

И.А. Покровский

**Основные проблемы
гражданского права**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 340
ББК 67.0
И11

И11 И.А. Покровский
Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский – М.: Книга по Требованию, 2019. – 328 с.

ISBN 978-5-519-66099-0

Предлагаемая вниманию читателя книга Иосифа Алексеевича Покровского (1868-1920) "Основные проблемы гражданского права" принадлежит к числу самых блистательных произведений юридической науки.

ISBN 978-5-519-66099-0

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2019

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2019

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первозданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.

Съ тѣхъ поръ какъ книга была написана, въ жизни нашего отечества совершился огромный перезоротъ. Но этотъ перезоротъ не далъ мнѣ основаній измѣнить что-либо въ содержаніи: то, что было сказано мною тогда—при старомъ режимѣ, можетъ быть повторено полностью теперь, когда мы находимся передъ созиданіемъ нашего новаго свободного строя. Перезоротъ только приблизилъ насъ къ великимъ вопросамъ, и то, что имѣло тогда лишь теоретическое значеніе, приобрѣло теперь характеръ непосредственныхъ практическихъ задачъ.

При новыхъ условіяхъ русскіе граждане, въ полной мѣрѣ, держать будущія судьбы свои въ своихъ рукахъ. Они сами являются теперь строителями своей жизни, тзрцами своего права. Но для того, чтобы строить и творить, надо прежде всего больше знать и больше понимать: наивѣстнѣй уровень юридическихъ знаній дѣлается теперь общегражданской обязанностью. И если предлагаемая книга хоть нѣсколько поможетъ русскому обществу разобраться въ основныхъ вопросахъ гражданскаго права, если она поможетъ ему въ предстоящемъ строительстве, то она появилась не напрасно.

Ренанъ когда-то сказалъ: политика подобна пустынѣ; въ ней идутъ наугадъ—то на сѣверъ, то на югъ,—просто потому, что надо идти; но никто не знаетъ, гдѣ добро, гдѣ зло. Мы же думаемъ, что, какъ для пустыни, такъ и для политики есть свой компасъ. Стрѣлка этого компаса всегда поворачивается къ одному пункту—именно къ тому, гдѣ сходятся свобода и социальная солидарность, и пусть русское общество никогда не сбивается съ этого пути.

Москва.
Іюнь 1917 г.

Понятіе гражданского права и вопросъ о его соціальной цѣнности.

Терминъ „гражданское“, или „частное“ право извѣстенъ съ очень давнихъ временъ. Уже древніе римскіе юристы оперируютъ съ этимъ терминомъ, расчленивъ всю обширную область права на двѣ большія сферы—сферу права публичнаго (*jus publicum*) и сферу права частнаго, или гражданского (*jus privatum*, или *jus civile*). Съ той поры это дѣленіе является прочнымъ достояніемъ юридической мысли, составляя непремѣнный базисъ научной и практической классификаціи правовыхъ явленій.

Несмотря на такую, можно сказать „незапамятную“, давность употребленія, самый критерій различія между правомъ публичнымъ и частнымъ остается до сихъ поръ невыясненнымъ. Даже болѣе того: современному изслѣдователю этого вопроса можетъ показаться, что чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе вопросъ запутывается и дѣлается безнадежно неразрѣшимымъ.

Долгое время юриспруденція довольствовалась тѣмъ опредѣленіемъ этого различія, которое еще было дано старыми римскими юристами: публичное право—это то, которое имѣетъ въ виду интересы государства, какъ цѣлаго, а частное право—то, которое имѣетъ въ виду интересы индивида, какъ такового („*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*“). Но болѣе тщательное изслѣдованіе XIX вѣка обнаружило всю теоретическую и практическую несостоятельность этой формулы. Развѣ такое или иное строеніе семьи, собственности или наслѣдованія безразлично для государства, какъ цѣлаго? И тѣмъ не менѣе все это безспорные институты гражданского права. Развѣ не интересы государства, какъ цѣлаго, преслѣдуетъ государственное управленіе, заключая контрактъ о поставкѣ провіанта или обмундированія для арміи, защищающей отечество? И тѣмъ не менѣе такой контрактъ бесспорно принадлежитъ къ области права частнаго, а не публичнаго.

