, 1905; *Duguit*, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 560 et suiv.

ственности, в установленные вещных прав и не установив публичности актов, переобъявив вещные права, как условия их действительности.

Напротив, все современное право востает против этого принципа в таком понимании. Для передачи собственности и установления вещных прав повсюду организована научная система, которая делает из них настоящие социальные акты, как я это объясню в одной из последующих лекций. Но это не все. Современное право теперь все больше и больше стремится установить, в виде общего правила, что то, что производит правовой эффект, не является и не может быть внутренним актом воли, хотением, как говорят психологи, нет, правовой эффект производит внешнее выражение воли, изъявление воли, *Willenserklärung*, по выражению немцев.

Это еще одно прямое последствие социализации права. До тех пор, пока в субъективном праве видели лишь защиту для субъекта воли, каким является каждый человеческий индивид, юридический акт был по существу актом внутренней воли субъекта права; и этот-то акт внутренней воли право защищало. Но с того момента, как начинают допускать, что правовое состояние имеет силу и заслуживает защиты лишь тогда, когда оно отвечает социальной цели, что всякое правовое состояние имеет силу, лишь поскольку оно имеет социальную основу, оно может возникнуть лишь из акта, который сам по себе имеет социальный характер; оно может быть следствием только акта внешней воли, так как, поскольку воля не выражается внешним образом, она относится к явлениям чисто индивидуалистического порядка; она становится социальным актом лишь посредством своего внешнего проявления.

Вот почему современное право все больше и больше стремится защищать только волю, изъявленную внешним образом. Заметьте, что я не говорю, как это иногда делают, будто современное право возвращается к формализму примитивного римского права. Ничего подобного. Современное право не требует, чтобы воля была выражена в определенной форме—устной или письменной. Оно требует только, чтобы воля была выражена в какой угодно форме. Оно не может защищать акт внутренней воли, как таковой.

С другой стороны было бы неточно, по крайней мере, в настоящее время, сказать, что современное право стремится не требовать ничего больше, кроме изъявления воли, не требовать, чтобы за ним скрывалась реальная воля. Акт воли нужен; юридический акт палицо лишь тогда, когда на самом деле имеется воля; но нужно признать, что иногда эта воля скорее подразумевается, чем бывает ясно выражена; и правовой

эффект представляется скорее связанным с внешним актом, чем с внутренним хотением.

Вот некоторые из главных практических последствий, получившихся в результате этой новой концепции, которая прямо вытекает из современной социализации права. Предположим, что на практике настоящая воля не совпадает с волей выраженной, что есть разница в ту или иную сторону, спрашивается, может ли сторона, в отношении которой не достигнуто совпадения, добиться того, чтобы получился тот правовой эффект, которого она действительно желала, а не тот, который она заявила желательным.

В традиционной классической системе такое доказательство возможно. В том же смысле решает вопрос и ст. 1156 Кодекса Наполеона: „В соглашениях следует прежде всего рассматривать, каково было общее намерение договаривающихся сторон, а не останавливаться на буквальном смысле выражений“. В новой системе из‘явления воли сторона не допускается к представлению подобного доказательства; она, правда, может доказать (некоторые судебные постановления, повидимому, отказывают ей и в такой возможности), что не было акта воли; но она не может добиться признания тех правовых эффектов, которые она не заявила желательными даже тогда, когда она в действительности их желала.

Французская судебная практика, как гражданская, так и административная значительно использовала применение этой идеи. Германское гражданское уложение, вступившее в силу с 1900 года во всей германской империи, как будто идет даже дальше. Оно, повидимому, стоит на той точке зрения, что стороне не предоставляется возможности доказывать, что в действительности она не желала некоторых вещей, понятых из ее волеиз‘явления, и что, по общему правилу, все волеиз‘явление полностью должно быть действительно. Такой вывод, казалось бы, вытекает из ст. 116: „Из‘явление воли не может быть признано ничтожным лишь по одному тому, что волеиз‘явитель тайно оговаривает, что не желает того, что он заявляет. Оно может быть недействительно лишь тогда, когда должно быть сделано другому лицу, которое знает об этой оговорке“. Тем не менее есть много трудностей в толковании, в подробности которых я не могу здесь входить, и я прошу у вас разрешения отослать вас к прекрасной книге моего друга и коллеги Saleilles, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand 1902.*

Есть впрочем основания думать, что решение германского гражданского Уложения представляет на практике много крупных преимуществ¹⁾.

¹⁾ Мейналь в статье, напечатанной в *Revue trimestrielle de droit*

Во всяком случае, я поддерживаю следующую точку зрения: при социализации современного права защищается уже не внутренний акт воли, а изъяснение таковой, так как только оно является социальным актом. Я

civil (1902 p. 545 et suiv.) по поводу книги Салеяля (De la déclaration de volonté) резюмирует очень точно и очень ясно то, что, казалось бы, является точкой зрения германского гражданского Уложения: „Согласно этому Уложению, говорит он (стр. 550), основой юридического акта, тем, что вызывает его появление и устанавливает предел его действия, является изъяснение воли участника сделки, а не та воля, которую такое изъяснение должно передать. С этой волей считаются лишь постольку, поскольку она выражается внешним образом, в виде изъяснения; на основании этого изъяснения логично всякий раз делать заключение о существовании воли, сохраняя однако за ним те же последствия, независимо от того, существует ли воля, выражением которой оно должно являться, в действительности, или не существует“.

Вот некоторые практические последствия, которые, казалось бы, вытекают из этой концепции. „Во-первых“, говорит Мейниаль (Ibid. p. 555), замена внутренней воли изъяснением, как основой юридического акта, влияет на толкование, которое следует давать такому акту; судья должен будет стараться устанавливать не то, чего желал изъяснитель в глубине души, а лишь то, что его изъяснение уполномочивает считать желательным с его стороны. Во-вторых, с понятием изъяснения воли исчезает классическая теория ошибки в договорах и ее последствий; несомненно все же, что ошибка может иметь некоторые последствия, но они будут оцениваться совершенно по-иному“. Дерё прав, говоря: „В том, что заявлено, не к чему уже различать, что является основанием, существенным свойством, мотивом; все эти различия, основанные на тонком анализе воли, перестают существовать; когда же ошибка касается заявленного факта и притом является настолько значительной, что она могла повлиять на состоявшееся соглашение,—акт может быть аннулирован“ (De l'interprétation des actes juridiques privés p. 239). А Салеяль говорит: „Критерий, позволяющий судить о том, будет ли принята во внимание ошибка, зависит не от внутренней воли, предшествующей акту волеизъявления, а от внешне воспринимаемого факта—изъяснения. Таким образом признак существенности ошибки изъясняется из того же мира инстинктивных дум того, кто ошибся, и выносится на яркий свет внешнего и осязаемого мира“ (De la déclaration de volonté, стр. 19. Ср. Leonhard, Der allgemeine Teil des B. G. B., стр. 469 и сл.

Я стал необходимым привести эти выдержки. Они указывают на то, что хотя юридическая теория изъяснения воли не вполне закончена, ее элементы тем не менее ясно выражены. Они указывают также, насколько вытекающие из них выводы отличаются от классической концепции автономии воли; и Мейниаль совершенно прав, говоря: „Во всех попытках, на которые я указывал, господствует стремление, имеющее целью и конечным результатом сокращение в большей или меньшей степени независимости, автономии личности. Прежде личность считалась всем в договоре; ее одной было совершенно для этого достаточно. Теперь,

говорил уже, это и было третьим из положений, в которых я резюмировал цивилистическое учение об автономии воли, что акт воли защищается, при том, однако, условии, что он имеет своим предметом нечто дозволенное. Это было необходимым и достаточным условием для юридической защиты акта воли.

Эта точка зрения установлена многочисленными текстами Кодекса Наполеона и Аргентинского Кодекса; прежде всего ст. 6 Кодекса Наполе-

наоборот, прилагаются усилия показать, что она мало значит. (Ibid., p. 556). Ср. *Fortier, Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, 1909, thèse Dijon.*

Как я говорил в тексте, некоторые решения французской судебной практики кажутся непосредственно связанными с теорией изъяснения воли. Дере (Ibid. p. 241), который подробно и замечательно внимательно изучил все эти точки зрения, говорит, что можно привести многочисленные решения французской судебной практики, которые, как бы предвосхищая, комментировали новое германское Уложение, что, например, согласно решению суда в По, ошибка в случайных качествах может быть принята во внимание лишь в том случае, когда стороны формально ставили договор в зависимость от существования этих качеств. На многих страницах, посвященных толкованию актов, именуемых договорами присоединения (*contrats d'adhésion*), он приводит многочисленные решения из области страхового полиса, где страхователь признается связанным тем, что он принял полностью все статьи полиса, и не допускается с его стороны доказательство того, что он не желал принять некоторые из этих статей полиса. Не есть ли это признание того, что изъяснение воли связывает индивида даже и в том случае, когда оно не соответствует в точности его внутренней воле? Правда, другие решения исходят из иного толкования страховых полисов. — Практика Государственного Совета дает нам интересное применение теории изъяснения воли. Государственный Совет признает приемлемой и обоснованной просьбу об аннулировании административного акта в том случае, когда истец устанавливает, что должностное лицо, совершив акт, хотя и вполне согласный с его компетенцией, было побуждаемо иной целью, чем та, которую имел в виду законодатель, предоставляя ему такую компетенцию. В таком случае имеет место то, что называется извращением полномочий. Но Государственный Совет — судья такого извращения полномочий, полагает, что он не может выводить внутреннее побуждение должностного лица, совершившего акт, и что доказательство наличия извращения полномочий должно явствовать из документов, исходящих от самой администрации. Это значит стоять на той точке зрения, что объект и цель воли, производящей правовой эффект, определяются исключительно содержанием волеизъявления и что судья может считаться лишь с изъясненной волей должностного лица. Ср. *Haurion и De Bezie, De la déclaration de volonté en droit administratif Revue trimestrielle de droit civil, 1903, стр. 543; Jéze, Principes généraux du droit administratif, стр. 61, прим. 3; Douglis, Traité de droit constitutionnel*, стр. 221 и сл.

она и ст. 9 Аргентинского Кодекса — главные статьи, касающиеся автономии воли. Прибавив ст. 987 Аргентинского Кодекса: „объектом юридического акта могут быть вещи, которые находятся в обороте или относительно которых нет запрещения по какому-либо особому основанию, чтобы они были объектами юридического акта, или действия, которые не являются ни невозможными, ни незаконными, ни противными добрым нравам“.

Отрицательная форма, придавая этому тексту, указывает, что единственным необходимым условием для того, чтобы акт воли произвел правовой эффект, является требование, чтобы он имел своим предметом нечто дозволенное. То же самое решение вопроса встречается и в Кодексе Наполеона. Несомненно, ст. 1108 требует, помимо объекта, „дозволенное основание обязательства“, а ст. ст. 1131—1133 помещены под такой рубрикой: *Об основании*. Ст. 1131 гласит „обязательство, лишенное основания, или имеющее ложное или недозволенное основание не может иметь никаких последствий“. Но комментаторы ломают себе голову уже в продолжение столетия над выяснением того, что подразумевали редакторы Кодекса под словом основание (*causa, cause*), а цивилисты-классики, как напр., Пландоль, заявляют, что основание сливается с объектом, что, например, в двустороннем договоре, как купля-продажа, вещь и цена являются в одно и то же время и основанием и объектом обязательств продавца и покупателя, что в договоре займа основание это — передача даваемой в заем вещи займодавцем должнику, что является в то же время и объектом обязательства должника, что в актах безвозмездных никоим образом нельзя говорить об основании, что, наконец, в юридическом акте следует обращать внимание только на объект¹⁾.

1) Пландоль пишет: „теория основания (*causa*) в таком виде, как она построена французской доктриной, имеет двойной недостаток: 1) она неверна по крайней мере в двух случаях из трех, 2) она бесполезна“ (*Droit civil*, II, n° 1037). Это неоспоримо. Пландоль доказывает это вполне ясно на нескольких страницах. До него Лоран заявил, „что теория гражданского кодекса об основании не юридическая.. и что закон неправильно отличает основание от объекта и делает его четвертым существенным условием действительности договоров“ (*Droit civil*, XVI, n°111). Те же идеи подробно и замечательно хорошо развиваются в нескольких диссертациях на степень доктора. Ср. именно *Artur*, Paris 1878; *Brisseaud*, Bordeaux, 1879; *Timbal*, Toulouse, 1882; *Séfériades*, Paris, 1897.

В отправном пункте теории основания, которую хотели построить, исходя из нескольких текстов Кодекса Наполеона, есть одно противоречие, которое находится в самом Кодексе и которое все испортило. Ст. 1108 указывает на 4 условия „существенных для действительности договора“, а среди них „дозволенное основание обязательства“. Таким образом

Но вот появляется большая судебная практика, в которой, к великому удивлению наших публицистов-классиков, выдвигается на первый план другой элемент, элемент цели и социальное значение этого элемента. Для того, чтобы акт воли мог произвести правовой эффект, нужно, конечно, чтобы его предметом было нечто дозволенное. Но этого недостаточно: нужно еще, чтобы он предопределялся некоторой целью, чтобы эта цель была целью общественной солидарности, целью, имеющей социальное значение, согласно с объективным правом данной страны. И это опять-таки очевидное последствие социализации права.

Вот новый элемент, проникающий в традиционное право и вносящий в него глубокие преобразования. Вам всем известно, что знаменитый Неринг был первым, показавшим в первом удивительном томе своего известного труда *Der Zweck im Recht* (Цель в праве) выдающееся значение социальной цели в праве вообще и в современном праве в частности, как в публичном, так и в гражданском.

Можно было бы с большими подробностями изложить роль цели в праве и в частности в юридическом акте. Я ограничусь несколькими замечаниями и несколькими примерами.

основание обязательства является существенным условием договора. То, что имеет в виду Кодекс, является не основанием договора, а основанием обязательства; а тем не менее это основание обязательства, хотя обязательство может возникнуть из всякого другого акта, помимо договора, должно явиться элементом создания договора. Это не имеет смысла. И все же на этой именно почве происходит борьба в течение более столетия. Очевидно, нельзя говорить о целевом основании (*causa finalis*) обязательства, а лишь о производящем основании (*causa efficiens*) обязательства или точнее об источнике обязательства. Можно говорить о целевом основании только акта воли; но обязательство — не акт воли, а юридическое состояние, вызванное волевым актом и имеющее некоторый объект, слагающийся из уплаты, которая должна быть произведена. В действительности можно говорить только об объекте обязательства. Но изъявление воли, составляющее юридический акт, неизбежно, как всякий акт воли, *предопределено* известным мотивом; и этот побудительный мотив должен неизбежно влиять на силу и последствия этого изъявления воли. Споры и толки юристов ничего в этом не изменят. Если под основанием подразумевают побудительный мотив акта воли, то основание существует и притом такое, которое имеет юридическое значение. Но неоспоримо, что слово основание (*cause*) весьма неудачно и вызывает множество недоразумений; следует сказать: *цель* или *побудительный мотив*, но отнюдь не обязательства, а изъявления воли, основы юридического акта. Несомненно, на примерах, которые будут даны в следующих примечаниях, можно видеть, что французская судебная практика сознательно или бессознательно таким образом понимает основание. Ср. *Baudry-Lacantinerie et Barde, Des obligations* 3-e édit. 1906, p. 332 et suiv.

Прежде всего, какое существует различие между объектом и целью юридического акта? То же различие, что и между объектом и целью волевого акта, так как несмотря на требование изъявления воли, в юридическом акте всегда содержится акт воли. Объект акта воли, или юридического акта это то, что мы желаем. Я желаю, например, чтобы такой-то сделался должником в отношении какой-нибудь вещи или какого-либо действия, вот объект воли. Цель—это то, ради чего мы желаем; то, ради чего я желаю, чтобы такое-то обязательство возникло, чтобы такое-то юридическое состояние образовалось; то, ради чего я желаю, чтобы такой-то сделался должником в отношении какого-либо действия.

Допускаем ли мы свободу выбора, или нет (это проблема метафизического порядка, которую я остерегаюсь затрогивать), но во всяком акте воли есть побудительный мотив, и он то является целью юридического акта, каким является рассматриваемый акт воли.

Для отличия цели от объекта Иеринг дает удивительно простой и яркий пример. Я желаю выпить стакан вина. Объект—это выпить стакан вина. Чтобы напиться или чтобы утолить жажду,—вот цель. Очевидно, таким образом, что акт воли, имеющий один и тот же объект, имеет весьма различное значение в зависимости от того, вызывается ли он первой или последней из этих двух целей.

Было бы нетрудно показать на многочисленных примерах, как современная судебная практика и в частности судебная практика французская, наперекор классической доктрине, все больше и больше допускает элемент цели при оценке юридических актов. Я приведу лишь несколько характерных примеров.

Возьмем чаще всего встречаемый договор, договор займа денег. Согласно традиционной доктрине, если деньги переданы займодавцем должнику, последний становится должником по обязательству; есть дозволенный объект и, если, согласно с Кодексом Наполеона, говорить об основании, то оно налицо с момента передачи даваемых займы денег. Договор этот совершен реально (ге) и он действителен, какова бы ни была цель, которую имели в виду стороны, совершая заем. Это нам преподавалось некогда без всяких оговорок. Однако многочисленными судебными решениями устанавливается ныне, что, если заем был совершен с целью, противной общественному порядку или добрым нравам, например, чтобы устроить дом терпимости, он не будет иметь юридических последствий¹⁾.

