



Покровский И. А.

Основные проблемы гражданского права

Автор этой книги — Иосиф Алексеевич Покровский (1868—1920 гг.) — русский ученый-цивилист, доктор римского права, прожил недолгую, но яркую жизнь.

Родившись в семье священника в небольшом украинском селе, он получил юридическое образование в киевском университете Св. Владимира, который окончил с отличием в 1890 году и столь успешно, что был оставлен при кафедре римского права стипендиатом «для приготовления к профессорскому званию», а вскоре направлен в Берлинский университет, являвшийся в те годы (1892—1894 гг.) авторитетным научным центром изучения римского права. За полтора года обучения за границей И. А. Покровский подготовил и опубликовал на немецком языке фундаментальную статью по римскому праву, которая стала основой его будущей магистерской диссертации и вызвала оживленную научную дискуссию сначала в первой, немецкой редакции, а позднее — в дополненной русской редакции, обнародованной уже на родине.

Завершив обучение в Берлине и вернувшись в Киев, И. А. Покровский с успехом защитил магистерскую диссертацию и был назначен на должность экстраординарного профессора киевского университета Св. Владимира. Через несколько лет в том же университете он защитил докторскую диссертацию и стал ординарным профессором кафедры римского права. В этот период он начал активно заниматься цивилистикой, разрабатывая научные проблемы гражданского права.

Вскоре его научная карьера закономерно пошла вверх — в 1903 году его пригласили в Санкт-Петербургский университет, где он сначала заведовал кафедрой римского права, а в 1910 году стал деканом юридического факультета. В петербургский период ученый активно преподавал и занимался наукой.

Но в июле 1912 года по распоряжению министра народного просвещения его против воли переводят на работу в Харьковский университет. История умалчивает, что послужило причиной перевода, но можно предположить, что виной тому научная ревность или консерватизм принявшего это странное решение министра. Пост министра народного просвещения занимал тогда Л. А. Кассо. Будучи правоведом, он, как и И. А. Покровский, занимался римским правом и цивилистикой, а на министерском посту прославился реакционными действиями, призванными ограничить либеральные уступки университетским свободам, сделанные в годы революции 1905—1907 годов. Не желая подчиняться произволу, оскорбленный И. А. Покровский в сентябре того же года подал в отставку и переехал в Москву, где стал преподавать в Московском коммерческом институте.

Позже ученый ненадолго возвращался на работу в Петроградский университет, но с декабря 1917 года окончательно осел в Москве и до конца жизни служил ординарным профессором Московского университета. В последние три года его стала мучить внезапно развившаяся астма, от очередного приступа которой он скончался в ночь с 13 на

14 апреля 1920 года. И. А. Покровский похоронен на кладбище Новодевичьего монастыря.

Книга «Основные проблемы гражданского права» — важнейшая в научном наследии И. А. Покровского. Судьба этого научного труда оказалась непростой: изданная в 1917 году, она лишь недавно стала широко публиковаться и получила заслуженную известность у юристов, хотя специалисты, особенно юристы старшего поколения, изучавшие эту книгу в редких машинописных копиях, считают ее первой из обязательных для всех, кто занимается цивилистикой. Это уникальное произведение российской юридической мысли, покоряющее глубиной исследования и при этом написанное простым и изящным слогом, поскольку автор адресовал свою работу не только юристам, но и широкому кругу читателей.

Почему так вышло? Причин наверняка несколько, но основная напечатана на обложке первого издания — 1917 год. Книга увидела свет в канун или сразу после Октябрьской революции. Цивилистика, частноправовые отношения как правовые ценности в понимании новой власти никакими ценностями не являлись и, следовательно, должны быть упразднены. Конечно, гражданское право как таковое отменить было не под силу даже большевикам, но научная литература, посвященная «старой», «буржуазной» науке гражданского права, в одночасье стала ненужной и на долгие годы преданной забвению. Уже в новое время, с возрождением классической цивилистики, возникли условия для возвращения бессмертного творения И. А. Покровского.

На примере этой книги жизнь еще раз убедительно доказала, что живая, а не схоластическая, правовая мысль и сквозь века способна питать умы потомков. Читая эту книгу, поражаешься, насколько она современна. Думается, секрет в том, что всю жизнь ум и сердце ее автора занимал самый главный вопрос: каким должно быть право, отвечающее природе человека.

Что может быть насущнее поиска ответа на этот вопрос в наши дни?