Римское опредѣленіе существа гражданского права не могло устоять передъ подобными критическими вопросами, и наука вынуждена была искать новыхъ путей. Здѣсь не мѣсто излагать

длинную исторію этихъ исканій. Одни изъ мыслителей пытались указать такой или иной матеріальный критерій, полагая, что различіе между правомъ публичнымъ и частнымъ кроется въ самой матеріи, въ самомъ содержаніи регулируемыхъ отношеній: довольно распространеннымъ было нѣкоторое время воззрѣніе, что единственной теоретически правильной сферой гражданского права является сфера отношеній имущественныхъ (въ Германіи Зомъ, у насъ Кавелинъ, Мейеръ). Другіе, напротивъ, усматривали критерій различія въ сторонѣ формальной, т.-е. въ способѣ судебной защиты: право публичное то, которое охраняется по инициативѣ власти въ порядкѣ суда уголовного или административнаго, а право частное то, которое охраняется по инициативѣ частнаго лица и въ порядкѣ суда гражданского (Тонъ, у насъ Дювернуа и др.). Но и то и другое теченія разбивались о весьма вѣскія возраженія, и неудивительно, если эти неудачи вызвали появленіе совершенно скептическаго отношенія къ нашему вопросу: нѣтъ вовсе никакого принципиальнаго отличія между правомъ публичнымъ и частнымъ; самое это дѣленіе, созданное римскими юристами для своихъ чисто историческихъ нуждъ, въ настоящее время утратило свое значеніе и если еще въ теоріи сохраняется, то лишь исключительно по традиціи (Шлоссманъ, у насъ Д. Гриммъ).

Но это скептическое настроеніе можетъ быть понято только какъ временное состояніе научной усталости. Юриспруденція инстинктивно чувствуетъ, что въ основѣ нашего различія лежитъ нѣчто не случайно-историческое, а глубоко принципиальное; она смутно улавливаетъ глубокую разницу въ самомъ духѣ права публичнаго и частнаго и, несмотря ни на что, продолжаетъ держаться этого дѣленія, какъ основы всей научной классификаціи. И думается, что инстинктъ ея не обманывается.

Право, какъ извѣстно, имѣетъ свою общую цѣлью регулированіе междучеловѣческихъ отношеній. Но если мы присмотримся ближе къ способамъ или приѣмамъ этого регулированія, то мы замѣтимъ слѣдующее крупное различіе.

Въ однихъ областяхъ отношенія регулируются исключительно велѣніями, исходящими отъ одного единственнаго центра, каковымъ является государственная власть. Эта послѣдняя своими нормами указываетъ каждому отдѣльному лицу его юридическое мѣсто, его права и обязанности по отношенію къ цѣлому государственному органу и по отношенію къ другимъ отдѣльнымъ лицамъ. Только отъ нея, отъ государственной власти, могутъ исходить распоряженія, опредѣляющія положеніе каждого

отдѣльнаго человѣка въ данной сферѣ отношеній, и это положеніе не можетъ быть измѣнено никакой частію волей, никакими частными соглашеніями (еще римскіе юристы говорили: *publicum jus pactis privatorum mutari non potest*). Регулируя всѣ эти отношенія по собственному почину и исключительно своей волей, государственная власть принципиально не можетъ допустить въ этихъ областяхъ рядомъ съ собой никакой другой воли, ничьей другой инициативы. Поэтому исходящія отъ государственной власти нормы имѣютъ здѣсь безусловный, принудительный характеръ (*jus cogens*); предоставляемые ею права имѣютъ въ то же самое время характеръ обязанностей: они должны быть осуществлены, такъ какъ неосуществленіе права явится неисполненіемъ сопряженной съ ними обязанности (бездѣйствіемъ власти).