¹⁾ Это было вполне ясно выражено в решении одного из департаментов (Chambre des requêtes) французского кассационного суда от 1-го апреля 1895 г.; вот оно вкратце «является ничтожным обязательство за-

Другой пример: ст. 1965 Кодекса Наполеона, имеющая свое подобие в ст. 2089 Аргентинского Кодекса, гласит: „закон не дает никакого иска по поводу карточного долга или уплаты пари“. Но это постановление применяется, очевидно, согласно своему смыслу, только в отношении к самому карточному долгу, и прежде единодушно признавалось, что договор займа, совершенный с целью раздобыть денег для игры, вполне действителен и влечет за собой все последствия такового. Ныне, напротив, согласно установившейся практике, заем не влечет за собой последствий гражданско-правового порядка, когда он был совершен с целью достать и доставить деньги для игры. Более того, такое намерение считается установленным, когда заем был совершен на месте игры или в примыкающем к нему помещении и в частности у лиц, специально занимающихся тем, что ссужают деньгами игроков¹⁾.

емщика, занявшего известную сумму денег, в случае, когда заем имеет своим основанием (побудительным мотивом), по общему намерению сторон, приобретение дома терпимости (*Sirey*, 1896, I, p. 289). Толкователь решения Апелл совершенно поражен этим решением. Он решает даже заявить, что верховный суд ошибся. (Прим. *ibid* p. 289, col. 1). Он не замечает, что, напротив, кассационный суд очень правильно приписывает цели, побудительному мотиву, то значение, которое она должна иметь во всяком юридическом акте при современной концепции права. Впрочем, с 1895 г., верховный суд несколько раз подтверждал свою практику в том же смысле. Именно 17-го июля 1905 г. он решает, что стороны, принявшие каждая участие в беззастенчивом и недозволённом договоре, в данном случае в переуступке дома терпимости, во исполнение которого они подписали и пустили в оборот векселя, „не допускаются к предъявлению иска в судебном порядке ни относительно уплаты условленной цены, ни относительно возвращения уплаченного“ (*Sirey*, 1909, I, стр. 138). В том же смысле состоялось решение имперского суда (Германия) от 21-го января 1903 г.: „признается недействительным, как имеющий недозволённую цель, договор, содержащий в себе заем денег и продажу обстановки с целью открытия и эксплуатации дома терпимости (*Sirey*, 1905, IV, p. 15).

¹⁾ Кассационный суд вполне ясно решает именно так в постановлении от 4 июля 1892 г., которое я привожу здесь вкратце: „в иске должно быть отказано тому, кто, давая займы игроку, во время карточной игры, предназначенные для нее и употребленные на игру деньги, способствует таким образом сознательно и умышленно недозволённому акту, отвергаемому законом“. (*Sirey*, 1892, I, p. 513, с комментарием советника Лепелетье).

Юристы-классики, разумеется, не признают этого решения. Бодри-Лакантинери, напр., говорят так: „договор займа, заключенный с игроком для того, чтобы предоставить ему возможность играть, является ли действительным? Утверждают, что подобный заем ничтожен, как имеющий недозволённое основание, но подобная точка зрения опровергается

Грегий пример: в Кодексе Наполеона содержится ст. 900, возбуждавшая много споров (соответствующей статьи я не нашел в Аргентинском Кодексе): „Во всех сделках между живыми или в завещательных распоряжениях невозможные условия, условия, противные законам или добрым нравам, будут считаться невключенными“. Этот текст не делает даже различия между условием и возложенным (*modus*), различия, которое в ст. 592 нашего кодекса проводится весьма точно. Я, впрочем, не стану останавливаться на этом крайне интересном, но очень тонком вопросе.

Долгое время французская судебная практика, в случае, если завещательное распоряжение сопровождалось оговоркой, имевшей своим предметом нечто недозволенное или безнравственное, без всяких колебаний, ссылаясь на текст 900 ст., утверждала завещанное (отказы), вычеркивая недозволенную или безнравственную оговорку. Например, довольно часто встречаемое завещательное предоставление отказополучателю (легатарию) суммы денег под условием, чтобы он не вступал в брак или же не вступал в брак вторично, рассматривалось как простое и чистое от всяких оговорок. В настоящее время устанавливается новая очень твердая практика, согласно которой судьи должны рассматривать в каждом отдельном случае, какова была цель, преследуемая завещателем, каков был побудительный мотив. Если, например, он хотел завещать имущество кому-нибудь для того, чтобы тот не вступал в брак или не вступал в брак вторично, то он, значит, преследовал цель недозволенную, быть может, даже безнравственную, во всяком случае антисоциальную, и его акт признается в судах действительным¹⁾.

высказанными нами соображениями о различии между основанием и мотивом“. (*Droit civil*, 10-е édit., 1909, II, p. 735). Несмотря на эти возражения, кассационный суд не отступил от своей практики. Ср. решение от 31 июля 1907 г., подтверждающее решение апелляционного суда в Бордо, *Sirey*, 1911, I, p. 622.

¹⁾ В настоящее время практика кассационного и апелляционных судов постоянна и может считаться окончательно установленной. Она признает ничтожным всякий отказ (завещательное предоставление) и всякий дар, стоящие в зависимости от невозможного, безнравственного или недозволенного условия, когда это условие должно рассматриваться как побудительное и определяющее основание безмездного предоставления. Было бы лучше сказать *побудительный мотив*; по смыслу не оставляет сомнений (сравнить, напр. решение кассационного суда, 26-го мая 1894 г. *Sirey*, 1896 г., I, p. 129; 8 мая 1901 г. *Sirey*, 1902, I, p. 8; 17 июня 1905, *Sirey*, 1905, I, p. 174; 9 мая 1905, *Sirey*, 1907, p. 335).

Типичный представитель класса, Бодри-Лакатинери, разумеется, критикует и это решение. „Мы видели, говорит он, что дар не может иметь иного основания, кроме мысли оказать благодеяние одаряемому, кроме

Наконец, я сожалею, что не имею времени изложить вам подробности применения понятия цели Французским Государственным Советом в его заслуживающей внимания практике по вопросу об извращении полномочий. Высокое собрание анализирует, по просьбе всякого заинтересованного лица, административный акт какого бы то ни было носителя административной власти, начиная с президента Республики и кончая самым скромным административным служащим, когда этот акт, хотя и имея об'ектом что-либо входящее в компетенцию лица, его совершающего, преследует иную цель, чем та, которую имел в виду закон, предоставляя ему эту компетенцию¹⁾.

Таким образом наш Государственный Совет дошел до того, что совершенно устраивает акт, называвшийся ранее актом дискреционным, акт, существование которого рассматривалось специалистами по административному праву, как своего рода догмат.

III.

Я формулировал четвертое и последнее положение, вытекающее из принципа автономии воли: „Всякое юридическое состояние сводится к взаимоотношению между двумя лицами, между двумя субъектами права, из которых один субъект пассивный, а другой субъект активный“.

Если существует догмат в традиционной доктрине гражданского права, то это, конечно, именно только что приведенное положение. Уже римские юристы говорили о *vinculum juris*, и новейшие авторы, находящиеся еще под влиянием индивидуалистической доктрины, Мишу, например²⁾, пишут: „Если точно установлено, что основные понятия, с которыми оперирует наука права, такие, например, как понятия субъективного права, активного и пассивного субъекта права, об'екта права, не имеют сами по себе об'ективной реальности, то все же нужно признать, что они для нас практически необходимы“.

Я показал, что, действительно, по учению об автономии воли, созданному индивидуалистической системой, юридическое состояние не может быть понято иначе, как взаимоотношение между двумя субъектами. Ст. 978 вашего кодекса, как мы уже видели, гласит именно так. Несомненно, не-

мысли сделать безмездное предоставление в точном смысле этого слова; из чего следует, что дарение никогда не может иметь недозволенного основания. Мы не можем согласиться, по крайней мере, дословно с практикой кассационного суда“ (Droit civil, 1910, 10-е édit., III, p. 555).

¹⁾ Ср. *Duguit, Traité de droit constitutionnel*, I, p. 224, вместе с решениями и библиографией, там приведенными.

²⁾ *La théorie de la personnalité morale*. I-я часть 1906, стр. 10.

которые цивилисты утверждали, что юридическое состояние собственника и, говоря вообще, если воспользоваться обычной терминологией, юридическое состояние посетителя вещного права, составляет исключение, что вещное право не предполагает взаимоотношения между двумя субъектами права, что оно осуществляется непосредственно над предметом, без наличия пассивного субъекта. Но Пландоль, труд которого, впрочем, весьма замечательный, представляет собою безвадешную попытку спасти от развала индивидуалистическую систему гражданского права, без труда доказал, что здесь имеется явное противоречие с основным началом системы и что юридическое состояние собственника, носителя вещного права, должно рассматриваться как отношение между активным субъектом—носителем права и пассивным субъектом, каковым здесь является всякое лицо, противодействующее осуществлению права ¹⁾.

Я готов признать, что часто и даже чаще всего, в действительности, юридическое состояние нам представляется в виде отношения между двумя лицами, из которых одно должно совершить отрицательное или положительное действие, а другое вправе потребовать совершения этого действия. Но в наших государствах с социалистической тенденцией это не является необходимым. Существуют иногда юридические состояния, которые требуют защиты, которые должны быть гарантированы законом, хотя бы в них не было взаимоотношения между двумя субъектами, хотя бы не было видно и не могло бы в данном случае быть ничего иного, кроме обязанности, налагаемой на одну волю, и не было бы и не могло бы быть соответствующего ей права. Тогда здесь налицо состояние, которое должно быть юридически защищено, потому что, согласно нашему предположению, здесь имелся акт воли, вызванный социальной целью, акт воли, в котором непосредственно заинтересована социальная солидарность. Я об этом уже писал в 1900 г. в моей книге *„Государство, объективное право и положительный закон“*: „Вкратце, юридическое состояние не есть взаимоотношение между двумя субъектами... Не к чему разыскивать начало и конец несуществующего отношения, а просто нужно установить, был ли налицо акт воли, вызванный целью, согласной с объективным правом“ (стр. 183).

Не думайте, что то, что я здесь говорю, является не более, как простым измышлением. Это действительность, которая обнаруживается перед нами во многих фактах и в частности в германском законодательстве и французской судебной практике, касающихся частных учреждений,

¹⁾ *Planiol, Droit civil, I, n-os 762 et 763, — Cp., однако, Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 1898, p. 39 et suiv.*

созданных согласно завещательному распоряжению, частных утверждений которые становятся все более и более распространенным явлением.

Я беру самый простой пример: я завещаю миллион пиастров на создание больницы, или, подобно напумевшему несколько лет тому назад во Франции делу о завещании братьев Гонкур, я завещаю некоторую сумму для создания академии литературы. Вне всякого сомнения, что, согласно гражданскому цивилистическому праву, подобное завещательное распоряжение недействительно. Классические авторы, как, напр., Бодри-Лакантинери, не обсуждают даже этого вопроса. Подобное распоряжение недействительно в силу, во-первых, ст. 906, § 2 Кодекса Наполеона, согласно которой, для того, чтобы завещательное распоряжение было действительно, необходимо, чтобы выгодополучатель (бенефициант) существовал в момент смерти завещателя, хотя бы в зачатом виде. Однако больница не существует, как лицо, в момент смерти; она будет существовать лишь по учреждении ее правительством; и это, разумеется, будет по необходимости иметь место лишь позднее смерти. С другой стороны, распоряжение ничтожно потому, что возникновение правового отношения невозможно. Всякое действительно завещательное предоставление создает правовое отношение между наследником, который должен уплатить сумму завещанного, и отказополучателем, являющимся кредитором этой суммы. Здесь, мы, правда, видим пассивного субъекта—наследника; но не видно активного субъекта: в момент смерти нет отказополучателя.

Таким образом, подобное воззрение, которое многие цивилисты все еще осмеливаются защищать, недопустимо. Завещатель, в приведенных случаях и во всех им подобных, преследует прежде всего цель, согласную с общественной солидарностью; поэтому его акт воли должен пользоваться социальной защитой и гарантией. Следует, чего бы это ни стоило, вопреки запретительным устаревшим текстам, вопреки узким и отсталым доктринам, признать и санкционировать действительность подобного распоряжения. Тонкие толкования юристов—сторонников традиционного взгляда, останутся бессильными, и новое право установится наперекор им. Но мне с возмущением скажут: „Вы создаете таким образом права без субъекта: это чудовищно“. Я отвечу: „Я ничего не создаю; объективное право образовывается свободно и гарантирует акт воли, определяемый социальной целью; я совершенно не создаю права без субъекта, так как все это совершается без всякого участия понятия субъективного права, без единого упоминания этого слова и так как в действительности, как было указано выше, нет ни субъективного права, ни субъекта права“.

Уже германское гражданское уложение в ст. 80 постановляет: Для

созданная учреждения, обладающего правоспособностью, необходимо, помимо акта о создании учреждения, еще и утверждение (санкция) входящего в союз государства, в пределах коего будет находиться учреждение. Если же последнее не находится в пределах входящего в союз государства, то требуется утверждение союзного совета (Bundesrat). Оно признает, таким образом, или скорее предполагает действительность учреждений, создаваемых по завещательному распоряжению. Правда, учреждение может быть организовано лишь с утверждения правительства. Но самое важное то, что такое завещательное предоставление признается действительным; и его действительность признается так же, как если бы оно было сделано в пользу учреждения, существующего в момент смерти завещателя и обладающего уже в этот момент правами юридического лица.

Во Франции создалась очень интересная практика по этому вопросу, практика административная и практика судебная, которая доходит до того, что, несмотря на существующие законы, несмотря на оппозицию ципилистов-классиков, признает действительными частные учреждения и позволяет их реализовать и притом без всяких оговорок. У меня нет времени анализировать это подробно. Я напомню только в коротких словах дело о завещании бр. Гонкур, действительность которого была признана судом департамента Сены и Парижской судебной палатой. Они посвятили свое состояние созданию Литературной академии. Было выставлено возражение, что такое распоряжение недействительно, потому что оно сделано в пользу лица, не существовавшего в момент смерти завещателя. Наши суды не приняли во внимание эти устарелые возражения. Они признали завещание действительным и академия в настоящее время существует и функционирует, она дала известность таким выдающимся писателям, как Клод Фаррер, автор „Цивилизованных“ и „Витвы“.

Кассационный суд в менее прославленном деле дает такое же решение вопроса. Он пошел даже дальше, так как из его решения вытекает обязанность наследника обеспечить функционирование учреждения даже в том случае, если бы правительство не вмешалось с целью предоставления ему прав гражданской личности. Можно считать, что это решение окончательно устанавливает существующую практику¹⁾.

¹⁾ Завещание Эдмонда Гонкура, заявившего, что он в то же время выражает волю своего брата Юлия, назначило полными наследниками Альфонса Додэ и Леона Гейника, возложив на них обязанность продать все оставшееся имущество, употребить вырученные деньги на создание литературного общества из 10 членов с 6000 фр. годовой ренты для каждого из них и с обязательством присуждать ежегодно премию от 5000 до 10000 фр. за литературное произведение. Законные наследники утвер-

И показал, таким образом, как совершается глубокое преобразование в области четырех намеченных мною пунктов, все в том же смысле, в смысле социалистическом, всегда связанное с тем же фактом — социаль-

ждали, что это распоряжение должно быть аннулировано, по той причине, что оно сделано в пользу несуществующего лица чрез посредство подставных лиц. Апелляционный суд в Париже, подтверждая решение трибунала департамента Сены от 5 августа 1897 г., решает, в постановлении от 1 марта 1900 г., „что следует признать действительным как по существу, так и по форме завещательное распоряжение Эдмонда Гонкура“. Трибунал и апелляционный суд находят, что в данном случае нет подставных лиц, „принимая во внимание, что назначение подставных лиц может служить основанием ничтожности лишь в том случае, когда лицо, призванное получить из рук завещателя дар чрез посредство подставного лица, или неспособно или неизвестно; что в данном случае Альфонс Додэ и Леон Генник являются единственными назначенными наследниками“. Такого рода аргументация не имела никакого значения, так как лицо, подлежащее получить дар, в данном случае не только неспособно, но даже и не существует; ведь этим лицом являлась академия, которая, конечно, не существовала в момент смерти завещателя. Правда, трибунал и апелляционный суд прибавляли, что, „без сомнения, желание завещателя сводилось к тому, чтобы его состояние перешло к этому обществу... и это общество, не существуя еще в момент его смерти, неспособно в этом смысле, что оно не может получить непосредственно от завещателя, но если оно будет законно учреждено, то получит имущество не от завещателя, а от самих наследников“ (*Sirey*, 1905, II, p. 78). В действительности трибунал и апелляционный суд бессознательно применяли теорию цели. Их соображения прямо противоречили традиционным принципам Кодекса Наполеона. Два года спустя кассационному суду пришлось пойти еще дальше. В 1900 г. апелляционный суд в Париже признал, что учреждение может быть создано и функционировать лишь при вмешательстве правительства, предоставляющего ему права личности, вследствие признания его общественной полезности; он, впрочем, при этом прибавлял, что такое правило не должно касаться действительности завещательного дара. В 1902 г. Верховный Суд приходит к тому решению, что благотворительное установление, созданное завещателем, может функционировать, как частное учреждение, без необходимости признания его общественной полезности. Гроль, рантье из Финестре (Восточные Пиринеи), составил завещание, в котором он возлагал на своих полных наследников обязанность создать в Финестре богадельню для немощных стариков; он сам определял организацию созданной таким образом богадельни. Законные наследники протестуют против такого распоряжения, как сделанного в пользу неизвестного лица, чрез посредство подставных лиц. Сначала суд в Монпелье, затем кассационный суд признали крамольность и действительность этого учреждения. Высказанные в пользу такого решения аргументы неудачны, так как Верховный Суд не решает отбросить все старые концессии и стать лицом к лицу с действительностью. Тем не

ной функцией, с тем же понятием — социальной цели; но мы, однако, еще не кончили наблюдения того, что я называл бы распадением юридической системы, основанной на автономии воли. Есть другая концепция, которая, не будучи необходимым следствием принципа автономии воли, все же тесно с ним связана: я имею в виду концепцию, понятие договора и то правило наших кодексов, согласно которому, в принципе, правовое состояние может возникнуть только из договора, за исключением того случая, когда имеется на этот счет прямое постановление закона.