От автора

Выпускаемая в настоящий момент книга была написана первоначально для издания «Итоги науки» (книгоиздательства «Мир») и лишь в небольшом количестве отдельных оттисков была разослана некоторым юридическим учреждениям и представителям науки гражданского права в России. Несмотря на сравнительно слабое распространение, она, однако, вызвала к себе такой интерес, который далеко превзошел все ожидания автора. Равным образом превзошла все ожидания и та оценка, которой удостоилась книга со стороны компетентных кругов. Ряд весьма лестных рецензий (И. В. Гессен в «Праве», 1916 г., № 4, А. Э. Нольде в «Вестнике гражданского права», 1916 г., кн. 2, Е. А. Лаппа — Старженецкая в «Журнале Министерства юстиции», 1916 г., кн. 6, Ф. В. Тарановский в «Биржевых Ведомостях», 1916 г., от 6 апреля, С. М. Левин в «Дне», 1916 г., от 25 февраля) завершился присуждением со стороны Академии наук (по рецензии профессора М. Я. Пергамента, пока еще не напечатанной) большой премии имени Ахматова. Все это в связи с непрерывно поступающими ко мне запросами заставляет меня думать, что книга отвечает некоторой серьезной потребности и что отдельное издание ее не будет излишним.

Историческое происхождение книги всецело объясняет ее общий характер. Рассчитанная не на специалистов-юристов, а на широкие круги просто интеллигентных читателей, она имеет своею целью дать общее, для всех доступное изложение основных проблем гражданского права. Вследствие этого в ней нельзя искать ни полноты историческо-

го и законодательного материала, ни обилия литературных цитат: задачей книги является сосредоточение внимания на основном и главном, на перспективных линиях эволюции, на высших пунктах правовых исканий; всякие излишние детали лишь ослабляли бы цельность впечатления.

Установление указанных общих перспективных линий сделало неизбежным соприкосновение с большими общеправовыми проблемами. Многолетняя работа над самыми жгучими вопросами гражданского права привела автора уже давно к тому убеждению, что все эти вопросы теснейшим образом связаны с основными вопросами философии права вообще. Больно чувствовалось, насколько мы, юристы-цивилисты, не сознаем этого и насколько при решении наших крупнейших вопросов мы идем беспринципно и наугад. Воспитанные на позитивистской боязни перед всяким подобием «метафизических естественно-правовых фантазий», погруженные в повседневную и кропотливую догматическую работу, мы окончательно отвыкли от широкой теоретической трактовки наших проблем и потеряли всякую связь с глубокими идейными течениями нашего времени. Можно ли удивляться при таких условиях тому, что наука гражданского права стала казаться какой-то отгороженной от жизни, засохшей схоластикой, а цивилисты — какой-то замкнутой отживающей кастой?

Казалось, напротив, необходимым осветить наши цивилистические проблемы именно с точки зрения общеправовой, показать бытие в них живого общечеловеческого духа, ввести их в круг идейных интересов всякого мыслящего гражданина. Именно эту задачу ставят перед собою настоящие очерки. Автор их, разумеется, отлично сознает, что разрешить эту задачу в полной мере ему не удалось; обычной проторенной дороги перед ним не было, и от вопроса к вопросу надо было рубиться самому через непроезжий девственный лес. Вследствие этого разнообразные пробелы и погрешности, особенно в деталях, были неизбежны. Я очень благодарен господам рецензентам за сделанные ими в этом отношении указания. Все самое существенное из

этих указаний мною тщательно взвешено и принято во внимание. Там, где их указания признаны мною справедливыми, в тексте внесены соответствующие исправления; там же, где я не мог с ними согласиться, в добавочных примечаниях мною даны краткие объяснения. Но и за всем тем, по моему собственному сознанию, остается еще многое, что должно было быть сделано в желательном направлении, но мною не сделано. Книга остается тем, чем была — лишь первым опытом, первым наброском той большой работы, для которой необходимы силы и знания не одного человека, а многих.

С тех пор как книга была написана, в жизни нашего общества совершился огромный переворот. Но этот переворот не дал мне оснований изменить что-либо в содержании: то, что было сказано мною тогда, при старом режиме, может быть повторено полностью теперь, когда мы находимся перед созиданием нашего нового свободного строя. Переворот только приблизил нас к великим вопросам, и то, что имело тогда лишь теоретическое значение, приобрело теперь характер непосредственных практических задач.

При новых условиях русские граждане в полной мере держат будущие судьбы свои в своих руках. Они сами являются теперь строителями своей жизни, творцами своего права. Но для того, чтобы строить и творить, надо прежде всего больше знать и больше понимать: известный уровень юридических знаний делается теперь общегражданской обязанностью. И если предлагаемая книга хоть несколько поможет русскому обществу разобраться в основных вопросах гражданского права, если она поможет ему в предстоящем строительстве, то она появилась не напрасно.