Типичнымъ и наиболѣе яркимъ образомъ описаннаго приема правового регулированія является современная организація народной обороны, т.-е. военныхъ силъ страны. Здѣсь все сводится къ одному единственному управляющему центру, отъ котораго только и могутъ исходить нормы, опредѣляющія жизнь цѣлаго и положеніе каждаго отдѣльнаго индивида. Эти нормы опредѣляютъ, подлежитъ ли данное лицо воинской повинности или нѣтъ; если подлежитъ, то онъ властно и принудительно указываютъ ему его мѣсто въ рядахъ войска, опредѣляютъ его положеніе, какъ рядового или офицера въ такомъ-то полку и т. д. И никакія частныя соглашенія не могутъ измѣнить въ этомъ положеніи ни одной черточки: я не могу замѣнить васъ на службѣ, помѣняться съ вами полками или предоставить вмѣсто себя мѣсто офицера. Все здѣсь подчинено одной рукозодящей волѣ, одному командующему центру; все здѣсь централизовано.

Вотъ этотъ-то приемъ юридической централизаціи и составляетъ основную сущность публичнаго права. То, что такъ ярко и непосредственно ощущается въ сферѣ военнаго права, представляетъ общую характерную черту всѣхъ отраслей права публичнаго—права государственнаго, уголовного, финансоваго и т. д.

Къ совершенно иному приему прибѣгаетъ право въ тѣхъ областяхъ, которыя причисляются къ сферѣ права частнаго, или гражданскаго. Здѣсь государственная власть принципиально воздерживается отъ непосредственнаго и властнаго регулированія отношеній; здѣсь она не ставитъ себя мысленно въ положеніе единственнаго опредѣляющаго центра, а, напротивъ, предоставляетъ такое регулированіе множеству иныхъ маленькихъ центровъ, которые мыслятся, какъ нѣкоторые самостоятель-

ныя социальныя единицы, какъ субъекты правъ. Такими субъектами правъ въ большинствѣ случаевъ являются отдѣльные индивиды—люди, но, сверхъ того, и различныя искусственныя образованія—корпорации или учрежденія, такъ навываемыя лица юридическія. Всѣ эти маленькіе центры предполагаются носителями собственной воли и собственной инициативы, и именно имъ предоставляется регулированіе взаимныхъ отношеній между собой. Государство не опредѣляетъ этихъ отношеній отъ себя и принудительно, а лишь занимаетъ позицію органа, охраняющаго то, что будетъ опредѣлено другими. Оно не предписываетъ частному лицу стать собственникомъ, наслѣдникомъ или вступить въ бракъ; все это зависитъ отъ самого частнаго лица или нѣсколькихъ частныхъ лицъ (контрагентовъ по договору); но государственная власть будетъ охранять то отношеніе, которое будетъ установлено частной волей. Если же она и даетъ свои опредѣленія, то, по общему правилу, лишь на тотъ случай, если частныя лица почему-либо своихъ опредѣленій не сдѣлаютъ, слѣдовательно—лишь въ исполненіе чего-либо недостающаго. Такъ, напр., на случай отсутствія завѣщанія государство опредѣляетъ порядокъ наслѣдованія по закону. Вслѣдствіе этого нормы частнаго права, по общему правилу, имѣютъ не принудительный, а лишь субсидіарный, восполнительный характеръ и могутъ быть отмѣнены или замѣнены частными опредѣленіями (*jus dispositivum*). Вслѣдствіе же этого гражданскія права суть только права, а не обязанности: субъектъ, которому они принадлежатъ, воленъ ими пользоваться, но воленъ и не пользоваться; неосуществленіе права не составляетъ никакого правонарушенія.