Здесь также совершается глубокое преобразование, которое нам нужно разобрать. Это будет предметом следующей лекции.

менее, я отмечу следующее из этого решения: „принимая во внимание, что нельзя рассматривать вышеприведенные возложения и статьи, как устанавливающие мертвую руку, запрещенную законом, что они просто стремятся организовать само по себе дозволенное благотворительное учреждение, могущее стать учреждением общественно-полезным, но которое до признания его таковым будет существовать как частное установление, согласно правилам общего права“. (Sirey, 1905, I, p. 137, с замечательным заключением генерального прокурора Бодуэна и примечанием Леви-Ульмана). Это решение имеет бесспорно большое значение, так как оно не только признает действительность частных учреждений, созданных завещательным распоряжением, но и постановляет, что до тех пор, пока оно не будет признано общественно полезным, „благотворительное учреждение, само по себе дозволенное, будет существовать, как частное учреждение“. Спрашивается, где же лицо — носитель имущественных прав, предоставленных этому благотворительному учреждению. Ясно, что судебная практика фатально приходит к санкционированию и защите предназначения имущества для дозволенной цели, при чем, несмотря на все усилия, никак нельзя найти субъекта права. — Об учреждениях, см., напр., *Geouffre de Lapradelle, Théorie et pratique des fondations perpétuelles* 1895; *Levi-Ullman u Grunbaum-Ballin, Essai sur les fondations par testament, Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 253 et suiv. *Coquet, Les fondations privées*, 1908; *Salcilles*, Доклад, представленный в комиссию, учрежденную Обществом законодательных исследований для изучения вопроса об учреждениях, *Bulletin de la Société*, 1906, p. 467; *Larnaude*, Доклад об учреждениях, представленный общему собранию Общества законодательных исследований, *Bulletin de la Société*, 1909, p. 26, и продолжительные прения в различных заседаниях этого Общества, *ibid.*, pp. 64, 93, 124, 237, 285, 311, и различные сообщения, сделанные Обществу, pp. 75, 82, 161, 172, 179, 184, 188, 267.

Пятая лекция.

Договор и ответственность.

Согласно системе классического гражданского права только из договора, по общему правилу, может возникнуть правовое состояние.—Это—логическое следствие индивидуалистической концепции, положенной в основу системы гражданского права.—Понятие договора в римском и в гражданском праве. Юридические акты, не являющиеся договором.—Акты, называемые договорами присоединения (contrats d'adhésion)—Акты лица, пользующегося учреждениями общественного пользования, согласно закону об этих учреждениях.—Акты, называемые коллективными договорами.—Концессии учреждений общественного пользования.—Акт, называемый коллективным договором труда.—Законы—соглашения (Les conventions-lois).—Ст. 1182 Кодекса Наполеона и дивулистическое начало ответственности.—Суб'ективная ответственность за вину и об'ективная ответственность за риск.—Об'ективная ответственность касается только групп.—Ответственность за несчастные случаи с рабочими.—Ответственность учреждений общественного пользования.

Господа!

Я говорил, заканчивая мою последнюю лекцию, что имеется юридический институт, который, не будучи необходимым следствием принципа автономии воли, все же тесным образом с ним связан. Я имею в виду договор и то правило наших кодексов, что, в принципе, правовое состояние может возникнуть только из договора, за исключением того случая, когда имеется прямое постановление закона о его возникновении. Вам известно какое место занимает институт договора во всех кодексах гражданского права, а также и то, какое значительное место этот институт все еще занимает, я охотно это признаю, во взаимоотношениях индивидов, групп и народов.

Тем не менее, в этой области также обнаруживается глубокое преобразование того же порядка, как и то, которое мы до сих пор рассматривали, исходящее из того же принципа и эволюционирующее в том же смысле. Правило о том, что лишь договор может, в принципе, создавать правовое состояние, уже не представляется вполне точным. На ряду с договором появляются новые категории юридических актов, которые цивилисты напрасно желают всеми правдами и неправдами вставить в старые рамки договора, но которые в действительности являются актами совершенно отличными, быть может, актами односторонними. Это-то я хочу показать в первой части настоящей лекции, после чего я попытаюсь

рельефно отметить, связанное с предыдущим, преобразование, происходящее в области ответственности.

В цивилистической системе представлялось вполне логичным, что только договор может создавать правовое состояние. В самом деле, если юридическая сфера каждого индивида имеет основой в предельном его воле и если всякое правовое состояние является взаимоотношением, существующим между двумя индивидами, из которых один есть субъект активный, а другой субъект пассивный, то, очевидно, необходимо соглашение двух волей для того, чтобы расширить юридическую сферу одного и сократить юридическую сферу другого. Одним словом, так как всякое юридическое состояние есть взаимоотношение двух лиц, то оно может возникнуть лишь из отношения между двумя волями. Так как оно является связью между двумя лицами, то оно по необходимости соответствует связи, созданной между двумя волями.

Этот принцип очень точно выражен в Кодексе Наполеона и во всех происходящих от него кодексах. Принцип этот перешел к нам из римского права и постоянно поддерживался всеми юристами, как непоколебимый догмат. Делалось исключение только для актов на случай смерти, но и здесь требовалось принятие наследства со стороны наследника для того, чтобы обязательство имело силу по отношению к нему; что же касается до актов между живыми, то исключение делалось лишь в некоторых очень редких случаях, в которых нельзя было отрицать возникновения обязательства. Но, находясь под сильным влиянием догмата о договоре, эти случаи объясняли, говоря, что дело происходит так, как будто имеется договор, что обязательство возникает *quasi ex contractu*.

Весьма выдающийся юрист, которого я уже несколько раз цитировал, Планиоль, убежденный защитник индивидуалистической доктрины, утверждает, что существуют только два источника обязательства, договор и закон ¹⁾. Несомненно, согласно традиционной доктрине, это логично: вне договора, то-есть соглашения двух волей, изменяющего их соответственные юриди-

¹⁾ Напомнив, что согласно традиционному мнению и текстам Кодекса Наполеона существуют пять различных источников обязательств договор, *quasi*-договор, деликт, *quasi*-деликт и закон, Планиоль добавляет: «эта классификация не должна оставлять иллюзий; не будучи вполне неверной, она по меньшей мере поверхностна, ее номенклатура неправильна, и она не отвечает непосредственно действительности. Правильно говоря, всякие обязательства происходят только из двух источников: договора и закона... При отсутствии договора, возникновение обязательства не может иметь иного основания, чем закон». (*Droit civil*, II, nos 806 et 807).

тесные сферы, имеется один только всемогущий закон, способный создать новое правовое состояние.

Это не все. Договор получал от римского права очень крепкую и строгую структуру, сохраненную им и в наших современных кодексах. Конечно, число договоров в настоящее время не ограничено, как в римском праве; соглашения свободны и, согласно выражению Кодекса Наполеона (ст. 1134, § 1) и Аргентинско-го Кодекса (ст. 1231), они являются законом между сторонами, при том однако условии, чтобы они имели своим предметом нечто дозволенное. Несомненно, формула эта неправильна, и если бы у меня было время, я бы показал почему; но она все же отмечает творческую силу договора. Чтобы обладать этой силой и быть договором, акт должен соединять в себе условия, определенные римской юриспруденцией, войти в грани, столь четко намеченные Гаем и Панинпаном, петровутыми переходившие от одних к другим вплоть до сочиненной Дюмулена и Потье, а также и вплоть до великих законодательных работ XIX столетия.

Эти грани нам все еще дает формула римской estipulatio: Spondeo-ne? Обещаешь ли?—Spondeo, обещаю. Разумеется теперь уже не требуются сакраментальные слова. Никакие особые материальные формы не предписываются. Но все еще требуются две индивидуальные воли, вступающие в контакт, две воли, из которых одна предполагает обещать сделать что-либо, а другая предполагает стать пользователем обещанного действия, и договор возникает лишь в том случае, когда эти воли, после переговоров, после вступления в контакт, достигли соглашения относительно объекта данного акта. Вот в существенных чертах то, из чего состоит договор. Это есть соглашение о некотором объекте после контакта двух индивидуальных волей. Как говорят иногда: для того, чтобы был договор, необходимо чтобы акт воли одной стороны определялся актом воли другой стороны¹⁾.

II.

Пока нет налицо всех указанных различных условий, можно утверждать, что нет договора в смысле римского права и гражданского системы. Может иметься участие двух волей, но нет договора. Можно дать

¹⁾ Ср. *Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899 и сл.; *Schlossmann*, *Der Vertrag*, 1876; *Isay*, *Willenserklärung im Thatbestande der Rechtsgeschäfte*, 1899; *Dereux*, *Étude sur les diverses conceptions actuelles du contrat*. *Revue critique*, 1901, p. 513 et 1902, p. 105; *Hauriou*, *Principes de droit public*, 1910, p. 159 et suiv.; *Duguít*, *Traité de droit constitutionnel*, I, p. 242 et suiv.

этому участию двух волей название договора; но в этом случае одним наименованием будут обозначаться различные вещи, что, естественно, является источником недоразумений и ошибок. Однако в жизни современных государств мы замечаем много случаев, когда юридическое состояние возникает, несмотря на то, что акт, из которого оно произтекает, не обладает в действительности указанными мною только что особенностями. В этом нет ничего удивительного, так как необходимость наличия договора для возможности возникновения правового состояния была связана с той мыслью, что правовое состояние является всегда взаимоотношением двух волей. С момента же признания того, что правовое состояние не всегда обладает этой особенностью, признается тем самым и то, что оно может возникнуть из актов, не имеющих характера договора в том смысле, как он понимается гражданским правом.

Но большая часть юристов, находясь под сильнейшим влиянием традиционной концепции, вместо того, чтобы видеть во всех этих актах, неизвестных цивилистическому праву, новые юридические формы, вместо того, чтобы анализировать их, как таковые, пожелали, чего бы это ни стоило, втиснуть эти акты в старые узкие рамки договора; и точно так же, как и в отношении коллективной личности, они напрягли изумительные усилия схоластической тонкости для того, чтобы доказать, что все эти новые акты сводятся в конечном результате к договорам. Разумеется, они этого не достигли; они и не могли этого достигнуть, так как они не могли доказать, что вещь, которая в действительности не есть договор, является договором. К тому же они сами признали этот факт, прибавив один эпитет к слову договор, эпитет, который, очевидно, был бы совершенно излишним, если бы это действительно был договор. В самом деле они нам говорят о договорах присоединения, о договорах, содержание которых заранее установлено (*contrats de guichet*), о коллективных договорах, о договорах сотрудничества, т. е. все о таких вещах, которые совершенно не являются договорами.

Здесь было бы уместно заняться очень интересным исследованием этого вопроса в его подробностях, но к моему величайшему сожалению у меня нет на это времени, и я ограничусь несколькими примерами.

III.

Самый простой пример того, что многие юристы называют договором присоединения (*contrat d'adhésion*), это то, что всем известно, это автоматический распределитель. Промышленник или правительственное учреждение, устанавливающее такого рода автомат в публичном месте,

создает тем самым такое положение, при котором всякий, опустивший в аппарат требуемую монету, становится кредитором по отношению к тому предмету, который объявлен на указанном аппарате, или может требовать возвращения этой монеты. Говорят: здесь налицо договор присоединения¹⁾, потому что тот, который пользуется автоматом, присоединяется к известному фактическому отношению, и это именно присоединение и составляет договор.

Я не отрицаю этого. Я не оспариваю того, что действительно здесь налицо присоединение к фактическому отношению. Но я утверждаю, что было бы ошибочно пытаться отнести упоминаемый акт к классическому договору. У нас нет здесь налицо двух волей, именно двух волей, входящих между собою в контакт и достигающих соглашения. Обе воли не знают одна другую и не устанавливают путем соглашения условий того, что выдается за договор. Мы имеем здесь одну волю, которая, в действительности, установила известное положение вещей, но никак не индивидуальное юридическое состояние, а положение вещей, общее для всех и постоянное, и другую волю, которая хочет использовать это положение вещей в действительности, *состояние субъективного права* возникает здесь из односторонней воли того, который, пользуясь распределительным аппаратом, желает создать юридическое состояние, и желает этого законно и основательно, потому что он желает этого, основываясь на положении вещей, признаваемом законным. Никакого соглашения воли я здесь не вижу. Я вижу только одностороннее волеизъявление.

Я сказал бы то же самое и быть может еще более положительно об акте всякого индивида, который, желая обратиться к услугам учреждения

¹⁾ О договорах присоединения смотри, напр: *Dereux*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 503 et suiv. (Дере делает между основными статьями и статьями добавочными различие, которому я мало сочувствую); *Fortier*, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*. 1909, Thèse, Dijon; *Hauriou*, примеч. к решению Государственного Совета 23 марта 1906 (D-Ile Chauvin); *Sirey*, 1908, 111, p. 17, и 17 мая 1907 (C-1e transatlantique), *Sirey*, 1908, 111, p. 137.

Орну говорит совершенно правильно: „абонементный договор есть не что иное, как договор присоединения, и, быть может, даже следовало бы выпустить слово договор и сказать просто акт присоединения к организованному обслуживанию потребностей. В актах присоединения нет ничего договорного, кроме названия, они являются присоединением к актам регламентарного характера“. *Sirey*, 1908, 111 p. 18 col. et p. 19, col. 3). См. также *Saliciles*, *De la déclaration de volonté* 1901, p. 340; *Dollat*, *Les contrats d'adhésion*, p. 133 et suiv.; примечание Буркара к кассационному решению 4 января 1910, *Sirey*, 1911, I, p. 521. Буркар называет договоры присоединения псевдо-договорами.

общественного пользования, платит сумму, установленную законом за эту услугу. Самый характерный пример то, что каждый из нас проделывает каждый день, оплачивая марками отправляемое по почте письмо. Цивиллисты нам говорят, что в этом случае возникает договор между государством-транспортером с одной стороны, и отправителем—с другой, договор перевозки, который должен регулироваться по общим правилам, установленным для договора перевозки. Это, по моему мнению, совершенно ошибочное представление. Договора здесь нет, здесь есть в действительности односторонний акт и притом односторонний акт со стороны отправителя. Закон о данном учреждении общественного пользования установил такое правовое положение, что каждый индивид может юридически желать, чтобы за установленную этим законом плату некий предмет был переправлен из одного места в другое. Здесь налицо порядок, установленный законом; опуская письмо в почтовый ящик, отправитель изъявляет законное желание, согласное с законом о данном учреждении общественного пользования. Его акт воли должен быть защищен. Странным представлялся бы подобного рода договор, в котором обе стороны заранее связаны и не могут никаким образом определить содержание своего соглашения. Напротив, все становится понятным, если видеть в данном случае односторонний акт, производящий последствия вследствие того, что он согласен с законом ¹⁾ о данном учреждении общественного пользования.

Не думайте, однако, что все это не более, как простые тонкости и чисто теоретические соображения. Даже если бы это было так, все равно необходимо осветить эти нити, потому что, как весьма правильно сказано, очень важно всегда иметь теоретически точные представления. Но и практический интерес представляется очевидным. Если здесь имеется договор перевозки, то ответственность государства-перевозчика должна оцениваться с точки зрения общего права, относящегося к договору перевозки; ответственность эта в таком случае была бы чисто договорной. Напротив, если

¹⁾ Ср., однако, *Жени* (*Des droits des lettres missives*, 1911, I, p. 52), который после продолжительных рассуждений заявляет, что он, не колеблясь, может сказать, „что это положение регулируется в принципе и согласно общему праву настоящим договором гражданского права“. Я считаю, что заранее отверг это мнение в моей статье в *Revue du droit public*, 1907, p. 411 et suiv в моем сообщении научно-административному конгрессу в Брюсселе, 1910, в первом томе моего *Traité de droit constitutionnel*, p. 106. Ср. помимо замечанной Орлу, приведенных в предыдущем примечании, *Jéze*, *Revue du droit public*, 1909, p. 48. По тому же вопросу о почтовых посылках ср. два решения апелляционного суда в Бордо от 8 июля 1909, *Sirey*, 1911, 11 p. 233 с очень интересной замечкой Феррона.

здесь имеется не более, как односторонний акт частного лица, который хочет обратиться согласно закону к услугам учреждения общественного пользования, установленного в интересах всех, перед нами предстанет тогда вопрос об ответственности учреждений общественного пользования перед частными лицами, вопрос, разрешение которого связывается с целым рядом совершенно отличных понятий и которым, к моему большому сожалению, я здесь не могу заняться.

IV.

Новые, самые интересные акты, возникающие из современных юридических отношений, это те, которые совершенно неточно получили название коллективных договоров; это наименование заключает противоречие в самом себе. В самом деле договор, по своей природе и по даваемому ему определению, есть нечто исключительно индивидуальное. И это только что доказал. Договор и коллективный характер являются двумя элементами, взаимно друг друга исключаящими. Ошибку, совершенную юристами, давшими этим актам наименование коллективного договора, они углубляют еще больше, стремясь во что бы то ни стало втиснуть эти акты в традиционные рамки договора.