Ренан когда-то сказал: политика подобна пустыне; в ней идут наугад — то на север, то на юг, — просто потому, что надо идти; но никто не знает, где добро, где зло. Мы же думаем, что как для пустыни, так и для политики есть свой компас. Стрелка этого компаса всегда поворачивается к одному пункту — именно к тому, где сходятся свобода и социальная солидарность, и пусть русское общество никогда не сбивается с этого пути.

Понятие гражданского права и вопрос о его социальной ценности

Термин «гражданское», или «частное», право известен с очень давних времен. Уже древние римские юристы оперируют с этим термином, расчлняя всю обширную область права на две большие сферы — сферу права публичного (*jus publicum*) и сферу права частного, или гражданского (*jus privatum*, или *jus civile*). С той поры это деление является прочным достоянием юридической мысли, составляя непрменный базис научной и практической классификации правовых явлений.

Несмотря на такую, можно сказать «незапамятную», давность употребления, самый критерий различий между правом публичным и частным остается до сих пор невыясненным. Даже более того: современному исследователю этого вопроса может показаться, что чем далее, тем более вопрос запутывается и делается безнадежно неразрешимым.

Долгое время юриспруденция довольствовалась тем определением этого различия, которое еще было дано старыми римскими юристами: публичное право — это то, которое имеет в виду интересы государства как целого, а частное право — то, которое имеет в виду интересы индивида как такового («*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*»). Но более тщательное исследование XIX века обнаружило всю теоретическую и практическую несостоятельность этой формулы. Разве такое или иное строение семьи, собственности или насле-

дования безразлично для государства как целого? И, тем не менее, все это бесспорные институты гражданского права. Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И, тем не менее, такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного.

Римское определение существа гражданского права не могло устоять перед подобными критическими вопросами, и наука вынуждена была искать новых путей. Здесь не место излагать длинную историю этих исканий. Одни из мыслителей пытались указать такой или иной материальный критерий, полагая, что различие между правом публичным и частным кроется в самой материи, в самом содержании регулируемых отношений: довольно распространенным было некоторое время воззрение, что единственной теоретически правильной сферой гражданского права является сфера отношений имущественных (в Германии Зом, у нас Кавелин, Мейер). Другие, напротив, усматривали критерий различия в стороне формальной, т. е. в способе судебной защиты: право публичное то, которое охраняется по инициативе власти в порядке суда уголовного или административного, а право частное то, которое охраняется по инициативе частного лица и в порядке суда гражданского (Тон, у нас Дювернуа и др.). Но и то и другое течения разбивались о весьма веские возражения, и неудивительно, если эти неудачи вызвали появление совершенно скептического отношения к нашему вопросу: нет вовсе никакого принципиального отличия между правом публичным и частным; самое это деление, созданное римскими юристами для своих чисто исторических нужд, в настоящее время утратило свое значение и если еще в теории сохраняется, то лишь исключительно по традиции (Шлоссман, у нас Д. Гримм).

Но это скептическое настроение может быть понято только как временное состояние научной усталости. Юриспруденция инстинктивно чувствует, что в основе нашего различия лежит нечто не случайно-историческое, а глубоко

принципиальное; она смутно улавливает глубокую разницу в самом духе права публичного и частного и, несмотря ни на что, продолжает держаться этого деления как основы всей научной классификации. И думается, что ее инстинкт ее не обманывает.

Право, как известно, имеет своей общей целью регулирование межчеловеческих отношений. Но если мы присмотримся ближе к способам или приемам этого регулирования, то мы заметим следующее крупное различие.

В одних областях отношения регулируются исключительно велениями, исходящими от одного единственного центра, каковым является государственная власть. Эта последняя своими нормами указывает каждому отдельному лицу его юридическое место, его права и обязанности по отношению к целому государственному организму и по отношению к другим отдельным лицам. Только от нее, от государственной власти, могут исходить распоряжения, определяющие положение каждого отдельного человека в данной сфере отношений, и это положение не может быть изменено никакой частной волей, никакими частными соглашениями (еще римские юристы говорили: *publicum jus ractis privatorum mutari non potest*). Регулируя все эти отношения по собственному почину и исключительно своей волей, государственная власть принципиально не может допустить в этих областях рядом с собой никакой другой воли, ничьей другой инициативы. Поэтому исходящие от государственной власти нормы имеют здесь безусловный, принудительный характер (*jus cogens*); предоставляемые ею права имеют в то же самое время характер обязанностей: они должны быть осуществлены, так как неосуществление права явится неисполнением сопряженной с ними обязанности (бездействием власти).