Такимъ образомъ, если публичное право есть система юридической централизаціи отношеній, то гражданское право, наоборотъ, есть система юридической децентрализаціи: оно по самому своему существу предполагаетъ для своего бытія наличность множества самоопредѣляющихся центровъ. Если публичное право есть система субординаціи, то гражданское право есть система координаціи; если первое есть область власти и подчиненія, то второе есть область свободы и частной инициативы ¹⁾).

¹⁾ Критеріи юридической централизаціи или децентрализаціи были выдвинуты впервые проф. Петражицкимъ („Die Lehre vom Einkommen“, II, S. 462 и сл., „Ученія Зяп. Кіевского Унив.“ 1896 г., кн. 8) и Р. Штаммлеромъ („Wirtschaft und Recht“, „Das Recht der Schuldverhältnisse“) Нолтинее учение проф. Петражицкаго см. его Теорія права. Т. II (1910), стр. 647 и сл.

Таково, въ самомъ схематическомъ видѣ, принципиальное различіе между правомъ публичнымъ и частнымъ. Однако, при этомъ нужно имѣть въ виду слѣдующее.

1. Граница между публичнымъ и частнымъ правомъ на протяженіи исторіи далеко не всегда проходила въ одномъ и томъ же мѣстѣ; области одного и другого многократно мѣнялись. То, что въ одну эпоху регулировалось по началамъ юридической децентрализаціи и, слѣдовательно, относилось къ области частнаго права, въ другую эпоху перестраивалось по типу юридической централизаціи и такимъ образомъ переходило въ область публичнаго права, и наоборотъ. Мы не можемъ здѣсь вдаваться во всестороннее изслѣдованіе историческаго взаимоотношенія между этими областями, но укажемъ нѣкоторые примѣры подобнаго перестроенія.

Извѣстно, напримѣръ, что въ древнѣйшую эпоху еще только зарождавшаяся и слабая государственная власть не вмѣшивалась въ ту область, которая составляетъ въ настоящее время сферу уголовного права: возмездіе за причиненную обиду, месть или соглашеніе о штрафѣ, предоставлялось самимъ заинтересованнымъ лицамъ. Вслѣдствіе этого, напр., въ старомъ римскомъ правѣ членовредительство или воровство составляли явленія не публичнаго, а частнаго права: мщеніе осуществлялось самимъ потерпѣвшимъ или его близкими, штрафъ устанавливался и взыскивался по частной инициативѣ и въ порядкѣ обыкновеннаго гражданскаго суда. Но затѣмъ мало-по-малу государство начинаетъ брать отношенія, возникающія по поводу преступленій, исключительно въ свои руки, отстраняя принципиально частную волю лицъ, непосредственно заинтересованныхъ. Равъ совершенно преступленіе, положеніе преступника опредѣляется исключительно волею власти, и никакая частная воля этого положенія измѣнить не можетъ: государство по собственной инициативѣ прилагаетъ обвиненнаго къ отвѣтственности и налагаетъ на него соответственное наказаніе; даже прощеніе потерпѣвшаго не можетъ устранить ни преслѣдованія ни наказанія. Для частныхъ опредѣленій и соглашеній нѣтъ никакого мѣста; положеніе преступника опредѣляется велѣніями, исходящими изъ одного единственнаго центра — власти, совершенно такъ же, какъ это мы видѣли выше въ дѣлѣ военной организаціи. Уголовное право (даже въ сферѣ преступленій противъ частныхъ лицъ) перестало быть частнымъ правомъ и перешло въ категорію права публичнаго.

Приблизительно то же самое мы наблюдаемъ въ исторіи и по отношенію ко многимъ другимъ областямъ общественной жизни—

народнаго здравія, народнаго образованія и т. д. Такимъ путемъ область публичнаго права постепенно росла и развилась до льнѣшней весьма сложной системы.