Два года тому назад общество, насчитывающее в своей среде наибольшее ученых юристов Франции, судей, государственных советников, профессоров, — „Общество законодательных исследований“ пожелало взяться за разработку проекта закона о коллективном договоре труда, который мог бы служить пособием для законодательных палат, если бы они пожелали издать по этому вопросу закон. Особая комиссия разработала предварительный проект, непосредственно руководясь общими принципами гражданского права относительно договоров. Ее работа не отличалась стройностью и кто-то правильно заметил, что непоправимый недостаток проекта заключался в том, что эту новую форму акта связывали с старой формой договора, между тем как по характеру они совершенно различны. На деле проект этой комиссии не выдержал критики ¹⁾.

Если бы я хотел охарактеризовать в двух словах эти акты, называемые совершенно неточно коллективными договорами, я бы сказал, что это соглашения-законы. Стоит дать некоторые объяснения по этому вопросу.

¹⁾ Ср. доклады сделанные в Обществе законодательных исследований К. льсоном, Bulletin 1906, pp. 180 et 505; замечания Morin'a, Barithélemy-Reynaud'a, Bulletin, 1907, pp. 208 et 421; Saleilles, Bulletin, 1908, p. 79; прекия, Bulletin, 1907, p. 532 et suiv., 1908, p. 82 et suiv.

Коллективный договор в современных отношениях имеет место главным образом в двух актах: в концессии учреждений общественного пользования и в коллективных договорах труда.

Концессия, вообще говоря, является актом, по которому публичный коллектив—государство, провинция, город возлагают на частное лицо, обычно на товарищество, выражающее на то свое согласие, обеспечение, согласно установленным условиям, функционирования какого-либо учреждения общественного пользования. Эти акты, несмотря на различие в подробностях, встречаются во всех современных странах и обладают теми же основными общими чертами. Они применяются в настоящее время главным образом по отношению к эксплуатации учрежденный общественного пользования средствами передвижения, именно железных дорог, трамваев, автобусов, а также в деле освещения городов газом или электричеством.

Концессии, конечно, являются соглашениями, они содержат в себе элемент, имеющий договорный характер в самом строгом смысле этого слова: это тот элемент, который регулирует исключительно отношения между коллективом-концедентом и концессионером, например, все условия, касающиеся финансовых отношений. Но концессионные акты содержат помимо этого, и это даже является самым существенным элементом, целый ряд постановлений, интересующих третьих лиц, публику, например, все те постановления, которые определяют условия эксплуатации, тарифы, а также те постановления, которые устанавливают условия труда рабочих и служащих концессионера. Эти последние статьи встречаются в Европе во многих концессионных договорах; а во Франции, вследствие декрета Мильерана от 10 августа 1899 г., они должны быть обязательно включаемы во все сделки, заключаемые государством. Каков характер этих статей? Юристы-цивилисты весьма затруднялись определить этот характер. Эти статьи, в самом деле, непосредственно касаются лиц, чуждых договору, публики, путешественников, абонентов газа и электричества, рабочих, которые очевидно не являются стороной в так называемом концессионном договоре. Между тем, согласно основному правилу, касающемуся договоров, они имеют силу лишь для договаривающихся сторон и не могут приносить ни вреда, ни пользы третьим лицам. Кодекс Наполеона в ст. 1165 дает определение, точно выражающее именно этот взгляд; то же самое сказано и в Аргентинском гражданском Кодексе в ст. 1229 и 1233. Последняя стоит того, чтобы ее процитировать: Договоры не могут быть противопоставлены третьим лицам и таковые „лица не могут на них ссылаться, за исключением случаев, предусмотренных ст. ст. 1195 и 1196“. И, действительно, на эти именно постановления и на аналогичные

статьи 1120 и 1121 Кодекса Наполеона о договоре в пользу третьих лиц ссылаются цивилисты для объяснения тех статей концессионных договоров, о которых я говорю. В виде общего правила, эти статьи закона позволяют включить в договор оговорку в пользу третьего лица, которая будет иметь силу по принятии ее третьим лицом.

Я нахожу, что эти статьи закона совсем ничего не объясняют и абсолютно чужды проблеме концессий. В самом деле, они позволяют включить в договор специальную статью, имеющую определенный и точно обозначенный предмет и создающую для третьих лиц, по принятии ее, или право требования или обязательство. Но не это имеет место в случае концессии. Акт этот, или запись условий (*cahier des charges*), как мы выражаемся во Франции, не содержит специальной статьи в пользу или в обременение определенного лица; она содержит ряд общих постановлений, которые заранее устанавливают порядок, которому будут подчинены акты, могущие возникнуть между концессионером и рабочими и служащими, между концессионером и частными лицами, которые будут пользоваться данным учреждением общественного пользования.

Здесь нет договора в пользу третьего лица, здесь есть только формула того правопорядка, который будет применяться к целому ряду последующих индивидуальных актов.

Итак, хотя этого или нет, но это есть попросту постановление закона. Это есть общее постановление, что и является существенным признаком закона. Это есть закон, касающийся учреждения общественного пользования и установленный таким образом в форме соглашения. Здесь вовсе не следует применять общей теории договоров. Ее время миновало. Она была создана для того, чтобы регулировать индивидуальные отношения. Между тем здесь перед нами акт, который регулирует функционирование учреждения общественного пользования. Вы согласитесь, что это есть нечто, совершенно отличное.

Все это имеет крайне важные практические последствия, которые у меня нет времени здесь разбирать более подробно. Я попытался указать главнейшие из них в докладе, сделанном в августе 1910 г. Научному административному Конгрессу в Брюсселе. Они главным образом заключаются в том, что частное лицо, служащий, рабочий, в отношении которого концессионер или администрация не соблюдают постановлений записи условий (*cahier des charges*), будет снабжен всеми теми средствами защиты права, которые в рассматриваемой стране принадлежат заинте-

решенным лицам в целях достижения применения законов о функционировании учреждений общественного пользования¹⁾).

V.

Фактически коллективный договор труда имеет место в нескольких условиях, но его юридические черты аналогичны чертам концессионного договора. Я не думаю, чтобы в вашей стране вы пока могли иметь многочисленные примеры коллективного договора. В Египте, в Англии и во Франции он часто применяется и французское правительство даже внесло в нашу Палату Депутатов два проекта закона по этому вопросу²⁾.

Я, впрочем, полагаю, что время для издания закона по этому вопросу еще не наступило.

Обстоятельства, при которых чаще всего применяется коллективный договор труда, следующие: вспыхивает стачка, например, стачка рабочих каменщиков. Стачка прекращается вследствие достигнутого между синдикатом предпринимателей каменных работ и синдикатом рабочих каменщиков соглашения, по которому постановлено, что отныне, в данном городе или в районе, индивидуальные договоры труда рабочих каменщиков будут заключаться на определенных условиях в смысле размера заработной платы, продолжительности труда и т. п.

Что подобное соглашение законно, это неоспоримо. Оно имеет своим предметом нечто дозволенное; оно вызвано стремлением к достижению общественной солидарности, если таковое вообще когда-нибудь существо-

¹⁾ О характере концессий учреждений общественного пользования и о происходящих из них последствиях см. *Duguil*, *Revue du droit public*, 1907, p. 411; *Jèze*, там же, 1909, p. 49 et 1910, p. 270; *Rolland*, там же, 1909, p. 520; заключения Тарлье о постановлениях Государственного Совета от 6 декабря 1907 г. (Большое железнодорожное общество) *Recueil* p. 913 et *Sirey*, 1908, III, p. 3; заключения Блюма о постановлениях Государственного Совета от 11 марта 1910 г. (Трамвайное Общество в Марселе) *Recueil*, p. 97 et *Revue du droit public*, 1910, p. 270 с интересной, уже приведенной статьей Жеза о юридической природе концессии общественных работ.

²⁾ Проект, внесенный Думерго, министром торговли, 7 июля 1906 г. и министерством Бриана 11 июля 1910 г. О коллективном договоре труда см. *Трюши*, *Revue d'économie politique* 1905, p. 838 *Idé*, тот же обзор, 1907, p. 561 et 649; *Nast*, *Des conventions collectives relatives à l'organisation du travail* (thèse, 1907), *Passama*, *Des conventions collectives relatives aux conditions du travail*, 1908; *Barthélemy Reynaud*, *Le contrat collectif de travail*, thèse, 1901; и труды и прения Общества законодательных исследований, указанные в предпоследнем примечании, главным образом доклады Кольсона.

вало. Какие последствия повлечет за собою это соглашение? Я не вижу других, кроме следующего. Если хозяин нанимает рабочих на условиях, отличных от тех, которые включены в коллективный договор труда, этот индивидуальный договор труда будет недействительным. Но в каком случае можно будет и какие лица смогут требовать признания его недействительным?

Если хозяин нанимает рабочих, которые не входили в синдикат (в профессиональный союз) в тот момент, когда заключался коллективный договор, или которые вышли из него после заключения этого коллективного договора, будет ли индивидуальный договор труда, заключенный с ними, в нарушение коллективного договора, в этом случае недействительным? Если хозяин, входивший в синдикат, который заключил коллективный договор, вышел из синдиката, продолжает ли он быть связанным этим договором? Могут ли рабочие, каждый в отдельности, требовать признания недействительным индивидуального договора, противного коллективному договору, или это вправе сделать только синдикат (профессиональный союз)? Только синдикат рабочих, или также и синдикат хозяев?

Вот, сколько важных и тонких вопросов здесь возникает. Чтобы их разрешить, цивилисты, желающие во что бы то ни стало сохранить традиционное понятие договора, не нашли ничего способа, как применение в данном случае начала доверенности. Поскольку дело касается концессии, они привлекают договор в пользу третьих лиц. Здесь это было невозможно; им не оставалось ничего иного, кроме доверенности.

Коллективный договор, говорят они, возникает между двумя синдикатами, он может иметь силу лишь в отношении тех, которые могут рассматриваться как давние, хотя и безмолвно, доверенность синдикату заключать договор от их имени. Из чего следует, что коллективный договор не может иметь силы в отношении тех рабочих или хозяев, которые не входили в синдикат в тот момент, когда договор этот был заключен. С другой стороны, доверенность по своей природе всегда отменяема; никто не обязан оставаться в синдикате. Рабочие и хозяева всегда вольны выйти из синдиката и прекратить в отношении себя действие коллективного договора. С тем же успехом можно сказать, что коллективный договор не имеет никакой силы. Тем не менее, на эту точку зрения стало Общество законодательных исследований, о котором я выше говорил. Оно всячески боролось с трудностями, с противоречиями; оно пришло — и иначе не могло случаться — к невозможности найти выход.

Коллективный договор составляет юридическую категорию, совершенно новую и совершенно чуждую традиционным рамкам гражданского права. Это соглашение-закон, регулирующее отношения между двумя социаль-

ными классами. Это не договор, из которого возникают специальные обязательства, конкретные и временные, между двумя субъектами права. Это закон, устанавливающий постоянные и длительные отношения между двумя социальными группами, устанавливающий законный порядок, согласно которому должны будут заключаться индивидуальные договоры между членами этих групп. Вот правильная точка зрения. Вот как можно найти выход из этого затруднения и создать юридическую теорию коллективного договора.

Но я охотно признаю, что даже во Франции, в Германии, в Англии здесь налицо институт, который находится еще в стадии своей разработки и еще далек от своего окончательного сформирования. И, действительно, такое его окончательное сформирование предполагает, что категории трудящихся, классы, приобрели юридически законченную структуру, что каждая профессия создала синдикальную организацию, достаточно сильную и достаточно обширную для того, чтобы можно было отождествлять профессию с организацией и чтобы отдельные рабочие и отдельные хозяева могли бы рассматриваться, как величины, не имеющие значения. К такому-то социальному состоянию и идут, мне кажется, многие европейские страны. Но они, быть может, еще очень далеки от цели. Пока же коллективный договор труда находится в состоянии хаотическом. Во всяком случае, таков, как он есть, и это существенно запомнить, он стоит вне старых договорных рамок.

В связи с этими коллективными договорами возникает весьма интересный вопрос публичного права, который я лишь мимоходом отмечу. Я говорил только что о соглашении-законе; но не выражают ли эти два слова двух понятий, исключających одно другое? Не является ли закон приказом, исходящим от верховной власти и обязывающим, как таковой, подданных? Он некогда являлся приказом; но теперь он уже не является таковым, или, во всяком случае, не исключительно таковым. В современном публичном праве завершается в настоящее время преобразование, аналогичное преобразованию гражданского права. Подобно тому, как исчезает автономия индивида, исчезает и суверенитет государства. Подобно тому, как исчезает субъективное право индивида в той его форме, которая вызвала наибольшие напядки, в форме *dominium*, точно так же исчезает и субъективное право государства, его *imperium*. И, следовательно, ничто не препятствует более тому, чтобы некоторые законы представляли собою норму, установленную посредством соглашения, составленного между двумя социальными группами и санкционированного фактической силой управляющих ¹⁾.

¹⁾ Cp. *Duguit*, *Le droit social, le droit individuel et la transforma-*

Но я на этом подробно не стану останавливаться и перейду к вопросу об ответственности.

VI.

У меня остается очень мало времени для беседы об этой крупной и важной проблеме. Я попытаюсь сказать самое существенное и показать, что здесь, как и во всех областях права, также совершается преобразование в социалистическом духе.

Цивилистическое начало ответственности сформулировано в известной ст. 1382 Кодекса Наполеона: „Всякое действие человека, причиняющее ущерб другому, обязывает того, по вине которого ущерб этот произошел, возместить его“. Ст. 1143 Аргентинского Кодекса отредактирована приблизительно в таких же словах: „Тот, кто совершает действие, которое, по его вине или неосторожности, причиняет вред другому, обязан возместить этот ущерб“. Правило это было очень просто и очень логично в связи со всей индивидуалистической системой. В отношениях между двумя субъектами права обязательство может возникнуть только из договора. Но если налицо вина индивида или неосторожность с его стороны, которая ему вменяется, то вменяемость эта порождает для него обязательство возместить ущерб, который он причинил субъекту права. Тот, который считает себя потерпевшим ущерб, должен поэтому доказать вину или неосторожность виновника случившегося. В конечном счете здесь опять-таки воля субъекта права является основанием, порождающим правовое отношение; и точнее говоря, в этой системе принцип моральной вменяемости есть единственное основание как гражданской ответственности субъекта права, так и его уголовной ответственности. Отсюда и происходит наименование этой системы системой субъективной ответственности.

Я отнюдь не собираюсь утверждать, что субъективная ответственность исчезла или должна исчезнуть совершенно. Во взаимоотношениях между индивидами она продолжает существовать и, возможно, будет существовать еще долго. Но я утверждаю, что область субъективной ответственности все более и более суживается, что начало вменяемости не может применяться тогда, когда речь идет уже не об отношениях индивида к индивиду, но об отношениях между группами или об отношениях групп с индивидами. Я добавлю, что очень часто существует в действительности отношение между группами или между группами и индивидами,

когда по внешности есть лишь взаимоотношение между индивидами. В этих случаях ставится не вопрос о вменяемости, а только вопрос о риске. Ставится вопрос о том, какое именно имущество должно в конечном счете нести риск, связанный с деятельностью рассматриваемой группы. В этих случаях тогда может возникнуть уже объективная, а никак не субъективная ответственность. Не к чему, для выяснения наличия ответственности, исследовать в этих случаях, имелась ли чья-либо вина или неосторожность, приходится выяснить лишь то, какая группа должна в конечном результате нести бремя риска. Не нужно никаких иных доказательств, кроме доказательства факта нанесения ущерба, и если это доказано, то ответственность наступает в некотором роде автоматически.

Легко понять, почему применение этого рода ответственности является последствием социализации права. До тех пор, пока в юридической жизни видели только отношения одного индивида к другому, пока все социальные явления связывали с автономией индивидуальной воли, до тех пор возникновение обязательства могло пониматься только как акт воли. Субъект желает нечто, согласное с правом: он становится кредитором или должником. Он желает нечто, противное праву: он ответственен и становится должником в размере эквивалента причиненного ущерба.

Но в настоящее время социальная жизнь и постольку же жизнь юридическая является продуктом разделения труда между индивидуальной деятельностью и деятельностью коллективной. Группы не являются, как мы это видели, субъектами воли; они не могут являться ответственными лицами. Но деятельность группы является тем не менее существенным элементом социальной деятельности. Работа, получающаяся в результате этой деятельности, приносит пользу всему обществу в целом, но еще более непосредственную пользу она приносит членам этой группы. Если последняя получает непосредственную выгоду, то справедливо, чтобы она несла риск, которому подвергает индивидов и другие группы применение этой деятельности.

Такова весьма несложная основная мысль, с которой связываются все случаи объективной ответственности.

VII.

Было бы интересно изучать эти случаи подробно в современных законах и в современной судебной практике. Я не могу этого сделать здесь, а скажу только несколько слов о двух главных случаях: об ответственности в области несчастных случаев с рабочими и об ответственности учреждений общественного пользования.

Закон 9-го апреля 1898 года о несчастных случаях с рабочими, дополненный и расширенный законом от 12-го апреля 1906 г., является первым законом, который во Франции явным образом санкционировал случай об'ективной ответственности. Такая система существовала уже в некоторых иностранных государствах, а именно в Англии и в Германии. Во Франции до принятия этого закона в доктрине и в судебной практике была сделана попытка, направленная к подготовке этой системы путем перемещения бремени доказательства: было признано, что хозяин всегда ответст венен за несчастный случай, если только он не докажет, что имела вина со стороны рабочего. Эту систему пытались оправдать путем искажения некоторых текстов Кодекса Наполеона, а именно ст. ст. 1384 и следующих ¹⁾).