Типичным и наиболее ярким образцом описанного приема правового регулирования является современная организация народной обороны, т. е. военных сил страны. Здесь все сводится к одному-единственному управляющему центру, от которого только и могут исходить нормы, опре-

деляющие жизнь целого и положение каждого отдельного индивида. Эти нормы определяют, подлежит ли данное лицо воинской повинности или нет; если подлежит, то они властно и принудительно указывают ему его место в рядах войска, определяют его положение как рядового или офицера в таком-то полку и т. д. И никакие частные соглашения не могут изменить в этом положении ни одной черточки: я не могу заменить вас на службе, поменяться с вами полками или предоставить вместо себя место офицера. Все здесь подчинено одной руководящей воле, одному командующему центру: все здесь централизовано.

Вот этот-то прием юридической централизации и составляет основную сущность публичного права. То, что так ярко и непосредственно ощущается в сфере военного права, представляет общую характерную черту всех отраслей права публичного — права государственного, уголовного, финансового и т. д.

К совершенно иному приему прибегает право в тех областях, которые причисляются к сфере права частного, или гражданского. Здесь государственная власть принципиально воздерживается от непосредственного и властного регулирования отношений; здесь она не ставит себя мысленно в положение единственного определяющего центра, а, напротив, предоставляет такое регулирование множеству иных маленьких центров, которые мыслятся как некоторые самостоятельные социальные единицы, как субъекты прав. Такими субъектами прав в большинстве случаев являются отдельные индивиды — люди, но, сверх того, и различные искусственные образования — корпорации или учреждения, так называемые лица юридические. Все эти маленькие центры предполагаются носителями собственной воли и собственной инициативы, и именно им предоставляется регулирование взаимных отношений между собой. Государство не определяет этих отношений от себя и принудительно, а лишь занимает позицию органа, охраняющего то, что будет определено другими. Оно не предписывает частному лицу стать собственником, наследником или вступить в брак, все

это зависит от самого частного лица или нескольких частных лиц (контрагентов по договору); но государственная власть будет охранять то отношение, которое будет установлено частной волей. Если же она и дает свои определения, то, по общему правилу, лишь на тот случай, если частные лица почему-либо своих определений не сделают, следовательно — лишь в восполнение чего-либо недостающего. Так, например, на случай отсутствия завещания государство определяет порядок наследования по закону. Вследствие этого нормы частного права, по общему правилу, имеют не принудительный, а лишь субсидиарный, восполнительный характер и могут быть отменены или заменены частными определениями (*jus dispositivum*). Вследствие же этого гражданские права суть только права, а не обязанности: субъект, которому они принадлежат, волен ими пользоваться, но волен и не пользоваться; неосуществление права не составляет никакого правонарушения.

Таким образом, если публичное право есть система юридической централизации отношений, то гражданское право, наоборот, есть система юридической децентрализации: оно по самому своему существу предполагает для своего бытия наличность множества самоопределяющихся центров. Если публичное право есть система субординации, то гражданское право есть система координации; если первое есть область власти и подчинения, то второе есть область свободы и частной инициативы¹.

Таково в самом схематическом виде принципиальное различие между правом публичным и частным. Однако при этом нужно иметь в виду следующее.

1. Граница между публичным и частным правом на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном и том

¹ Критерий юридической централизации или децентрализации был выдвинут впервые проф. Петражицким («Die Lehre vom Einkommen», II, с. 462 и сл., «Ученые зап. Киевского унив.», 1896 г., кн. 8) и Р. Штаммлером («Wirtschaft und Recht», «Das Recht der Schuldverhältnisse»). Новейшее учение проф. Петражицкого — см. его Теория права. Т. II (1910), стр. 647 и сл.

же месте, области одного и другого многократно менялись. То, что в одну эпоху регулировалось по началам юридической децентрализации и, следовательно, относилось к области частного права, в другую эпоху перестраивалось по типу юридической централизации и таким образом переходило в область публичного права, и наоборот. Мы не можем здесь вдаваться во всестороннее исследование исторического взаимоотношения между этими областями, но укажем некоторые примеры подобного перестроения.