Съ другой стороны, есть примѣры обратнаго процесса. Такъ, напримѣръ, въ значительной степени современный вопросъ объ отдѣленіи церкви отъ государства, съ юридической точки зрѣнія является не чѣмъ инымъ, какъ именно вопросомъ о перенесеніи всей данной области отношеній изъ сферы права публичнаго въ сферу права частнаго: удовлетвореніе религіозныхъ потребностей должно быть предоставлено частнымъ союзамъ вѣрующихъ, которые будутъ регулировать свои отношенія путемъ своихъ частныхъ соглашеній.

2. Помимо указанной исторической измѣнчивости границъ надо имѣть въ виду и то обстоятельство, что даже въ каждый данный моментъ эти границы не представляютъ рѣзкой демаркаціонной линіи. Какъ по сю, такъ и по ту сторону границы, какъ въ области публичнаго, такъ и въ области частнаго права всегда есть большія или меньшія отступленія въ сторону противоположнаго принципа. Такъ, напримѣръ, извѣстно, что еще не такъ давно нѣкоторыя государственныя должности приобрѣтались покупкой, т.-е. путемъ частно-правовой сдѣлки. Извѣстно, далѣе, что и въ настоящее время, по исключенію, по поводу извѣстныхъ преступленій преслѣдованіе начинается не иначе, какъ по частной инициативѣ, и что иногда возможно прощеніе. Съ другой стороны, въ области гражданскаго права нерѣдки случаи принудительныхъ нормъ, которыми государство ограничиваетъ свободу частныхъ соглашеній; таковы, напр., многія нормы, такъ называемаго, рабочаго законодательства, нормы, ограничивающія свободу собственности и т. д. ¹⁾ Жизнь наставляетъ во многихъ случаяхъ прибѣгать къ извѣстному комбинированію обоихъ указанныхъ приѣмовъ, и если мы раздѣляемъ области публичнаго и частнаго права одну отъ другой, то мы руководимся при этомъ лишь тѣмъ основнымъ принципомъ, на которомъ каждая изъ нихъ построена.

Всѣ эти данныя, а въ особенности отмѣченная выше историческая измѣнчивость границъ, свидѣтельствуютъ о томъ, что въ рѣальной между правомъ публичнымъ и частнымъ мы имѣемъ дѣло не съ различіемъ интересовъ или отношеній, а съ разли-

¹⁾ Весьма интересные примѣры переплетанія публичныхъ и частныхъ нормъ читатель можетъ найти у Л. С. Т а л ь а. Очерки промышленнаго права. 1916 г., „Концессионные договоры городскихъ общественныхъ управленій“ въ Вѣстникъ гражд. права за 1915 г. кн. 7.

чиемъ въ пріемахъ правового регулированія, т.-е. съ критеріемъ не матеріальнымъ, а формальнымъ, хотя и совершенно въ иномъ смыслѣ, чѣмъ это предполагалось до сихъ поръ. Нѣтъ такой области отношеній, для которой являлся бы единственно возможнымъ только тотъ или только другой пріемъ; нѣтъ такой сферы общественной жизни, которой мы не могли бы себѣ представить регулируемой какъ по одному, такъ и по другому типу.

Такъ, напримѣръ, выше въ качествѣ наиболее яркаго образца публично-правовой системы централизаціи была приведена организація для военной обороны. Но мы можемъ себѣ представить (а исторія являетъ тому и реальные примѣры), что какая-нибудь страна охраняетъ себя при помощи наемныхъ дружинъ, которыя въ свою очередь состоятъ изъ лицъ, добровольно вступившихъ туда по вольному найму. Въ такомъ случаѣ все дѣло военной обороны оказалось бы построеннымъ по принципу не публичнаго, а частнаго права: на ряду съ казенными подрядчиками для производства какихъ-нибудь работъ появились бы подрядчики для защиты отъ врага, наемные *condotieri*, со своими частными дружинами.