Наконец, закон 1898 года установил полную систему об'ективной ответственности. Вам известно ее основное начало: при несчастном случае с рабочим во время работы или по случаю работы хозяин обязан уплатить ему вознаграждение, размер которого установлен законом на основе получаемой рабочим заработной платы. Рабочий должен доказать только самый факт несчастного случая; хозяин же не может быть освобожден от ответственности, доказывая, что имеется вина или небрежность со стороны рабочего; он избегает ответственности, лишь установив, что рабочий причинил себе вред по своей доброй воле.

Цивилисты весьма оживленно кричат также и эту систему. Вполне очевидно, что она находится в полном противоречии с индивидуалистическими началами: и обобщение этой системы является одним из лучших доказательств полного крушения индивидуализма. Если не видеть в промышленных предприятиях ничего иного, кроме взаимоотношений между хозяином-предпринимателем и рабочим или служащим, то для хозяина, очевидно, может возникнуть только суб'ективная ответственность за вину. Единственно в чем, пожалуй, можно было бы сомневаться, это в том, является ли эта ответственность ответственностью из договора или из деликта. Но в наших современных индустриальных государствах дело обстоит уже не так. Предприятия приобретают социальный характер. Предприниматель выполняет поистине социальную функцию. В действительности налицо два социальных элемента: элемент капитала и элемент труда. Весь вопрос в том, который из двух элементов должен нести риск предприятия, или не должны ли нести этот риск оба элемента и, наконец, является ли

¹⁾ Ср. *Josserand, De la responsabilité du fait des choses inanimées. 1897; Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilité, civile, Extrait de la Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur. 1894, p. 655 et suiv.*

несчастный случай или смерть рабочего частью этого риска. В виду того, что капитал получает, по крайней мере, по внешности, все выгоды от предприятия, пришли к выводу, что он должен нести весь риск, и тем самым признали его ответственным за несчастные случаи. Но это такого рода ответственность, которой элемент вины совершенно чужд.

Теперь, правильно ли сказать, что только капитал получает выгоды от предприятия? Не является ли рабочий элемент всегда соучастником этих выгод? Не становится ли он все в большей и большей мере соучастником этих выгод? Не было ли бы более согласным с современным социальным развитием заставить капитал и труд нести риск совместно, если не поровну? Во всяком случае не следует ли отныне делать различие между предприятиями в зависимости от того, является ли рабочий, или нет, действительно соучастником в получаемых от предприятия выгодах посредством участия в прибыли? Вот сколько здесь возникает вопросов политической экономии, которые я должен отметить, но которыми я не могу заняться.

На ряду с ответственностью за несчастные случаи следует поставить признаваемую многими судебными постановлениями об'ективную ответственность, в случаях вреда, причиненного вещами. Судебная практика склоняется к тому, что собственник должен отвечать за вред, причиненный его вещью, если только он не докажет, что имелась в данном случае вина со стороны пострадавшего. В виду того, что собственность перестает быть правом и становится социальной функцией, как я попытаюсь это показать в следующей лекции, то элемент — собственник, извлекая пользу из блага, держателем которого он является, должен нести риск вреда, причиненного этим благом.

Наконец, об'ективная ответственность выступает очень ясно в том, что я для краткости называю ответственностью учреждений общественного пользования; я должен был бы сказать — ответственность общественной кассы по случаю функционирования учреждений общественного пользования. Практика французского Государственного Совета установила по этому вопросу систему, служащую главным образом интересам защиты управляемого (частного лица) и являющуюся безусловно более прогрессивной, чем какая-либо

1) Можно найти достаточно полную библиографию и анализ судебной практики у Бодри-Лакавтинери и Варда, *Traité des obligations* 3-е édit., 1908, IV, p. 684 et suiv. См. в частности кассационное решение 29-го марта, 1897, *Sirey* 1898, 1v p. 70 с примечанием Эсмея; 22-го января, 1908; *Dalloz*, 1908, 1 p. 217, с примечанием Жоссерана; 25-го марта 1908, *Sirey*, 1910, I, p. 17, с примечанием Эсмея.

из существующих за границей. Я не могу разбирать эту систему здесь, мне бы пришлось в этом случае изложить всю теорию учреждений общественного пользования, что выходило бы за пределы моих лекций. Мне достаточно сказать, что французская система вся основана на той основной мысли, что общественная касса должна нести тяжесть риска, которому подвергает частных лиц функционирование учреждений общественного пользования; что в настоящее время Государственный Совет не требует даже, чтобы частное лицо доказывало наличие действительной вины, вменяемой агентам учреждений общественного пользования, и что, наконец, ответственность несет администрация, безразлично, о каком учреждении общественного пользования и ни шла речь; что различие, делавшееся в известное время между учреждениями общественного пользования с ответственным управлением и таковыми же учреждениями с безответственной властью, окончательно оставлено; что Государственный Совет признает в настоящее время ответственность даже в отношении полиции.

Чтобы закончить это исследование общих преобразований гражданского права со времени Кодекса Наполеона, мне остается рассмотреть институт, значение которого далеко немаловажно, а именно институт собственности, и показать, что она перестает быть субъективным правом и становится, в свою очередь, также социальной функцией. Это будет предметом нашей следующей и последней лекции.

Шестая лекция.

Собственность, как социальная функция.

Общее преобразование юридического понятия собственности: она перестает быть субъективным правом собственника и становится социальной функцией держателя блага.—Общая экономическая потребность, которую должен был удовлетворить юридический институт собственности.—Собственность в Кодексе Наполеона и в важнейших гражданских кодексах.—Последствия, вытекающие из этой концепции, в настоящее время отринуты в большей своей части судебной практикой.—Появление в судебной практике понятия собственности-функции.—Обязательства собственника: он обязан употреблять благо, держателем которого является, согласно его социальному назначению.—Вмешательство законодателя.—Собственность, предназначенная для определенной цели.—Французский закон от 2-го января 1907 г. о церквях.

Господа!

Преобразование юридического понятия собственности, таков будет предмет этой шестой и последней лекции. Юристы-классики найдут, быть

может, это заглавие противоречивым. В самом деле, они считают, что, согласно своему определению и сама по себе, собственность является в праве некоей определенной вещью, что она неизбежно и всегда продолжает быть именно этой вещью и что если бы она перестала ею быть, — она перестала бы быть собственностью. Я уже сказал, что следует, по моему мнению, думать об этой догматической и априорной манере понимания права; и если я олять о ней напоминаю, то потому, что она утвердилась и продолжает еще утверждаться по отношению к праву собственности более, чем во всех других областях.

А между тем собственность есть юридический институт, созданный, как впрочем, и все юридические институты, для удовлетворения известной экономической потребности и по необходимости эволюционирующий вместе с самими же экономическими потребностями. Но в наших современных государствах экономическая потребность, которую должен удовлетворять юридический институт собственности, глубоко преобразовывается, вследствие чего и собственность, как юридический институт, должна сама преобразовываться. Эволюция совершается и здесь в социалистическом духе. Она и здесь опять-таки определяется все более и более тесной взаимозависимостью различных социальных элементов. Тем самым собственность, если можно так выразиться, социализируется. Это не обозначает того, что она становится коллективной, в смысле коллективистских доктрин; но это обозначает две вещи: во-первых, что индивидуальная собственность перестает быть правом индивида и становится социальной функцией и, во-вторых, что случаи предназначения блага для коллективов, которые должны быть юридически защищены, становятся все более и более многочисленными.

Такова общая идея, которой будет проникнута вся эта лекция и связь которой с тем, что было высказано ранее, заметить не трудно. Здесь опять-таки то преобразование, которое я попытаюсь описать, получило, как мне кажется, значительно меньшее развитие в странах Южной Америки, чем в европейских странах, в частности во Франции и в Англии. Я стану главным образом на точку зрения развития ее во Франции, а вы сделаете сравнение.

Я дополню сказанное еще существенным замечанием: в этом исследовании я буду рассматривать исключительно то, что экономисты называют капиталом, капиталистической собственностью, оставляя в стороне собственность на предметы потребления, которая представляет совершенно иные черты, и о которой было бы неправомерно сказать, что она эволюционирует в социалистическом направлении. Но с другой стороны я буду говорить о всякого рода капиталистической собственности, как о движимой

собственности, так и о собственности недвижимой. Для той и другой характер эволюции один и тот же. Однако, характер этой эволюции обнаруживается, пожалуй, более ярко в отношении земельной собственности, вследствие чего она и будет служить мне главным образом примером.

В нашей стране, как я говорил, преобразование собственности не получило еще такого развития, как в Европе, в частности, поскольку дело касается этого последнего рода собственности. Я бы, пожалуй, мог охарактеризовать стадию, в которой вы еще находитесь, сказав, что это стадия собственности — *спекуляции*, за которой последует в эпоху, быть может, не очень отдаленную, стадия собственности — *функции*, так как эволюция государств и в частности государств латинских, достигших одинаковой ступени цивилизации, единообразна.

I.

Какую экономическую потребность должен был удовлетворить, говоря вообще, юридический институт собственности? Она очень проста и появляется во всяком обществе: это потребность предназначать известные блага для определенных индивидуальных или коллективных целей и, следовательно, потребовать социально защищать и гарантировать это предназначение. Для этого что требуется? Две вещи: нужно, во-первых, вообще говоря, чтобы всякий акт, совершенный согласно одной из этих целей, был санкционирован и, во-вторых, необходимо, чтобы все акты, им противные, были социально подавляемы.

Социальный институт, созданный для достижения этого двойного результата, — это и есть собственность в юридическом смысле слова. Когда мы задаем себе вопрос, каково юридическое понятие собственности, мы задаем себе вопрос, на каком основании основывается социальный институт, имеющий своим предметом защиту предназначения вещи для индивидуальной или коллективной цели, санкцию актов, согласных с этой целью, и подавление актов, противных ей.

Как организовали этот социальный институт кодексы, основанные на индивидуалистическом и цивилистическом принципе? Очень просто. Во-первых, их авторы не давали себе труда установить законность существующих фактически присвоений и определить их основание. Они приняли существующие положения и объявили их неприкосновенными. С другой стороны, будучи глубокими индивидуалистами, они имели в виду только предназначение благ, для индивидуальной цели, этому дополнению и как бы самому условию свободы и индивидуальной автономии. Они поняли и могли понять лишь защиту этого индивидуального предназначения. Они

полагали, что единственный способ защитить это предназначение заключается в том, чтобы дать держателю вещи абсолютное право: абсолютное по своей длительности, абсолютное по своим последствиям; право, которое имело бы объектом присвоенную вещь, а пассивным субъектом всех пидвидов, кроме самого дествинатария, для которого эта вещь предназначена. Одним словом, они приняли строгую юридическую конструкцию римского *dominium*.

Вам известны—я их приводил уже в первой лекции—те тексты законов, которые санкционируют эту систему: это ст. 17 Декларации прав 1789: „Собственность есть право, неприкосновенное и священное...“; Ст. 17 вашей конституции: „Собственность неприкосновенна...“; ст. ст. 544 и 545 Кодекса Наполеона: „Собственность есть право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом“. Ст. 2540 Аргентинского гражданского кодекса выражается еще более энергично и образно: „Собственность есть вещное право, на основании которого вещь подчинена воле данной личности“. Дополнением ей служат ст. 2542: „Собственность исключительна: два лица не могут обладать, каждый в отдельности, всей совокупностью права собственности в отношении одной вещи“. Эти тексты, конечно, отмечают все, что есть абсолютного, исключительного в собственности—праве, согласно гражданским концепциям. Она является превосходным выражением автономии человеческой воли, суверенитета индивида, подобно тому, как власть законодательная является превосходным выражением суверенитета государства. *Dominium* и *imperium* являются вообще двумя юридическими понятиями, происходящими из одного и того же источника и идущими нога в ногу ¹⁾.

Нам известны последствия, вытекающие из этой концепции „собственности—права“; я напомню все же главнейшие из них.

Во-первых, собственник, имея право владеть, пользоваться и распоряжаться вещью, имеет тем самым и право не владеть, не пользоваться, не распоряжаться ею, и, следовательно, оставить свои земли необработанными, свои городские участки незастроенными, свои дома несданными в наем и без ремонта, свои движимые капиталы непроезжими.

Право собственности—абсолютно. Абсолютно в отношении публичной власти, которая, хотя и может внести в него некоторые ограничения в интересах полиции, но может его касаться лишь при условии предварительной уплаты справедливого вознаграждения. Оно абсолютно в своих проявлениях по отношению к индивидам и, согласно формуле Водри-Лакая-

¹⁾ *Dujuit*, *Le droit social, le droit individuel*, 2-e édit. 1911, p. 17 et suiv.

тинера собственник „имеет законное право учинить в отношении своей вещи такие действия, которые не представляют для него никакой видимой выгоды“ и, если совершая их, он причиняет вред другому, „он не отвечает, так как он лишь пользуется своим правом“¹⁾.

Право собственности абсолютно также и по своей продолжительности, и на этом именно свойстве его основывается право завещать, так как собственник, носитель абсолютного права, имеет, что следует логически из этого понятия, - власть распоряжаться своим имуществом при жизни, а также и на то время, когда его уже не будет в живых.

Наконец, в дивилистической системе защита предназначения вещи для какой-либо цели может быть осуществлена лишь в том случае, когда существует субъект права, могущий стать носителем права собственности. Необходима реальная личность или, как вы выражаетесь, идеальное лицо, юридическое существование которого создается законом.

II.

Легко показать, что в настоящее время ни одно из этих последствий неверно, по крайней мере в некоторых странах, например, во Франции. Если вы хотите, чтобы я был не столь решительным, я скажу, что вся эта система находится в процессе исчезновения. Вы сейчас увидите, что это не безосновательное утверждение, что оно основывается на непосредственном наблюдении фактов, что в судебной практике и в положительном законе появляется целый ряд постановлений, находящихся в полнейшем противоречии с положениями, сформулированными выше. Не есть ли это доказательство того, что таким образом распадается и исчезает та юридическая система, не более как следствием которой эти положения являлись?

Что же касается до общих причин этого исчезновения, они всегда одинаковы; это те причины, которые мы до сих пор разбирали и которые

¹⁾ Бодри Лакантинери. Droit civil, 1, 10-е édit. 1908 n° 1296, p. 726. Я должен тем не менее сказать, что эта формула уже более не встречается в 11 издании, опубликованном в сотрудничестве с Шено, 1912, № 1296, p. 738. Но Шено заявляет, что собственник „пользуется своей вещью, как сам того желает, и даже если ему это угодно, злоупотребляет ею“. Сотрудники Бодри были гораздо менее его настойчивы в характеристике собственности как абсолютного права. Шено (Des biens № 215) пишет: „несмотря на свой абсолютный характер, собственность должна быть все же ограничена разумными пределами“. Вард (Des obligations, IV, № 2855, p. 342). „В действительности, нет вовсе абсолютного права и даже собственность не является абсолютным правом, но имеет свои пределы“.

вызывают общепреобразования индивидуалистических институтов гражданского права. Во-первых, собственность, как субъективное право, является понятием чистейшего метафизического порядка и находится в глубочайшем противоречии с современным позитивизмом. Говорить, что индивид — обладатель капитала — имеет право на этот капитал, это значит говорить, что у него есть в отношении его капитала воля сама по себе высшая и обязательная, как таковая, для воли других индивидов. *Dominium* индивида, как право, столь же метафизично, как *imperium* правителя, обладателя силы.

Цивилистическая система права собственности также распадается потому, что она стремилась защищать исключительно индивидуальные цели, рассматривая их, как самодовлеющие. Она вполне соответствовала индивидуалистическому понятию об обществе и нишла себе великолепное выражение в ст. 2 Декларации прав 1789: „Целью всяких политических союзов является сохранение естественных и неотъемлемых прав человека. эти права суть: свобода, собственность“. Если защищалось индивидуальное предназначение имущества, — то исключительно во внимание к индивиду; при этом имели в виду исключительно индивидуальную пользу. Но в настоящее время мы обладаем весьма ясным сознанием того, что индивид — не цель, а только средство, что индивид есть не более как колесо той огромной машины, какой является социальный организм, что смысл существования каждого из нас заключается только в выполнении известной работы в деле социального строительства. Таким образом, индивидуалистическая система находится в резком противоречии с этим состоянием современного сознания.

Наконец, цивилистическая система собственности исчезает потому, что она была установлена лишь для защиты предназначения вещи для индивидуальных интересов и не может служить делу защиты предназначения вещи для коллективной цели. Это утверждение соприкасается впрочем с проблемой коллективных лиц, о которой я уже говорил. Но в конце этой беседы мы увидим новое интересное применение понятия цели, заменяющего понятие субъекта права.

III.

Вы видите таким образом основу новой концепции собственности. В современных государствах, где ясное и глубокое сознание социальной взаимозависимости сделалось господствующим, свобода является в такой же мере долгом каждого индивида направлять свою физическую, интеллектуальную и моральную деятельность на развитие этой взаимозависимости,

в какой собственности является для держателя благ долгом, обязательством объективного порядка, употреблять блага, держателем которых он является, для поддержания и расширения социальной взаимозависимости.

Каждый индивид обязан выполнять в обществе известную функцию, непосредственно зависящую от того места, которое он в нем занимает. Таким образом обладатель имущества в силу одного того, что он им обладает, может выполнять известную работу, могущую быть выполненной только им одним. Только он может увеличить общее имущество, давая правильное употребление тому капиталу, которым он обладает. Он, значит, является социально обязанным выполнять эту работу и он будет социально защищен лишь в том случае, если он ее выполняет, и в той мере, в какой он ее выполняет. Собственность больше не является субъективным правом собственника; она есть социальная функция обладателя имущества.