Известно, например, что в древнейшую эпоху еще только зарождавшаяся и слабая государственная власть не вмешивалась в ту область, которая составляет в настоящее время сферу уголовного права: возмездие за причиненную обиду, месть или соглашение о штрафе предоставлялись самим заинтересованным лицам. Вследствие этого, например, в старом римском праве членовредительство или воровство составляли явления не публичного, а частного права: мщение осуществлялось самим потерпевшим или его близкими, штраф устанавливался и взыскивался по частной инициативе и в порядке обыкновенного гражданского суда. Но затем мало-помалу государство начинает брать отношения, возникающие по поводу преступлений, исключительно в свои руки, отстраняя принципиально частную волю лиц, непосредственно заинтересованных. Раз совершено преступление, положение преступника определяется исключительно волею власти, и никакая частная воля этого положения изменить не может: государство по собственной инициативе привлекает виновного к ответственности и налагает на него соответственное наказание; даже прощение потерпевшего не может устранить ни преследования, ни наказания. Для частных определений и соглашений нет никакого места; положение преступника определяется велениями, исходящими из одного-единственного центра — власти — совершенно так же, как это мы видели выше в деле военной организации. Уголовное право (даже в сфере преступлений против частных лиц) перестало быть частным правом и перешло в категорию права публичного.

Приблизительно то же самое мы наблюдаем в истории и по отношению ко многим другим областям общественной жизни — народного здоровья, народного образования и т. д. Таким путем область публичного права постепенно росла и развилась до нынешней весьма сложной системы.

С другой стороны, есть примеры обратного процесса. Так, например, в значительной степени современный вопрос об отделении церкви от государства, с юридической точки зрения, является не чем иным, как именно вопросом о перенесении всей данной области отношений из сферы права публичного в сферу права частного: удовлетворение религиозных потребностей должно быть предоставлено частным союзам верующих, которые будут регулировать свои отношения путем своих частных соглашений.

2. Помимо указанной исторической изменчивости границ надо иметь в виду и то обстоятельство, что даже в каждый данный момент эти границы не представляют резкой демаркационной линии. Как по сию, так и по ту сторону границы, как в области публичного, так и в области частного права всегда есть большие или меньшие отступления в сторону противоположного принципа. Так, например, известно, что еще не так давно некоторые государственные должности приобретались покупкой, т. е. путем частногоправовой сделки. Известно, далее, что и в настоящее время, по исключению, по поводу известных преступлений преследование начинается не иначе как по частной инициативе и что иногда возможно прощение. С другой стороны, в области гражданского права нередки случаи принудительных норм, которыми государство ограничивает свободу частных соглашений; таковы, например, многие нормы так называемого рабочего законодательства, нормы, ограничивающие свободу собственности и т. д.²

² Весьма интересные примеры переплетения публичных и частных норм читатель может найти у Л. С. Тал я. Очерки промышленного права. 1916 г.; «Концессионные договоры городских общественных управлений» в «Вестнике гражданского права» за 1915 г.

Жизнь заставляет во многих случаях прибегать к известному комбинированию обоих указанных приемов, и если мы разделяем области публичного и частного права одну от другой, то мы руководимся при этом лишь тем основным принципом, на котором каждая из них построена.

Все эти данные, а в особенности отмеченная выше историческая изменчивость границ, свидетельствуют о том, что в различии между правом публичным и частным мы имеем дело не с различием интересов или отношений, а с различием в приемах правового регулирования, т. е. с критерием не материальным, а формальным, хотя и совершенно в ином смысле, чем это предполагалось до сих пор. Нет такой области отношений, для которой являлся бы единственно возможным только тот или только другой прием; нет такой сферы общественной жизни, которой мы не могли бы себе представить регулируемой как по одному, так и по другому типу.

Так, например, выше в качестве наиболее яркого образца публично-правовой системы централизации была приведена организация дела военной обороны. Но мы можем себе представить (а история являет тому и реальные примеры), что какая-нибудь страна охраняет себя при помощи наемных дружин, которые в свою очередь состояются из лиц, добровольно вступивших туда по вольному найму. В таком случае все дело военной обороны оказалось бы построенным по принципу не публичного, а частного права: наряду с казенными подрядчиками для производства каких-нибудь работ появились бы подрядчики для защиты от врага, наемные *condotieri*, со своими частными дружинами.

Равным образом государственное управление, осуществляющееся ныне при помощи строго централизованной системы государственного чиновничества, в Древнем Риме в раннюю эпоху принципата осуществлялось при посредстве частных агентов императора, зачастую из его собственных вольноотпущенников.

С другой стороны, можно легко представить себе всю область экономических отношений, область, которая явля-