Равнымъ образомъ, государственное управленіе, осуществляющееся нынѣ при помощи строго централизованной системы государственнаго чиновничества, въ древнемъ Римѣ, въ раннюю эпоху принципата, осуществлялось при посредствѣ частныхъ агентовъ императора, вачастую въ его собственныхъ вольноотпущенниковъ.

Съ другой стороны, можно легко представить себѣ всю область экономическихъ отношеній, область, которая является въ настоящее время областью частнаго права по преимуществу централизованной, т.-е. перестроенной по началамъ права публичнаго: завѣдываніе всѣмъ производствомъ и распределеніемъ, находится въ рукахъ центральной власти, дѣятельность каждого отдѣльнаго индивида опредѣляется по началамъ трудовой повинности и т. д.

Даже область семейственныхъ отношеній мы можемъ представить себѣ организованной по началамъ публичнаго права. Вообразимъ, что какое-нибудь государство, задавшись цѣлью количественнаго или качественного улучшения прироста населенія, пришло къ мысли организовать и эту область отношеній по принципу государственной повинности: всѣ мужчины, находящіеся въ извѣстномъ возрастѣ и обладающіе нормальнымъ здоровьемъ, должны вступать въ бракъ и притомъ съ женщинами, указанными имъ соответствующей властью. Пусть подобный порядокъ.

вещей кажется намъ полной нелѣпостью и недопустимымъ посягательствомъ на самыя интимныя стороны человѣческой личности,—но онъ все же мыслимъ. Къ тому же исторія даетъ примѣры того, что попытки въ этомъ направленіи бывали. Намъ не зачѣмъ обращаться съ этой цѣлью къ экзотическому государству перуанскихъ инковъ, въ которомъ ежегодно достигнувшая зрѣлости молодежь въ опредѣленный день собиралась на площади и здѣсь представители власти соединяли пары, по ихъ мнѣнію, подходящія ¹⁾. Достаточно вспомнить хотя бы извѣстный брачный законъ императора Августа — *lex Julia et Papia Poppaea*,— который устанавливалъ именно такую общую обязанность для всѣхъ мужчинъ отъ 25 до 50 лѣтъ и для всѣхъ женщинъ отъ 20 до 45 лѣтъ состоять въ бракѣ и имѣть дѣтей. Правда, для лицъ, не исполняющихъ этой обязанности, не была установлена ни тюрьма, ни какое-либо иное уголовное наказаніе; имъ грозили только вавѣстныя имущественныя невыгоды (невозможность получать по завѣщаніямъ), но все же этимъ предписаніемъ римское право вступало (хотя частично и временно) на путь организаціи семейныхъ отношеній по принудительнымъ началамъ права публичнаго

Такимъ образомъ, какъ тотъ, такъ и другой приемы правового регулированія теоретически примѣнимы ко всякой области общественныхъ отношеній. Какой именно изъ нихъ будетъ примѣненъ въ томъ или другомъ случаѣ въ данномъ конкретномъ историческомъ обществѣ,—это зависитъ отъ всей совокупности жизненныхъ условий. Во всякомъ случаѣ каждый изъ этихъ приемовъ имѣетъ свою особую социальную цѣнность. Приемъ властнаго регулированія отношеній изъ одного единственнаго центра, принципъ публичнаго права, имѣетъ то преимущество, что сильнее сплачиваетъ общество, вноситъ легко обозримую опредѣленность и планомѣрность во всю ту область жизни, къ которой онъ примѣняется. Но зато онъ имѣетъ и свои тѣньвыя стороны. Съ одной стороны, онъ предполагаетъ такую сильную центральную, т. е. государственную, власть, которая способна фактически осуществить централизованную организацію; а, съ другой стороны, этотъ приемъ, передавая все въ данной сферѣ въ руки государства, естественно понижаетъ частную заинтересованность и частную инициативу и при извѣстныхъ условіяхъ способенъ привести къ полному подавленію личности.---Въ свою

¹⁾ R. de la Grasserie. Les principes sociologiques du droit civil. 1906, p. 119.