Эту мысль еще Огюст Конт, первый в XIX веке, особенно рельефно выделял. В самом деле, он писал в 1850 г. в своей „*Système de politique positive*“: „Во всяком нормальном состоянии человечества, каждый какой бы то ни было гражданин представляет в действительности общественное должностное лицо, более или менее определенные функции которого определяют в одно и то же время и его обязательства и его притязания. Этот общий для всех принцип должен, несомненно, простираться вплоть до собственности, в которой позитивизм видит особенно необходимую социальную функцию, назначение коей создавать и употреблять капиталы, при помощи которых каждое поколение подготавливает работы следующего поколения. Разумно попятая, эта правильная оценка облагораживает его обладание, не ограничивая его справедливой свободой, но даже заставляя ее больше уважать ¹⁾“.

Следует отметить, что в настоящее время самые горячие защитники индивидуальной собственности, даже самые ортодоксальные экономисты, и те вынуждены признать, что, если предназначение вещи для индивидуальной пользы защищается, то прежде всего из-за социальной пользы, которая от этого проистекает. Курсель-Сенель (Dictionnaire d'économie politique de Léon Say, V^o Propriété) говорит, подобно Огюсту Конту, о социальной функции торговли, собственника, капиталиста.

Итак, позитивное право не защищает более воображаемого субъективного права собственника; но оно гарантирует свободу обладателя иму-

¹⁾ Auguste Comte. *Système de politique positive*, édit 1892, 1, p. 156. Полезно справиться о социальной роли собственности у Landry, *De l'utilité sociale de la propriété individuelle* 1901; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 39.

щества выполнять ту социальную функцию, которая на нем лежит, вследствие самого факта этого обладания, и главным образом поэтому я могу сказать, что собственность социализируется.

Однако, я хотел бы здесь избежать всяких недоразумений. Я не говорю, я никогда не говорил, я никогда не писал, что то экономическое состояние, каким является индивидуальная собственность, исчезло, или должно исчезнуть. Я говорю только, что юридическое понятие, на котором основывается его социальная защита, видоизменяется. Несмотря на это, индивидуальная собственность продолжает быть защищена от всяких посягательств, даже от тех, которые могли бы исходить от публичной власти. Более того, я бы сказал, что она гораздо сильнее защищена, чем при традиционной концепции.

С другой стороны, я принимаю как факт обладание капиталом только некоторым числом индивидов. Мне не к чему критиковать или оправдывать этот факт; это было бы напрасно потерянным трудом именно потому, что мы имеем дело с фактом. Я не рассматриваю также и того, существует ли, как утверждают некоторые школы, непримиримая противоположность между теми, кто обладает имуществом, и теми, которые его не имеют, между классом собственников и классом пролетариев, из которых последний должен в скорости экспроприировать и уничтожить первый класс. Но я не могу тем не менее не сказать, что, по моему мнению, эти школы исходят из совершенно ошибочного взгляда на вещи: структура современных обществ гораздо более сложна. Во Франции, например, большое число лиц является одновременно собственниками и трудящимися. Преступлением является проповедывать борьбу классов, и я думаю, что никоим образом мы не идем к уничтожению одного класса другим, а напротив, к режиму координации и иерархии классов.

IV.

С понятием собственности-функции, с понятием социальной защиты предназначения имущества для какой-либо цели, мы достигаем ясного понимания и доступного объяснения всех постановлений законов и судебной практики, которые находятся, напротив, в полнейшем противоречии с системой собственности права.

Тем не менее я встретил возражение, которое мне делалось несколько раз. Многие из моих коллег мне говорили: „Мы понимаем ваш взгляд, мы допускаем даже, что мы идем к такой системе права, в которой собственность будет иметь своей основой обязательство собственника выполнять известную функцию. Но мы к этому еще не пришли; доказательством тому

служит тот факт, что ни одно законодательство не возлагает еще на собственника обязательства обрабатывать свое поле, содержать в исправности свои дома, пускать в оборот свои капиталы; а между тем таково было бы логически необходимое последствие понятия собственности функции¹⁾.

Возражение это меня не затрагивает. В самом деле, если еще нет закона, который бы непосредственно принуждал собственника обрабатывать свое поле, исправно содержать свои дома, правильно употреблять свои капиталы, из этого еще не следует, что понятие социальной функции не заменило еще понятия субъективного права, поскольку речь идет о собственности. Закон еще не вмешался потому, что потребность в нем еще не дала себя почувствовать. Во Франции, например, количество земель, оставленных собственником втуне, число домов, не содержимых в исправности, незначительно по сравнению с массой надлежащим образом используемого недвижимого имущества. По тот факт, что об этом поднимают вопрос, является сам по себе очевидным доказательством совершившегося преобразования. Менее полувека тому назад вопрос этот никому и на ум не приходил. В настоящее время он ставится повсюду и, если бы в такой стране, как Франция, наступил момент, когда эксплуатация недвижимых имуществ приняла бы угрожающие размеры, никто конечно не стал бы оспаривать того, что вмешательство законодателя было бы законным. Что же касается неиспользования движимого имущества, тесавризации (накопления денег в кубышках), то законодателю трудно его уловить, но неоспоримо, что если бы он мог охватить это явление, он должен был бы его воспретить а не допускать²⁾.

¹⁾ Ср. напр. *Jésu, Revue du droit public* 1909 p. 193.

²⁾ В своих *Principes de droit public*, 1910, п. 38, Ориу говорит вполне правильно: „наконец, обратимся к самому индивидуалистическому из индивидуальных прав к праву частной собственности. Элемент функции в ней скрыт.... Конечно, собственника не обязывают прямо обрабатывать, но рассчитывают на частую смею собственника.... Известно, что если один не обрабатывает, то другой будет обрабатывать, и что интерес громадного большинства заключается в том, чтобы обрабатывать. Все было очень искусно рассчитано для того, чтобы экономическая функция собственности обеспечивалась самым проявлением свободы. Но если в один прекрасный день будет замечено, что обработка не обеспечена достаточным образом, то без сомнения выступит юридическое обязательство выполнить эту функцию под угрозой экспроприация.“ Ориу очень справедливо замечает, что это обязательство существует в отношении земельных концессий, предоставляемых в колониях, а также в отношении горной собственности, которая существует под условием эксплуатации. Это как будто действительно вытекает из ст. 49 закона 21 апреля 1810 и ст. 10 закона от 27 апреля 1837. Значение этих текстов, однако, может быть

В странах, которые находятся еще, согласно употребленному мною выше выражению, в стадии собственности-спекуляции, эта проблема также ставится, и это служит доказательством, что даже и в этих странах понятие собственности-права находится на пути к исчезновению. Тот или те, кто покупают громадное количество земельных участков по ценам сравнительно низким и оставляют их по нескольку лет необработанными в ожидании, что естественное повышение ценности земли доставит им большой барыш, не придерживаются ли они такой практики, которая должна быть запрещена? Если бы закон вмешался, законность его вмешательства не могла бы ни оспариваться, ни быть оспоренной.

Это нас далеко отодвигает от понятия неприкосновенного права собственности, предоставляющего собственнику по его желанию действовать или оставаться бездеятельным¹⁾.

V.

Отвергнув приведенное выше возражение и точно установив указанные различные точки зрения, легко уже определить то, что я бы назвал содержанием собственности-функции, и показать, что выражающие ее положения вполне соответствуют современным постановлениям судебной практики и закона. Обращаясь к тому, что я говорил во второй лекции о факте социальной взаимозависимости, о разделении труда, естественно прихожу к двум следующим положениям:

1) Собственник имеет обязанность, а тем самым и полномочие использовать вещь, которой он обладает, для удовлетворения индивидуальных потребностей, в частности своих личных потребностей, использовать ее для развития своей моральной, физической и умственной деятельности. Не следует забывать, что интенсивность разделения общественного труда находится в прямой зависимости от интенсивности индивидуальной деятельности.

2) Собственник имеет обязанность, а тем самым и полномочие использовать свою вещь для удовлетворения общих потребностей, потребностей всего национального коллектива или более мелких коллективов.

Во-первых, говорю я, собственник имеет обязанность, а тем самым и полномочие использовать имущество, которым он обладает, для удовлетворения своих индивидуальных потребностей. Но само собой следует, что речь идет только об актах, отвечающих осуществлению индивидуальной

и было оспорено: но безусловно обязательность эксплуатации формально признана и твердо установлена в проекте закона, который внесен в Палату депутатов уже несколько лет тому назад.

¹⁾ См. приложение III, стр. 104.

свободы, в том смысле, в каком я ее определил выше, то-есть об актах, отвечающих свободному развитию индивидуальной деятельности. Акты, совершенные в виду этой цели, защищаются. Те акты, которые не имеют этой цели и которые с другой стороны, не преследуют коллективной пользы, будут противны закону о собственности и могут повлечь за собой репрессию или возмещение убытков.

Таким образом, легко и логично объясняются все постановления, которые признают и санкционируют невозможность для собственника совершить над вещью, которой он обладает, какой бы то ни было акт, который не является полезным. И все эти постановления мы объясняем, не прибегая к противоречивым и неприменимым теориям злоупотребления правом, ограничения права собственности, основанном на невозможном различии между нормальным и ненормальным пользованием правом собственности.

Если я могу на законном основании построить доходный дом на моем участке земли даже в том случае, если он причиняет крупный ущерб моему соседу, я в этом случае воспользуюсь, правда, вещь в моих интересах, но в то же время для удовлетворения цели социальной взаимозависимости. Я выполняю социальную работу, которую мое обладание участком позволяет мне выполнить; я обеспечиваю удовлетворение социальных потребностей. Но, как только правильно поставлено судебной практикой, я не могу на законном основании установить заслон на моем участке, искусственную трубу на крыше моего дома или делать, без всякого основания, раскопки в моем саду, так как я совершил бы в этом случае действия, которые не приносят мне никакой пользы и не служат ни комм образом социальной взаимозависимости ¹⁾.

Однако, скажут, эти бесполезные действия не воспрещены, в действительности собственнику: то, что воспрещено, это вред, который они могут нанести другому. Совершенно не так. Если вред, причиненный другому, влечет за собой возмещение, то именно потому, что эти действия воспрещены. В самом деле, мы видели, что во взаимоотношениях между индивидами вред влечет за собой возмещение лишь в том случае, когда он является результатом вины, и что вина является ничем иным, как нарушением закона. Верно то, что когда акты собственника, бесполезные для него, причиняют ущерб другому, норма права, которая их воспрещает, обладает санкцией возмещения. Но воспрещение существует само по себе; так как, если бы оно не существовало, то не было бы этой санкции. Если бы действие не было воспрещено, оно бы не было

¹⁾ См. прилож. № IV стр. 10³.

недозволенным и тот, кто потерпел ущерб, не мог бы требовать возмещения. Было бы легко, с другой стороны, показать, что общее понятие, на котором зиждется юридическая теория собственности, очень хорошо согласуется с постановлениями закона и судебной практики, которые, напротив, находятся в резком противоречии с традиционной концепцией.

Если собственность есть исключительное право на вещь, то собственник имеет право помешать третьему лицу совершить над этой вещью, объектом права собственности, какой бы то ни было акт, даже такой акт, который не причиняет ему никакого ущерба, — акт, который не уменьшает ни в чем его пользования этой вещью. Однако, в различных странах и, в частности, во Франции, современные законы, напротив, решают что можно даже в частных интересах, без того, чтобы в этом случае имелось на лицо какое бы то ни было лишение владения, экспроприация и, следовательно, без того, чтобы причиталось за это какое-либо вознаграждение, установить телеграфные и телефонные провода и проводники электрической энергии в частных владениях и что вознаграждение будет следовать лишь в том случае, если имеются на лицо какие-либо ухудшения. Важно, впрочем, точно отметить, что это возможно даже для частной телеграфной или телефонной линии и для проводов электрической энергии, снабжающих частные заводы. Закон от 28 июня 1885 относительно установления и содержания телеграфных и телефонных линий и закон от 15 июня 1906 о распределении электрической энергии очень характерны в этом смысле и они ясно указывают на то, как прогресс науки делает с каждым днем крепче узы социальной солидарности и кладет начало новым юридическим институтам.

Я добавлю, что в судах рассматривался вопрос о том, может ли частное лицо без участия административной власти принудить собственника согласиться на то, чтобы провода электрической энергии или электрического света проходили над его домом или над его землей. Суды так далеко еще не решились пойти ¹⁾.

Но сам по себе тот факт, что вопрос серьезно встал перед правосудием, показывает, насколько мы далеки от старой концепции собственности, права абсолютного, исключительного, и от того применения этой концепции, которое содержится в ст. 552 § 1 Кодекса Наполеона: „Собственность на землю включает в себя собственность на воздушное пространство, находящееся над данным участком, и на недра его (на все, находящееся над ним и под ним)“.

¹⁾ Ср. решение окружного суда в Бордо 27 ноября 1908, *Sirey*, 1910, II, p. 230.

VI.

Я сказал, во-вторых, что обладатель имущества имеет обязанность, а тем самым и полномочие использовать вещь для удовлетворения общих потребностей, потребностей более или менее обширного коллектива, для преследования цели в интересах коллектива, при условии, конечно, чтобы эта цель была дозволенной. Это положение ведет к признанию автономии всякого коллективного имущества, сознательно принятыми или, иными словами к признанию свободы ассоциаций и свободы учреждений. Таким образом, устраняются все тонкие и беспредметные споры о коллективной личности. Я высказался в отношении этого вопроса в третьей лекции и не стану к нему возвращаться.

Я хотел бы только отметить один пункт, который заслуживает остановиться на себе на некоторое время ваше внимание, потому что здесь до осознания ясно, как новое понятие собственности, — то, что я называю собственностью-предназначением, — собственность без собственника заменяет старое понятие собственности-права собственника. Это обнаруживается в связи с юридическими последствиями отделения Церкви от Государства во Франции, последствиями, заслуживающими продолжительного исследования.

Закон об отделении от 9 декабря 1905 призвал, что собственность Церкви принадлежит Государству, департаментам, и в значительном большинстве, общинам, но пользование ею для отправления культа должно предоставляться создавшимся для обеспечения его осуществления, религиозным ассоциациям. Папа Пий X по причинам, которые я не стану разбирать, формально воспротивился энцикликой *Vehementer nos* от 11 февраля 1906 и энцикликой *Gravissimo officii munere* от 10 августа 1906 духовенству и католикам Франции создавать религиозные общества (ассоциации). Казалось, поэтому, что государство и общины вот вот приобретут в свое пользование церкви, свободно осуществляя свое право собственности. Тогда появился закон Блюана от 2 января 1907, ст. 5, § 1 которого гласит: „За отсутствием религиозных ассоциаций, здания, предназначенные для отправления культа, со всей их обстановкой, продолжают оставаться в распоряжении верующих и служителей культа для отправления треб их религии“.

Закон ничего другого не предусматривал; его составители, конечно, не подумали о тех последствиях, которые будут вытекать при постановке вопроса об его санкции. И в действительности, на практике возникали очень частые конфликты между мэрами и священниками: священниками,

обычно рукоположенными епископом и мэрами, действовавшими от имени общины-собственницы и вводившими иногда в церковь священника-сектанта, а в о плну также сектантское религиозное общество. Священник, обычно рукоположенный епископом, и верующие католики требовали предоставления пользования церковью для отправления католического культа. Имели ли они законный путь для того, чтобы этого добиться? Они не являются собственниками; собственницей является община. Они не могут быть пользователями, потому что они не составляют субъекта права, так как коллектив верующих не обладает, конечно, юридической личностью, а священник, носитель этого сана, не обладает другой личностью, отличной от его частной личности. Они не имеют права иска: в субъективной системе гражданского права они не могли его иметь.

И тем не менее уже очень значительная практика Государственного Совета и гражданских судов признает за правоверным священником, за любым верующим членом общины возможность выступать в защиту предпазачения церкви католическому культу и даже против самой общины-собственницы¹⁾.

1) Самым важным решением Государственного Совета является, несомненно решение от 8 февраля 1908 (Deliard), вынесенное по заключению, данному правительственным комиссаром Шардене; мэры общины вынес постановление о воспрещении отправления культа в церкви священнику, наджающим образом рукоположенному епископом, а также священнику сектантского культа. Государственный Совет объявил приемлемой и обоснованной жалобу аббата Делиара, священника, рукоположенного епископом, жалобу, направленную к аннулированию оставления мэра: „Полагая, что, Делиар, католический священник, осуществляющий свое служение в общине заинтересован, как, впрочем, всякий верующий член этой общины в аннулировании постановления, касающегося закрытия церкви. Считая, что мэры этим постановлением посягают на своеодное осуществление служения культа, гарантированное ст. 1 закона 9 декабря 1905, и ст. 5 закона 2 января 1908“. (Recueil 1908 p. 127).—Решения, вынесенные судебными учреждениями в этом же духе, очень многочисленны. Мы приведем лишь 3 из самых последних. Кассационный суд двумя решениями от 5 и 6 февраля 1922 г., вынесенными под председательством Бодуана, первого председателя, — постановляет, что в случае спора между двумя священниками, из коих один исполняет служение секте, не признаваемой церковью или отвергнутой епископом, а другой рукоположен епископом в обычном порядке, то лишь последний вправе обращаться к гражданской юрисдикции для того, чтобы иметь возможность выполнять свою функцию, например, затем, чтобы ему вручили ключи от церкви. Мы, в частности, можем прочесть во втором из этих решений подтверждающее решение суда в Риоме от 1 марта 1909, приведенное у Sirey, 1909, II p. 28 (Аббат Журнак, приходский священник общины Армон). „Принимая во внимание, что по смыслу ст. 5, § 1 закона от 2 янва-

Вот перед вами собственность, которая является ничем, и предназначение, которое становится всем, предназначение, защищаемое против самого собственника; предназначение, энергично защищаемое к к таковое, без того, чтобы можно было выйти хотя бы след субъекта права или субъективного права.

Я бы не мог выйти для того, чтобы закончить эти исследования, примера который бы более ярко показывал эволюцию юридических концепций, которую я пытался описать. Мне кажется, что я выполнил намеченную мной программу. Конечно, я не претендую на то, что произвел исследование во всех под областях это о стол глубокого преобразования, совершающегося в наши дни в социальном мире, и тем самым в области права. Но, быть может, я достаточно сказал для того, чтобы показать, что под давлением фактов старые юридические концепции исчезают, новые институты создаются, что если для изучения современно:о права ограни-

рия 1907, за отсутствием религиозных обществ, здания, предназначенные к отправлению культа, также как и вся их обстановка будут продолжать за исключением случая отмены этого предназначения, предусмотренно законом 9 декабря 1905, оставаться в распоряжении верующих служителей культа для отправления религиозных треб; принимая во внимание что закон поддерживает ясно, при новом режиме отделения церкви предназначение храмов для культа, который в нем прежде отправлялся, при режиме конкордата, что для применения этого принципа, в случае возникновения конфликта между двумя священниками по вопросу о завятии католического храма, право на таковое исключительно сохраняется за тем, который подчиняется правилам общей организации культа,—отправление которого он намерен обеспечить, в частности правилам духовной иерархии, и поддерживает связь со своим епископом; принимая во внимание, что напрасно кассационная жалоба опротестовывает решение, ссылаясь на отказ рассматривать, является ли отрешение аббата Эдольфа, произнесенное епископом Сен-Флура, правильным и согласным с постановлениями канонического права, и оно было, напротив, неправильно в том смысле, что было ничтожно по существу, как это ясно утверждал истец в своих заключениях; принимая во внимание, что апелляционный суд законно мотивировал отклонение этих заключений, объявив вполне правильно, что в его обязанности не входит рассмотрение того, являются ли меры, принимаемые иерархическими начальниками аббатов Эдольфа и Журиньака, согласными с каноническими правилами, так же, как и оценка их (*Gazette du Palais* от 21 февраля 1912 г.), «Апелляционный суд в Париже в решении от 9 февраля 1912 признает правильной просьбу о пересмотре дела священника Реймского собора и некоторого числа его прихожан, просящих о восстановлении в первобытное состояние некоторых частей собора, которые были изменены по приказанию префекта (*Le Gem* s 11 февраля 1912)—Ср. *Duguit, Traité de droit constitutionnel*, 1911, p. 128 et suiv. и приведенную там библиографию и судебную практику, *Bach, L'affectation des églises*, 1911».

чиваться комментированием законов наших кодексов, то действительность останется неизвестной, и что если кто желает ввести новые юридические категории в старые тесные рамки цивилистической системы права, то он приходит к полной несостоятельности.

Несколько благосклонных друзей, несколько слишком льстящих мне учеников говорят мне иногда, что я являюсь во Франции как бы главой реалистической школы. Нет, господа, это не верно, и по двум причинам. Во-первых, потому, что многие из моих коллег скорее, чем я, заслуживают этого названия; и затем, главным образом, потому, что реализм не является ни школой, ни доктриной; он есть метод, единственный плодотворный метод, единственный научный метод, о каком бы разряде значения ни шла речь. Следует наблюдать факты, их анализировать и синтезировать. Мой выдающийся коллега, доктор Видал, говорил недавно в блестящей лекции, прочтенной на вашем медицинском факультете, что для изучения медицины нужны прежде всего физиологические наблюдения. Чтобы изучать право, нужно прежде всего произвести социальные наблюдения и отбросить все старые метафизические концепции, не имеющие значения и лишённые реальности. Я пытался изложить перед вами некоторые применения этого метода. Я был бы счастлив, если не окажусь слишком недостойным избранной аудитории, которая пожелала слушать эти лекции.

Не без грусти подхожу я к концу своей работы. Я привык приходить каждую неделю беседовать с вами об этих острых проблемах. Но все часы проходят, как сказал поэт, и вот наступил час отъезда. Ваша страна имеет какое-то непонятное, притягивающее очарование, которое делает еще более грустным момент прощания.

Но, уезжая, я уношу с собой драгоценное воспоминание и значительную пользу от моего пребывания здесь. Я уношу также глубокое желание, чтобы работа нашего сотрудничества, в котором я был первым участником, не остановилась бы на этом.

Тот факт, что профессор французского юридического факультета явился преподавать у вас (факт, в котором моя личность не при чем), останется эрой в истории наших факультетов, и я, являясь истолкователем высоких лиц, на то уполномоченных, выражаю пожелания, чтобы научный взаимообмен установился между юридическим факультетом Буэнос-Айреса и нашими юридическими факультетами, в частности юридическим факультетом в Бордо, в добавление к давно уже существующим между вашими двумя городами торговым сношениям. Это было бы, я уверен, плодотворным явлением для обеих наших стран и для науки.

Еще раз благодарю за ваш радушный прием, за ваше благосклонное

внимание. Я сохранил об этом благодарное воспоминание. Позвольте мне надеяться, что вы не совсем забудете того, кто был в течение некоторых дней вашим сотрудником.

Буэнос-Айрес, 13 декабря 1911.

ПРИЛОЖЕНИЕ I.

Теория Мишу и метафизические концепции.

В третьей лекции (стр. 37) я говорил о том, как ясно и рельефно показал Мишу глубокое различие, отделяющее в настоящее время французских юристов, из которых одни желают поддержать старые метафизические концепции субъективного права и субъекта права, а другие желают их исключать, чтобы попытаться охватить факты, все факты, исключительно факты; и я дал понять, что Мишу был представителем и притом выдающимся представителем метафизических тенденций.

Тем не менее Мишу, казалось, имел намерение создать юридическую систему чистейшего позитивного порядка, из которой были бы исключены все данные метафизического порядка. В своей книге, *La théorie de la personnalité*, 1-re partie, p. 7 et 8, он пишет: Слово лицо означает попросту субъекта права; понятие личности является и должно оставаться понятием чисто юридическим. Это слово означает просто субъекта права, существо, способное обладать субъективными правами, ему непосредственно принадлежащими... Чтобы иметь понятие о том, отвечают ли некоторые существа этому определению, не следует рассматривать, представляют ли эти существа собою лиц в философском смысле слова. Следует спросить себя только, носят ли они такой характер, что субъективные права им должны быть предоставлены... По своему характеру это исследование — чисто техническое. Речь идет о том, чтобы выяснить, каков объем юридической абстрактной концепции для того, чтобы выяснить, к каким явлениям юридической жизни следует ее применять... Из способа понимания этой идеи естественно вытекают последствия более или менее широкие, позволяющие включить совокупность связанных между собою явлений в то, что называют юридической конструкцией. Ср. отзыв, данный Мишу о книге Вареяля Сомиера, *Les personnes morales*, 1902, в *Revue du droit public*, XX, 1903, p. 345 et suiv. Мишу еще определеннее высказал эти мысли в личном письме (21 января 1912), которое он разрешил мне огласить: „Относительно вопроса, который я особенно внимательно

изучал, я старался установить чисто техническую и, следовательно, чуждую внутренней сущности вещей теорию, имеющую своим предметом одно только установление порядка, ясности, логики в юридических понятиях нашего разума. Я несколько раз повторял, что я не понимаю реальности юридического лица в том смысле, как реалистические школы средних веков, и что я считаю бесполезным заниматься этим вопросом.

Я примению метафизические идеи в философии права, где я их считаю уместными, (хотя по этому предмету я ничего не опубликовывал), но не к его технике*.

Таким образом Мишу, написав два прекрасных тома, посвященных юридическому лицу, совершенно не интересуется реальностью вещей; существует ли, или не существует субъективное право, является ли или не является субъект права реальностью, все это ему совершенно безразлично. Вместе с Жюни (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n^o 16, p. 115) он допускает, что „эти идеальные концепции не имеют сами по себе значения“, что эти концепции могут быть допущены юристами „лишь как простые гипотезы, полезные лишь в той мере, в какой они облегчают настоящую задачу права, состоящую в проведении идеи правосудия в социальных отношениях“*).

Я не хочу разбираться и выяснять, не является ли чем-то бесполезным изобретение более или менее искусных гипотез для придания известного характера отношениям людей между собой, а принимаю на время точку зрения, на которую встал Мишу: понятие субъективного права — гипотеза; юридическое лицо, как субъект субъективного права — гипотеза. Я скажу в таком случае, что это гипотезы метафизические, что Мишу, каково бы ни было его мнение на свой счет, все еще остается главой метафизической школы. И вот почему. Литрен, Дармштетер одинаково определяют слово — метафизика: „то, что выходит за пределы природы“, и тем самым недоступно непосредственному констатированию. Однако, Мишу не мог бы, казалось мне, оспаривать того, что, когда он говорит: „за констатируемым мною фактом, то есть социальной защитой определенного состояния, я предполагаю наличие субъективного права и субъекта права, как носителя такового,“ — он создает гипотезу, выходящую за пределы возможности непосредственного констатирования фактов.

Правда, в другом месте своего труда (стр. 13) Мишу пишет: „лучшая техника та, которая наиболее непосредственно охватывает действительность“.

*) *Michoud. Théorie de la personnalité morale*, 1-re partie, 1906, p. 9.

Но в таком случае создавать техническую теорию значит уже не только формулировать гипотезу, а констатировать факты и возможно большее число фактов; это значит найти формулу для их синтеза, и эта формула будет тем лучшей, чем больше она будет охватывать действительность. Мишу говорит дальше (стр. 10): „Первые понятия, с которыми оперирует наука права, такие например, как понятия суб'ективного права, активного или пассивного субъекта права, являются ничем иным, как разложением юридического явления“. Я полагаю, что юридическим явлением является всякое состояние, которое предполагает социальную защиту, оно-то и есть действительность; элементы, которые его составляют и на которые анализ его разлагает, являются, следовательно, в свою очередь также элементами реальными; и выходит, что сам Мишу утверждает, что суб'ективные права, субъекты прав являются реальностью.

Верно то, что Мишу беспрерывно колеблется между желанием видеть в юридических конструкциях только гипотезы и желанием не заблудиться в лишенных реальности абстракциях.

Но будет ли понятие субъекта права и суб'ективного права утверждаться в виде гипотезы или как выражение реальности, оно останется понятием метафизического порядка, так как, что бы там ни говорилось, оно является понятием волеочия, которое и влечет за собой то или иное утверждение относительно внутренней природы воли.

Наконец Мишу пишет на стр. 10: „Ни одна техническая теория права не могла бы обойтись без них (понятие суб'ективного права, субъекта права), потому что без них вам было бы невозможно уместивно постигнуть юридические явления“. Опять утверждение метафизического порядка, так как это значит утверждать, что эти понятия являются необходимыми формами юридической мысли, так же, как время и пространство—необходимыми формами логической мысли. А последние, я полагаю, утверждения метафизического порядка, Демог написал интересные страницы о юридической технике, где он делает очень искусное разграничение между тем, что она содержит в себе гипотетического и что реального. Он сохраняет выражение—„суб'ект права“, но он в нем видит лишь „удобное слово“ и, очень искусно критикуя традиционную технику, пишет: „Все это иногда наивно, иногда опасно, а часто и то и другое вместе... Необходимо отныне остерегаться всех этих готовых конструкций... Мысли, которые мы до сих пор налагали относительно юридической техники, показывают, что таковая не является независимым исследованием, а напротив чем то относительным... Выраховывается необходимость дать место изменению, не кристаллизовать право... Техника может, в действительности оказаться со-

вершенной по своим результатам лишь при установлении точной классификации подлежащих удовлетворению интересов¹⁾).

Можно прочесть также очень хорошую критику понятия суб'екта права, сделанную Лаферрьером. Он говорит: „мы себя спрашиваем, однако, является ли понятие суб'екта права действительно настолько необходимым, как это утверждают, и не является ли та крайняя изобретательность, которую поневоле приходится выказывать для того, чтобы определить это понятие доказательством его слабости. Нас поражает, действительно, насколько это понятие, в силу своего расширения, становится мало содержательным“²⁾).

А Круазе сказал: „Всякая наука погибает в тот день, когда она кристаллизуется в неизменных формулах¹⁾).

Многие юристы хорошо бы сделали, если бы этого не забывали.

ПРИЛОЖЕНИЕ II.

Ответы некоторым критикам.

Мне иной раз делали упрек, с одной стороны, в возвращении к естественному праву и в занятии, несмотря на мои заявления, метафизикой, а с другой стороны, в том, что я не знаю естественного права и в этом вопросе держусь упрощенного реализма и такого же детерминизма.

Первый из этих упреков мне кажется незаслуженным. Что проводимые мною идеи чужды традиционным доктринам, известным под именем доктрин естественного права, это мне кажется вытекает из того, что я писал в моей книге, озаглавленной „Le droit social et le droit individuel“, р. 60 и в моем „Traité de droit constitutionnel“, 1, р. 17. Естественное право всегда понималось, как абсолютное, идеальное, неизменное правило, которое воспринимается людьми путем естественной интуиции и к которому с каждым днем все больше и больше стремятся приблизиться государства. Та же норма права, которую я базирую на констатировании факта социальной взаимозависимости, является правилом изменчивым и случайным результатом социальных фактов, устанавливаемым пу-

¹⁾ Les notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 260, 263, 293 et 322.

²⁾ Compte rendu de l'ouvrage de M. Demogue, Revue du droit public, 1911, p. 804.

¹⁾ Discours à la Sorbonne, Revue de l'enseignement supérieur, 1910, 11, p. 394.

тем наблюдения. Как я об этом уже писал в 1900 г.: „закон имеет значение лишь тогда, когда он соответствует минутным и изменчивым условиям настоящей жизни данного общества, определяющимся путем наблюдения и разумного анализа его эволюции и его структуры²⁾).

Отсюда далеко, я полагаю, до традиционной доктрины естественного права, которая гласит: закон имеет значение лишь тогда, когда он соответствует абсолютным и неизменным принципам права, обнаруженным естественным разумом. Возможно, что против своей воли я отступаю иногда от метода реалистического наблюдения, которого я решил придерживаться, но я полагаю, что в отношении существа моего учения я не заслуживаю упрека в занятии метафизикой.

В письме от 23 января 1912 г., которое Мишу меня уполномочивает огласить также, как и то, которое уже приведено в приложении 1, он мне пишет: „Я, конечно, занимаюсь метафизикой и я этого не стану отрицать, так как я допускаю (*La théorie de la personnalité morale*, 2-е partie, p. 58 et suiv.) существование естественного права. Говоря вам что вы сами не избегнете этого, я намекал на вашу теорию нормы права, которая вполне очевидно выходит за пределы данных опыта; так как последние нам указывают на факт солидарности, а никак не на обязательность для нас соблюдать правило, более или менее непосредственно из этого факта вытекающее. Чтобы доказать это обязательство, следовало бы доказать не только то, что оно необходимо для существования и благосостояния людских групп и самого человечества, но также и то, что мы обязаны способствовать этому существованию и благосостоянию. Возможно ли это, в действительности, без того, чтобы не прибегнуть к трансцендентным понятиям“?

Очевидно, из факта солидарности нельзя сделать вывода о существовании правила, которое было бы обязательно для человека потому, что это правило хорошее. Одним словом, отсюда нельзя сделать заключения о существовании морального правила. Я об этом говорил уже несколько раз. (*L'état, le droit objectif et la loi positive*, p. 101; *Traité de droit constitutionnel*, 1, p. 18). Если бы я утверждал, что существует моральное правило, основанное на факте солидарности, я бы занимался метафизикой. Но я говорю, что человек, социальное существо, обязан сообразоваться с законом взаимозависимости, так как на практике, если он этого не исполняет, то из этого происходит социальная реакция или, по крайней мере, нарушение общественного порядка. Я писал (*Traité de droit constitutionnel*, 1, p. 19): „Мы не говорим: человек должен содей-

²⁾ *Le droit social et le droit individuel*, p. 62.

ствовать социальной солидарности потому, что такое содействие хорошо само по себе; но человек должен содействовать социальной солидарности потому, что он человек и потому, что как таковой он не может жить иначе, как при помощи солидарности. Мы не говорим: акт содействия солидарности хорош; мы говорим: акт содействия имеет социальное значение и социальные последствия. Когда камень падает с высоты башни, я говорю, что он обязательно подчиняется закону падения тел; говоря это, я не формулирую, мне думается, положения трансцендентного порядка; точно также я не формулирую такого положения, когда я говорю, что человек должен обязательно подчиняться закону социальной взаимозависимости. Я признаю, впрочем, что между двумя этими положениями существует то различие, что человек сознает свое положение, между тем, как камень, вероятно, но не наверно, этого не сознает.

Рассуждая таким образом, я подошел к направленной против меня со стороны Оряу критике в том смысле, что я держусь упрощенного реализма и такого же детерминизма.

Оряу оказал мне большую честь, опубликовав под заглавием: Идея Дюга (Les idées de M. Duguit, отгиск из Recueil de Législation de Toulouse, 1911) большое критическое исследование, касающееся идей, выраженных в моих различных сочинениях и, в частности, в 1 томе моего *Traité de droit constitutionnel*. Я не в состоянии обращаться к каждой в отдельности, из обращенных против меня ученым коллегой, критических нападков и оспаривать их. Но мне кажется, что все они резюмируются в следующих отрывках, помещенных на стр. 15 и 16: „Среди социологов, говорит он, господствует направление, основывающееся на монизме и чистой логике, жертвой которого стал вслед за многими другими и Дюга; не подпасть под влияние этого направления очень трудно. Это направление происходит главным образом из философского верования в то, что мы назовем вместе с Тардом однолинейным детерминизмом, то-есть из верования в сцепление всех естественных явлений в одну и ту-же серию. . . Если допустить сцепление социальных актов в однолинейную серию таких, то не будет ни порядка, ни беспорядка, ни справедливости, ни несправедливости, будут лишь общественные явления, все одинаково квалифицируемые и фатально вызываемые одни другими. Это направление ума восстает против самого понимания проблемы целевого. . . Но право нуждается по самой своей технике, в отличии порядка от беспорядка, дозволенного от недозволенного, справедливого от несправедливого, оно нуждается в постулате целевого, а также в постулате свободы действующих лиц в выборе средств. Таким

образом между детерминистской социологией и правом существует тот же конфликт, что и между этой социологией и моралью... Детерминизм в виде сложных серий допускает, что существует в одно и то же время в природе беспрерывность и прерывистость.. существует непрерывный ряд явлений, которые вызваны одни другими, но есть также существа, произвольность которых играет роль фактора, прерывающего непрерывность рядов, и действия которых, не могущие быть приравнены к предыдущим, являются причиной нового ряда явлений".

Ориу ссылается для поддержки этих мыслей на авторитеты Лашелле, Бутру, Виллиама Джемса, Бергсона, Дюменьяля.

Как мы здесь далеки от позитивного исследования социальных фактов, единственного, которое я имел в виду произвести, единственного, которое могут и должны производить юристы. Я не подозревал, что для критики моих скромных писаний понадобится не более и не менее, чем ссылка на известных мастеров современной философии. Будут ли явления социального мира и мира физического разворачиваться в виде однопериодных или многолинейных серий, имеются или нет существа, произвольность которых играет роль фактора, нарушающего непрерывность рядов, вуждается ли право в постулате целевого и в постулате свободы действующих лиц в выборе средств,—я настаиваю на том, что это совершенно безразлично для позитивного изучения социальных фактов, как и фактов физических. Одни из них сознательны, другие, повидимому, нет. но и те и другие суть факты и те и другие доступны непосредственному наблюдению. Никто более меня не восхищается проникательностью Виллиама Джемса, могучим и поэтическим воображением Бергсона, глубокой тонкостью Ориу. Но вне непосредственного наблюдения фактов, их умопостижения не подвигнет ни на йоту наших позитивных знаний. Сам Ориу гораздо больше сделал для прогресса науки права своими повестине реалистическими заметками, опубликованными в *Reueil de Sirey*, чем метафизическими мечтаниями, изложенными в *Science sociale traditionnelle*, в *Mouvement social*, в *La théorie de l'institution* и в *Principes de droit public*.

Если меня упрекнут в том, что я плохо наблюдал факты, не сумел анализировать причины, приведшие к настоящей дифференциации управляемых и управителей, преобразование современного государства, характер спондилистского движения настоящего времени во Франции, внешние формы, прикрывающие юридические отношения, то такую критику я пойму и принимаю. Что же касается упрека в неопределении своего взгляда на беспрерывность или прерывность явлений, на разворачивание их в виде однопериодных или многолинейных серий, к конечному результату, к при-

чинности и к свободе, я бы не мог с ним согласиться, так как я имею как раз своею целью исключить все эти проблемы, относительно которых я считаю, что никому и никогда не удастся их разрешить. Всеми этими философскими умозрениями я восхищаюсь, я их люблю; но это не более, как прекрасные поэмы. ¹⁾

ПРИЛОЖЕНИЕ III.

Налог на прирост ценности земельной собственности в Англии и в Германии.

Хотя и в меньшей степени, чем в странах Южной Америки и, в частности, в Аргентине, в европейских странах происходит, помимо всякого труда собственника, акт матиическое повышение ценности городских и сельских земель. Пока понятие собственности—права господствовало исключительно, вопрос о непосредственном или посредственном посягательстве на это увеличение ценности, происшедшее помимо участия собственника, несмотря на его бездеятельность, не ставился вовсе. В настоящее время, напротив, он ставится повсюду и в двух отнюдь не маленьких странах, Англии и Германии, недавно установлен налог на прирост земельной ценности.

В Англии Finance act 1910, ст. 1, устанавливает налог, называемый Increment duty: „Согласно положениям этой части настоящего акта устанавливается, налагается и взимается налог на прирост ценности (increment value) всего участка, налог, называемый increment-value-duty в размере одного фунта за каждые полные 5 фунтов повышения ценности земли, начиная с 30 апреля 1900“. Согласно ст. 3, при истечении срока найма участка устанавливается налог на сумму прибыли, приобретенной лицом, отдающим в наем землю; этот налог называется reversion duty, и он определен в размере одного фунта за каждые полные 10 фунтов этого прироста ценности. Это не все: тот же английский закон затрагивает и бездеятельность собственника и устанавливает специальный налог на земельную ценность участков, лежащих втуне. „Устанавливается, налагается и взимается на финансовый год, истекающий 31 марта 1910 г.,

¹⁾ Aubry, Essais de critique philosophique, la philosophie de M. Hauriou, ext. ait des Annales de la Faculté de Droit d'Aix, 1912 — Об естественном праве и направленной против меня с этой точки зрения критике можно посмотреть; Charmont La renaissance du droit naturel, 1910; G. Platon, Pour le droit naturel, 1911.

и весь следующий фискальный год в отношении земельной ценности (site value) участков неиспользованных (undeveloped duty), налог называемый undeveloped land duty в размере полпенни за каждые 20 икклингов ценности этого участка ¹⁾.

В Германии налог на прирост ценности недвижимостей, введённый в принципе в параграфе 90 закона от 15 июля 1909 (Reichs-stempelgesetz) был подробно определён законом 14 февраля 1911 г. ²⁾

Согласно этому закону, производится исчисление прироста стоимости недвижимости и взимается предварительно известная доля прироста ценности под видом налога по случаю всякой передачи недвижимой собственности между живыми и по возмездным сделкам, за исключением некоторых привилегированных видов передач собственности. Налог должен распространяться лишь на не заработанный прирост ценности, который произошёл помимо деятельности собственника.

Можно найти интересные подробности об этом налоге в статьях В. Уалида ³⁾. Он вполне правильно отмечает различие существующее между причинами, вызвавшими принятие этих законов в Англии и в Германии.

В Англии рассматривали налог на прирост ценности земли прежде всего как орудие экономической и социальной реформы; в Германии же хотя и ссылались на теоретическое начало, но имели главным образом ввиду избежать дефицита в бюджете Империи.

Не будет бесполезным сравнить с этими постановлениями мало известный и редко применяемый французский текст закона, ст. 30 закона 16 сентября 1807 г., позволяющей взимать с получающего выгоду собственника, часть прироста ценности, происшедшего от производства обществен-

¹⁾ Ср. с интересной ст. „В. Уалида“ *L'imposition des plus-values foncières en Angleterre* *Revue de science et de législation financières*, 1910, p. 389 et suiv.

См также подробный разбор отчёта лорда-канцлера казначейства Льюиса Джорджа, представленный 21 апреля 1909 в палату общин, *Bulletin de statistique et de législation comparée*, 11, 1909, p. 593.

В нём в частности говорится: собственник ценного участка земли, довольствующийся ограниченным доходом, вне зависимости от цены земли, учитывая получение дальнейшей прибыли от повышения цены... избегает налога в той части капитала, которую он накапливает, удаляя с рынка участки земли, могущие быть использованными для постройки домов или заводов он становится причиною спекулятивного и вредного для общих интересов повышения цен". (*Ibid*, стр. 595).

²⁾ См. перевод текста этого закона в *Bulletin de statistique et de législation comparée*, 1911, 1, p. p. 339 et 442.

³⁾ *Revue de science et de législation financières*, 1910, p. 173 et suiv. et 1911, p. 325 et suiv.

ных работ. Статья эта гласит: „когда вследствие объявленных работ, когда вследствие проложения новых улиц... или всяких других публичных работ, производимых по приказанию департамента или общины, или одобренных правительством, недвижимости частных собственников значительно увеличивают свою ценность, на эти недвижимости может быть возложено обязательство заплатить возмещение, которое может достигать размеров половины ценности приобретенных ими выгод“¹⁾).

ПРИЛОЖЕНИЕ IV.

Ответственность собственника и французская практика.

Судебная палата в Кальмаре в одном из своих старых решений от 2 мая 1855 г. (Dalloz 1856 p. 9) высказалась, что хотя по общему правилу право собственности есть право в некотором роде абсолютное, представляющее собственнику возможность пользоваться и злоупотреблять вещью, тем не менее, осуществление этого права, как и всякого другого, должно иметь своим пределом удовлетворение серьезного и законного интереса. Суд Меца выносит решение, обязывающее собственника снять заслон со своего участка. „Принимая во внимание, что X..., не может без злоупотребления сохранять заслон, не приносящий ему никакой пользы, и могущий служить только для причинения ущерба его соседям“ (27 июля 1900, Sirey 1901, 11, p. 147), Кассационный суд решает, что собственник не может производить раскопок на своем участке, когда они безосновательны и имеют последствием причинение ущерба соседу: „Принимая во внимание, что, хотя ст. 544 дает каждому право пользоваться и распоряжаться вещью самым абсолютным образом, это право все же умеряется естественной и законной обязанностью не причинять собственности другого никакого вреда; принимая во внимание, как фактически установлено, что работы по бурению, устроенные X... на его земле, были особенно вредными для соседних источников и что произведенные раскопки

¹⁾ Ср. доклад Бонневе в палате депутатов, требующий отклонения предложения Карно и нескольких из его коллег (11 июля 1907), стремившихся утвердить за общинами участие в приросте ценности земельных участков и недвижимостей, происшедшем вследствие публичных работ. Бонневе заявляет от имени комиссии, что положения закона от 16 сентября 1807 г. ст 30, и закона от 3 мая 184 г. ст 51 являются более чем удовлетворительными. (Оффич. докум. Парламента, Палата, 1909, Чрезвычайная сессия, п. 2, 813, стр. 60).

не могли быть ничем полезны для его собственного источника" (кассация 10-го июня 1902, Siréy 1903, 1 p. 12).

Публицисты классики энергично отстаивали принципы собственности права абсолютного и критиковали эти решения; Вольти Лакавтиери говорят так: „построив стену на моем участке, свободном от всякого сервитута, я закрываю вид, который имел дом моего соседа на деревню; я не должен произвести никакого возмещения, так как я только пользовался своим правом. *Neminem laedit qui suo jure utitur*“.

Другие, не без колебания, приняли идею ограничения права собственности. Но ограничивать право собственности при отсутствии сервитутов общественной пользы, не является ли это чем то очень важным? Не значило ли бы это уничтожить самое право собственности, и, с другой стороны, как обосновать это ограничение, как определить его предель? Отсюда споры, схоластические различия, которые не могли ни к чему привести. Это было фатально, потому что, с одной стороны, утверждали, что собственность согласно самому определению ее является правом пользоваться и произвольно распоряжаться вещью, а с другой—утверждали, что это дискреционное право имеет границы. Впрочем, не достаточно для объяснения постановлений судебной практики, которые обязательны, как некое выражение действующего права, сказать, что право собственности ограничено. Если бы, действительно, право собственности было только ограничено, из этого бы вытекала только для собственника обязанность воздержаться от некоторых действий в отношении своей вещи. А между тем, ему предписывается не только воздерживаться от некоторых действий; на него возлагаются и положительные обязательства. Он должен принимать, например, известные меры предосторожности, и, если он их не принял, он является ответственным. Решение кассационного суда от 18 февраля 1907 г. особенно характерно в этом отношении. „Принимая во внимание, сказано в этом решении, что промышленник, который эксплуатацией своего завода причиняет соседям ущерб, превышающий меру обычных обязанностей соседства, виновен, если пренебрегает мерами предосторожности, которые он должен принять, чтобы предупредить эти неудобства; из чего следует, что противное этому положению нарушило бы ст. 1382 гражданского Кодекса“ (Dalloz, 1907 г. 1 p. 385). Я не скажу, чтобы это решение верховного суда не вызывало никакой критики но я от нее воздержусь, так как оно показывает, что судебная практика допускает без колебания существование положительных обязательств, налагаемых на собственника.

Этих противоречий и этих трудностей думали избежать, создавая—на

первый взгляд соблазнительную—теорию, которая пользуется еще большим уважением, которая в гражданских Кодексах немецком и швейцарском санкционирована формальной статьей и была во Франции предметом весьма научных исследований в частности Салейлла, Жюсерана, Феррона, Рилера. Ст. 226 германского и Гражданского уложения гласит так: „Осуществление права не разрешается в том случае, когда оно не может иметь иной цели, кроме причинения вреда другому“.

И ст 3 § 2 швейцарского гражданского Кодекса: — „тот, кто явно злоупотребляет своим правом, не пользуется никакой законной защитой“. Я восхищаюсь усилиями, сделанными моими учеными коллегами для построения этой теории злоупотребления правом. Но они не могут ее закончить, так как эта теория выжидается на внутреннем противоречии; говорить, что злоупотребительное осуществление права не дозволено или даже, что тот, который явно злоупотребляет своим правом, не пользуется никакой законной защитой, значит; просто говорить, что совершают вещь, которую не вправе совершать, что выходят за пределы прерогатив, связанных с таким то и таким то правом. И в этом нет ничего нового. Теория злоупотребления правом не содержит в себе ничего специфического. Я бы не мог сказать вместе с Плавинием (*Droit civil*, II n^o 871), что формула злоупотребления в использовании прав „является игрой слов“, но, подобно ему, я считаю, что когда есть право, оно кончается там, где начинается злоупотребление. Я добавлю, что эта теория илц, по крайней мере, эта формула, злоупотребление правом, объясняется только обстоятельствами.

Она была средством, выдуманном юристами для того, чтобы устранить последствия, логически вытекающие из абсолютного характера права собственности, и поддержать в то же время этот характер. Вот почему эта теория злоупотребления права получила на самом деле применение лишь в отношении прав собственности. То же средство было употреблено, правда, очень удачно, для того, чтобы подчинить дискреционные акты администрации контролю юрисдикции. Административное *impetium*, рассматриваемое как абсолютное, оправдывало всякий административный акт, совершаемый компетентным должностным лицом, согласно предписанным формам, какова бы ни была та цель, которая имелась ввиду при совершении этого акта. Государственный Совет искусно ввел понятие извращения полномочий. Потом мало по малу понятие извращения полномочий смешалось с понятием превышения власти, с которым оно тождественно. Должностное лицо настолько же превышает свою власть, когда он совершает акт, не входящий в его компетенцию, как и тогда, когда он совершает акт, входящий по форме в его компетенцию, но с целью

ной, чем та, которую закон имел в виду, предоставляя ему такую. Извращение полномочий и злоупотребление правом были средствами, изобретенными для противодействия последствиям абсолютного характера, приданного *imperium* и *dominium*. Пришли к тому, что признали, что извращение полномочий тождественно с превышением власти; следует признать, что злоупотреблять своим правом собственности или выходить за пределы права собственности совершенно одно и то же. Вот почему теория злоупотребления правом не разрешает вовсе проблемы ответственности собственника, и приверженцы этой теории находятся в таком же затруднении, как и те, которые просто говорят, что право собственности имеет само по себе границы.

Формулой злоупотребления правом, кажущейся наиболее точной, является та, которая была дана Рипером (Dalloz при кассационном решении 18 февраля 1907, 1, р. 386), а также Ферроном (при решении суда в Бордо, 14 декабря 1903, Sirey 1905, 11, р. 17). Согласно этим авторам, злоупотребление начинается тогда, когда видя *ненормальным*, чрезмерным развитием своей деятельности, своей свободы или своей собственности препятствует *нормальному* развитию свободы или собственности другого. В конце концов, злоупотребление правом — это ненормальное использование этого права. Остается определить, что является нормальным использованием и что является ненормальным использованием права вообще и в частности права собственности. Очевидно, это дело нелегкое, или лучше сказать, невозможное. Идея нормального и ненормального в социологии, несмотря на авторитет Дюркгейма, очень живо ее защищавшего, не может ни к чему привести. ¹⁾

Согласно мнению этого выдающегося социолога нормальным будет всякий факт, приравняемый к среднему уровню социальных фактов. ²⁾

¹⁾ Les règles de la méthode sociologique. p. 59 etc. (F Alcan).

²⁾ О злоупотреблении правом, помимо выше приведенных заметок Рипера и Феррона, см. *Teissière* Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, these Aix, 1901; *Ripert* De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, 1902; *Charmont* L'abus du droit, Revue trimestrielle de droit civil 1902 p. 113 et suiv.; *Josserand*, De l'abus des droits, 1905; *Salanson*, De l'abus des droits, Thèse, Paris 1903. *Mare Desserteaux*, Abus de droit ou conflit de droits Revue trimestrielle de droit civil, 1906, p. 119 et suiv. и, главным образом, *Salieilles* Rapport (доклад) первой подкомиссии по пересмотру гражданского кодекса, в Bulletin Société d'études législatives 1905, p. 329 et suiv. Решение гражданского суда Тулузы от 13 апреля 1905, сблизило понятие злоупотребления правом и извращения полномочий (Dalloz, 1906, 11 p. 105 с примечанием

Остается определить основания для установления этого среднего уровня, а это конечно является невозможным, главным образом в отношении обычного использования благ.

СПбГУ

Жоссерана) — ср. *Наум*, *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, 1910, особенности p. 391 et suiv., p. 423 et suiv.